

2ND SBRLAB INTERNATIONAL VIRTUAL CONFERENCE

FINDING SOLUTIONS TO SOCIETAL PROBLEMS

12-14 December 2018 . Tarragona-Spain

**Edited by
Teresa Torres-Coronas,
Angel Belzunegui Eraso & Josep Moreno-Gené**



UNIVERSITAT ROVIRA i VIRGILI

Organized by



Supported by



Universitat Rovira i Virgili
C/ de l'Escorxador, s/n
43003 – Tarragona
Catalunya (Spain)

ISBN: 978-84-8424-728-9

This work is licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0 International License. To view a copy of this license, visit <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/> or send a letter to Creative Commons, PO Box 1866, Mountain View, CA 94042, USA.

PRESIDENT OF THE SCIENTIFIC COMMITTEE

Teresa Torres-Coronas, Universitat Rovira i Virgili, Spain

CONFERENCE ADVISORY BOARD

Kiyoshi Murata, Meiji University, Tokio, Japan.

Simon Rogerson, De Monfort University, UK.

Teresa Torres-Coronas, Universitat Rovira i Virgili, Spain.

Angel Belzunegui Eraso, Universitat Rovira i Virgili, Spain

Martha Zapata, Univesidad Libre de Berlin, Germany.

Victor C. X. Wang, Florida Atlantic University, USA.

Carlos Alfonso Mellado. Universidad de Valencia, Spain.

Joaquin Aparicio Tovar. Universidad de Castilla-La Mancha, Spain.

Antonio Martín Artilles, Universitat Autònoma de Barcelona, Spain.

José Félix Tezanos, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Spain.

Antonio López Peláez, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Spain.

Jesús Mercader Uguina, Universidad Carlos III, Spain.

Carolina Martínez Moreno, Universidad de Oviedo, Spain.

TRACK CHAIR. MANAGEMENT ISSUES

Mario Arias-Oliva, Universitat Rovira i Virgili, Spain

José R. Córdoba-Pachón, Royal Holloway, London University, UK

Juan-Gabriel Cegarra-Navarro, Universidad Politécnica de Cartagena, Spain

TRACK CHAIR. SOCIO-POLITICAL ISSUES

Ángel Belzunegui Eraso, Universitat Rovira i Virgili, Spain.

Inma Pastor Gosálbez, Universitat Rovira i Virgili, Spain.

Capitolina Díaz, Universitat de València, Spain.

TRACK CHAIR. LABOUR LAW AND SOCIAL SECURITY

Josep Moreno Gené. Universitat de Lleida.

Ana María Romero Burillo. Universitat de Lleida.

Francisco Andrés Valle Muñoz. Universitat Pompeu Fabra.

SCIENTIFIC COMMITTEE

Teo Mellen, ESADE, Spain.

Gonçalo Jorge Morais da Costa, Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal.

Leonor Gonzalez Menorca, Universidad de La Rioja, Spain.

Juan Carlos Yañez Luna, Universidad Autónoma San Luis de Potosí, México.

Jorge de Andrés, Universitat Rovira i Virgili, Spain

Antonio Fernández, Universitat Oberta de Catalunya, Spain

Francesc Valls, Universitat Rovira i Virgili, Spain

Dijamil Tony Kahale Carrillo, Universidad a Distancia de Madrid, Spain

Paloma Pontón, Universitat Rovira i Virgili, Spain

Rocio Martínez Torres, Universidad de Sevilla, Spain.

Eduardo Rosker, KEDGE Business School, BEM - Bordeaux Ecole de Management, IESEG School of Management

Graciela Padilla, Universidad Complutense de Madrid, Spain.

Ana M. Lara Palma, Universidad de Burgos, Spain.

Oliver Klein, Universitat Rovira i Virgili, Spain.

Josep Sánchez Cervelló, Universitat Rovira i Virgili, Spain

Alberto Reig Tapia, Universitat Rovira i Virgili, Spain

María-Arántzazu Vidal-Blasco, Universitat Rovira i Virgili, Spain.

Ricard Monclús Guitart, Universitat Rovira i Virgili, Spain.

Araceli Rodríguez Merayo, Universitat Rovira i Virgili, Spain.

Ana Rosa Argüelles Blanco. Universidad de Oviedo, Spain.

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz. Universitat Oberta de Catalunya, Spain.

Luís Fernández Villazón, Universidad de Oviedo, Spain.

Carolina Gala Durán. Universidad Autónoma de Barcelona, Spain.

Eva Garrido Pérez, Universidad de Cádiz, Spain.

Anna Ginés i Fabrellas, Facultat de Dret d'ESADE-Universitat Ramón Llull, Spain.

Esther Guerrero Vizuite, Universitat Rovira i Virgili, Spain.

Eduardo Rojo Torrecilla, Universitat Autònoma de Barcelona, Spain.

José María Miranda Boto, Universidad de Santiago de Compostela, Spain.

Carmen Sánchez Trigueros, Universidad de Murcia, Spain.

Hilde Sánchez Morales, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Spain.

Mikel Olazaran, Universidad del País Vasco, Spain.

Eneka Albizu, Universidad del País Vasco, Spain.

Joan Miquel Verd, Universitat Autònoma de Barcelona, Spain.

Pilar Carrasquer Oto, Universitat de Barcelona, Spain.

Mar Souto Romero, Universitat Rovira i Virgili, Spain

David Muñoz-Rodríguez, Universitat de València, Spain

Mónica Clavel, Universidad Internacional de la Rioja, Spain

Natalia Pérez Rivas, Universidad de Santiago de Compostela, Spain

Vicente Rodríguez Rodríguez, Universidad Internacional de La Rioja, Spain

María Dolores Sánchez-Fernández, Universidade da Coruña, Spain

Adoración Merino Arribas, Universidad Internacional de La Rioja

Antoni Pérez Portabella, Universitat Rovira i Virgili, Spain

Jorge Gallardo-Camacho, Universidad Camilo José Cela, Spain

KEYNOTE ADDRESSES

LA ECONOMÍA SUMERGIDA¹

by

Dr. Rubén Fernández Ortiz
Universitat de la Rioja, Spain

Durante los últimos años el debate y estudio de la economía sumergida ha traspasado el ámbito periodístico para pasar al ámbito investigador. Los efectos, impacto, tamaño y las actividades remuneradas no declaradas a las autoridades (quedando éstas al margen del control fiscal, laboral y financiero), han supuesto una de las principales preocupaciones que desde el punto de vista económico, socio-laboral y político ocupan y preocupan a la sociedad.

Estudios recientes como los de Mauleón y Sardá (2014) y Sardá y Gestha (2014) manifiestan la importancia de esta problemática y ponen números a la gravedad del problema. Cantidades del 24% de economía sumergida, son cantidades muy considerables que han activado las conciencias de los sectores socio-políticos de la sociedad y que han generado alarma social además de poder distorsionar los valores de las diferentes magnitudes macroeconómicas afectando a las políticas nacionales y por ende a las comunitarias.

Conviene poner de manifiesto las razones por las cuales la actividad de la economía sumergida es un problema en sí mismo:

En primer lugar, la existencia de altos niveles de economía sumergida rompe “las reglas del juego”. Así, produce competencia desleal a nivel empresarial dado que ciertos empresarios están compitiendo en el mismo mercado pero con puntos de partida diferentes, más allá de lo que sus propios recursos o sus propias capacidades les estén generando. Se generan malas condiciones laborales, dado que la economía sumergida favorece que los contratos sean “ad hoc” y el ahorro venga en muchas ocasiones provocado por el ahorro en costes laborales, en medidas o seguridad en el puesto de trabajo, en cotizaciones a la seguridad social o en costes sociales.

Todo ello, además del efecto perjudicial a corto plazo, provoca un efecto más pernicioso si cabe a medio/largo plazo dado que afecta al cobro de pensiones, de derechos adquiridos, de

¹Video accesible at https://youtu.be/R9y_rcg62rc

las prestaciones sociales que han de mantener el sistema de bienestar actual, o los condicionantes de salubridad del puesto laboral.

En segundo lugar, minusvalorar o desconocer la importancia de la economía sumergida tiene severas implicaciones políticas. Así, ha de existir una necesidad de crear un entorno jurídico-legal donde la actividad económica pueda fácilmente realizarse.

De igual manera, la economía sumergida proporciona un fuerte argumento a favor de la necesidad de “educar” a la sociedad sobre la necesidad y el porqué de la existencia de los impuestos.

Por último, desde una perspectiva más política, el propio sistema fiscal que creemos ha de garantizar en cierta medida que su diseño y escalamiento no motive la generación de economía sumergida.

Desde el punto de vista político, la existencia de economía sumergida ofrece una imagen distorsionada de la verdadera situación de un país o de una región lo que además de penalizar la capacidad de obtención de recursos por parte de las instituciones públicas.

La existencia de economía sumergida genera costes. Costes de prevención de la misma, costes de subsanación de los problemas generados y costes de erradicación tanto de las causas generadoras de la economía sumergida como de la propia economía sumergida.

La primera fase de esta problemática consiste en abordar la propia definición de la economía sumergida. La propia denominación de esta cuestión ya pone en entredicho su conceptualización. Así, se le denomina economía sumergida, economía informal, economía criminal, economía ilegal, no economía, etc. Una correcta definición es clave, tanto para una mejor concienciación social de sus efectos, como para una correcta medición del problema.

Gran parte de la confusión sobre la expresión y concepto de economía sumergida proviene de la utilización equivalentemente a otros términos que suelen ser traducciones literales de los términos ingleses “*underground economy*”, “*illegal economy*”, “*shadow economy*” o “*black economy*”.

La definición del concepto de economía sumergida que vamos a emplear es la que proporciona la OCDE (2001), Eurostat (2014), Schneider y Williams (2013), o Sardá (2014, 2016). Así, según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, la economía sumergida consiste en “*actividades que son productivas en un sentido económico y relativamente legal (si ciertos estándares y regulaciones se cumplen) pero que son escondidas deliberadamente a las administraciones públicas*”. Esto tiene diferentes fines:

- Evitar el pago de impuestos, valor añadido y otras tasas
- Evitar el pago de las contribuciones a la seguridad social
- Evitar el cumplimiento de los estándares y regulaciones del mercado laboral, tales como máximo de horas trabajadas, estándares de seguridad, salarios mínimos, etc.
- Evitar el cumplimiento de ciertas obligaciones administrativas

A pesar de que la economía sumergida ha sido un tema ampliamente estudiado en la literatura, existe todavía un debate abierto sobre la forma adecuada de su medición.

Diversos autores han señalado diferentes metodologías que podemos agrupar de la siguiente forma:

- Métodos directos
- Métodos indirectos
- Métodos MIMIC/DYMIMIC

a) Métodos directos

Se basan en estimaciones de la economía sumergida para un momento concreto del tiempo utilizando datos microeconómicos. Estos métodos se basan en encuestas y cuestionarios a la población y en auditorías de impuestos realizadas por las autoridades tributarias.

El principal problema de estos métodos directos, está relacionado con que las encuestas son dirigidas a la población y la propia definición de la economía sumergida, hace que cuando la población es encuestada, si está inmersa en actividades de economía sumergida de una manera consciente, su respuesta se encuentre afectada por el objetivo de ocultación de esas actividades, por lo que difícilmente va a declarar la realización de este tipo de actividades consideradas como economía sumergida.

b) Métodos indirectos

Estos métodos se basan en estimaciones para la medición de la economía sumergida durante un periodo de tiempo utilizando datos macroeconómicos. El supuesto de partida de este método es la consideración de la economía sumergida como una variable latente o no observable que es estimada a partir de otras variables observables. Dentro de esta categoría nos encontramos con dos tipos de metodologías: los métodos monetarios y los métodos no monetarios.

c) Métodos MIMIC y DYMIMIC

Los métodos MIMIC y DYMIMIC (versión dinámica del primero), se basan en la consideración de múltiples indicadores y múltiples causas para el estudio de la economía sumergida.

Este procedimiento, se basa en la consideración de la economía sumergida como una variable latente (no observada) que es estimada a partir de la medición de otras variables observables mediante una ecuación que relaciona la economía sumergida con algún indicador de la misma obteniendo una serie de coeficientes que describen su relación.

Los métodos MIMIC y DYMIMIC con frecuencia podemos encontrarlos clasificados dentro de la categoría de métodos indirectos dado que comparten algunas de las características generales

de los métodos indirectos. Sin embargo, de acuerdo a autores como Sardá y Gestha (2014) hemos considerado relevante agruparlo en otra categoría debido a su relevancia y a su avance desde el punto de vista metodológico con respecto a los métodos indirectos.

UNA PERSPECTIVA DE LOS PAISES DE LA OCDE

En este apartado estudiaremos las principales causas relacionadas con la *shadow economy* (en adelante, *s.e*) según los principales estudios al respecto (Schneider, 2013). De esta manera agruparemos en torno al nivel de impuestos, aspectos regulatorios, y aspectos disuasorios. En cada uno de los diferentes bloques hemos estudiado las diferentes correlaciones existentes entre los datos de la *s.e* (Schneider, 2017) y las diferentes variables siguiendo la base de datos de la OCDE (OCDE.stat).

Tamaño de la *Shadow Economy* en la OCDE

España forma parte del grupo de países que presenta una *s.e* más elevada ocupando el noveno puesto entre los países analizados. La media se corresponde a 14,9% sobre el PNB para el conjunto de países analizados en el año 2016 situándose España con valores superiores a la media. Si analizamos este dato contextualizado en los países mediterráneos de nuestro entorno, Italia, Grecia, España y Portugal, observamos como Italia (20,6%) y Grecia (22,4%) tienen niveles superiores a nosotros mientras que Portugal (17,6%) presenta valores ligeramente inferiores. Estos niveles se encuentran muy alejados de los niveles de países motores de la economía europea como Francia (12,3%), Alemania (11,2%) o Reino Unido (9,4%).

Relación entre las causas de la *Shadow Economy* (*s.e*). Estudio OCDE

En este apartado vamos a analizar de manera gráfica la posible relación existente entre la *s.e* y las diferentes variables que, tras el estudio de la literatura, a priori, pueden tener alguna relación con la *s.e* comprobando si puede existir esa relación. Las variables han sido agrupadas en cinco categorías: sistema fiscal, mercado laboral, aspectos sociales, indicadores de competitividad y sector de actividad.

Shadow Economy y Sistema Fiscal

De una manera genérica podemos observar como los países con mayor nivel de desarrollo tienen una mayor presión física pero, sin embargo, presentan niveles de *s.e* bajos.

El estudio de los datos de la relación entre impuestos directos. En él debemos destacar que conforme mayor sea la proporción de impuestos directos sobre el total de impuestos, menor *s.e* presentan los diferentes países. Los países menos desarrollados, que son a su vez los que

mayor s.e presentan, reflejan a su vez una proporción de impuestos directos (sobre el total de impuestos) más bajos.

La relación entre los impuestos indirectos (medidos en porcentaje sobre el total de impuestos) y la s.e. Podemos observar que la relación es más esclarecida que con respecto a los impuestos totales. Así, conforme se incrementan los niveles de carga impositiva de la recaudación vía indirecta sobre el total de recaudación, mayores son los niveles de s.e.

Shadow Economy y Mercado de Trabajo

A continuación, nos vamos a centrar en otra serie de variables, que a priori, pudieran tener alguna vinculación con los niveles de s.e. Nos centraremos en aspectos relacionados con variables del mercado de trabajo o del mercado laboral.

A mayor tamaño de la s.e, mayor tasa de paro de esos países. De igual manera se cumple esta relación esperada con el nivel de autónomos obteniendo un valor de correlación entre ambas variables.

La relación entre los parados de larga duración y la s.e es que conforme mayor sea la s.e, mayor es a su vez el porcentaje de desempleados que llevan más de un año en esa situación.

Shadow Economy y Sociedad

Un último grupo de variables que hemos planteado están vinculadas con aspectos intrínsecos de la sociedad y reflejan cuestiones más intangibles quizás, pero que pueden ser el sustrato o caldo de cultivo que fomente o frene la economía sumergida. Así, el índice de Desarrollo Humano (IDH) es un indicador sintético de los logros medios obtenidos en las dimensiones fundamentales del desarrollo humano, es decir, tener una vida larga y saludable, adquirir conocimientos y disfrutar de un nivel de vida digno. El IDH es la media geométrica de los índices normalizados de cada una de las tres dimensiones. Su medición la realiza las Naciones Unidas. La relación esperada entre estos dos indicadores es negativa. Es decir, conforme menor sea la percepción por parte de una sociedad de desarrollo, mayor inclinación a participar en la s.e.

Shadow Economy e Indicadores de Competitividad

En lo que respecta al índice de competitividad de cada país, éste está elaborado por el World Economic Forum, y es definido como *“el conjunto de instituciones, políticas y factores que determinan el nivel de productividad de una economía”*. Este indicador por tanto se basa en aquellas variables que influyen la productividad y, por ende, la prosperidad a largo plazo de un país.

Conforme mayor es la s.e. de los diferentes países, menos es la percepción que se tiene relacionado con la competitividad de dicho país. La lectura la podemos hacer de modo inverso. Es decir, aquellos países que tienen niveles elevados de competitividad (es decir poseer un conjunto de instituciones, organizaciones, etc. que potencien el nivel de productividad de la economía) son a su vez los que tienen mejores y menores niveles de economía sumergida.

Un último análisis a plantear es la potencial relación entre la s.e. y la estructura orgánica de las empresas de un país. En este caso hemos tomado referencia de la clasificación empresarial de la OECD para estudiar el peso económico que tienen las pequeñas, medianas y grandes empresas en el total del espectro empresarial. Hemos identificado como pequeñas empresas aquellas que tienen un número de empleados inferior a 50 empleados, medianas las que poseen entre 50 y 250 empleados, y grandes las que superan esta cifra. Los datos nos muestran que conforme más representativas son las grandes empresas en las economías de los países, menores son las s.e de los mismos. Dicho de otro modo, aquellas regiones con niveles de micro, pequeñas empresas muy significativos, están más relacionados con una potencial s.e. más elevada. Los controles administrativos y el cumplimiento de las normativas laborales son más eficaces en las empresas de mayor tamaño, siendo las pequeñas más instrumentales a la hora de eludir el control económico-fiscal-laboral.

Shadow Economy y Sector de Actividad

En este último apartado abordamos la problemática de la economía sumergida desde un punto de vista sectorial. La composición, estructura y desarrollo competitivo de los diferentes sectores de actividad de un país pueden dar alguna luz sobre los nichos de la s.e. En esta ocasión, tomando datos de la OECD, hemos agrupado el peso económico de los diferentes sectores sobre el producto interior bruto de un país en cuatro grandes bloques. Véanse sector agrícola, industria, construcción y servicios.

Hemos podido observar la línea de tendencia positiva que vincula de manera positiva el mayor peso de la s.e en aquellos países de la OECD que tienen un mayor peso del sector agrícola. El sector industrial, como se prevé por su estructura más formalizada, no ofrece ninguna relación aparentemente significativa con la s.e. Igualmente, la relación del peso del sector de la construcción y la s.e no es relevante. El gráfico referente al peso del sector servicios y su relación con la s.e nos dice lo siguiente. Conforme mayor es el peso en la Economía del sector servicios, menos niveles de economía sumergida tiene ese país.

KEYNOTE ADDRESSES

LA MEDICINA PERSONALIZADA Y REGENERATIVA DE NUESTROS DÍAS

by

M^a Rosario H. Sánchez Morales

Catèdratica de Sociologia, UNED, Spain

La ingeniería genética humana tiene por objetivo modificar la información genética (ADN) incluida en las células, creando moléculas nuevas de ADN recombinante. Las aplicaciones más conocidas de estas técnicas están vinculadas con el ámbito de la salud, en particular con un tipo de investigación cuya finalidad científica y social es la búsqueda de su aplicabilidad a corto-medio plazo, en favor de la formalización, a más largo plazo, de una medicina personalizada y regenerativa. El carácter pluridisciplinar de la medicina regenerativa hacia la que nos dirigimos exige la interconexión de diversas disciplinas: la inmunología, la transplantología, la investigación clínica, la biología celular, la ingeniería de tejidos y las terapias celulares.

Destacan la farmacogenética y farmacogenómica, y es en las que fundamentalmente nos vamos a centrar en este texto. Mientras la farmacogenética es una disciplina biológica que se adentra en el estudio del efecto de la variabilidad genética de un individuo en su respuesta a fármacos específicos, la farmacogenómica estudia las bases moleculares y genéticas de las enfermedades con el objetivo de desarrollar nuevos tratamientos.

A día de hoy los resultados obtenidos no han sido muy significados, según recoge The Personalized Medicine Coalition en el informe Personalized Medicine at FDA. 2017 Progress Report² tan solo 132 de los medicamentos aprobados en los Estados Unidos en 2016 han sido elaborados en base a las características celulares de los pacientes (biomarcadores). Bien es cierto que actualmente el 42% de los ensayos de medicamentos consideran esta dimensión y, que si echamos la vista atrás, en 2008 solo había cinco tratamientos en el mundo basados en

²http://www.personalizedmedicinecoalition.org/Userfiles/PMC-Corporate/file/PM_at_FDA_2017_Progress_Report.pdf

un esta medicina individualizada. Por otro lado, en el informe se expone el extraordinario abaratamiento de la secuencia génica, que ha pasado de los 100 millones de dólares en el año 2001 a menos de 1.000 en la actualidad, a la par que es posible buscar mutaciones concretas por menos de 100 dólares y que están comercializados unos 65.000 productos para realizar análisis genéticos (con la emergencia de una posible “sociedad hipocondriaca”).

Los expertos encuestados en el Estudio Delphi sobre Ingeniería genética humana y Biotecnología, 2015 del Grupo de Estudio sobre Tendencias Sociales de la UNED (<https://grupogets.wordpress.com/>) consideraron en aquel año que se desarrollaran medicamentos basados en la genómica, y medicamentos a la “carta” tras estudios farmacogenéticos de los pacientes. Si hacia el año 2025 anticiparon que el 10% de los medicamentos se diseñaran a partir de los avances que se produzcan en genómica, aumentarán hasta el 20% en el año 2030, alcanzarán el 35% en 2035, con una consolidación en el mercado de la fabricación de medicamentos en el año 2050, pues enfatizan, que en ese año el 50% serán diseñados por procedimientos que tengan presente la genómica. Significará un paso relevante en la individualización de la medicina que, en último término, según sus palabras “dependerá de lo que quieran invertir las empresas” aunque “... el porcentaje pueda ser superior”.

Esta información nos sitúa ante la perspectiva de medicamentos de naturaleza muy diferente de los tradicionales. Podrán ser utilizadas sustancias terapéuticas que irán más allá del efecto paliativo y se instalarán en la curación, pues conocer en profundidad y el papel de los genes en la expresión de lo patológico hará posible intervenir sobre la base genómica de las enfermedades y, poder curarlas definitivamente.

En este sentido, los expertos del estudio del GETS previeron que en el año 2025 el 10% de los tratamientos farmacológicos que se prescribirán en España lo harán tras haberse realizado un estudio farmacogenético a los pacientes. Este porcentaje eventualmente aumentará al 20% en el año 2030, alcanzará el 30% en el 2035 y llegará al 50% en el año 2050. De seguirse esta línea tendencial conllevará que “la medicina será más personalizada...” y le anticipan un futuro prometedor que “... mejorará la supervivencia...” y exigirá “... incorporar los estudios farmacogenéticos en las tarjetas sanitarias...”.

Complementariamente los expertos anticiparon que en el año 2025 en el 10% de los tumores malignos se empleará para su tratamiento el perfil genómico de los pacientes, en el 2030 se duplicarán al 20%, pasarán al 29% en el año 2035 y llegarán al 35% en 2050, existiendo un alto consenso sobre que “el perfil genético de los tumores y genómico de los pacientes será pronto una herramienta de uso de la medicina clínica... ya disponible en algunos centros internacionales de primer nivel.

Así las cosas, en particular, se anticipan grandes avances en el diagnóstico y curación de patologías de diversa naturaleza, destacando la posible curación del cáncer, una enfermedad con una cada vez mayor prevalencia a escala mundial. Según la OMS constituye una de las principales causas de morbilidad del mundo, con aproximadamente 14 millones de casos nuevos en el mundo para el año 2012 (últimos datos disponibles), si bien probablemente

aumente en un 70 % en las próximas décadas, según esta misma fuente, llegando a alcanzar los 24 millones de casos hacia el año 2035.

Para Ruth Vera, presidenta de la Sociedad Española de Oncología Médica, aproximadamente el 73% de los ensayos de nuevos fármacos para el tratamiento del cáncer se basan en estudios farmacogenéticos. El caso de las mutaciones del gen BRCA1, asociado a los cánceres de mama y ovario (según diversos estudios el 65% de las personas con esta mutación tienen cáncer a lo largo de su vida), es conocido por haberse visto afectada la actriz norteamericana Angelina Jolie, quien decidió hacer público que estaba afectada por la mutación, heredada de su madre, y que había sido sometida a una mastectomía doble como medida de prevención para evitar un posible cáncer de mama y a una cirugía de la extirpación de sus ovarios y las trompas de Falopio.

Como vemos respecto al cáncer se prevén importantes avances en cuanto a su prevención, diagnóstico y tratamiento, que irán en paralelo a desarrollos científicos y técnicos de relieve, como la biopsia líquida (consiste obtener células cancerosas de la sangre de los pacientes y determinar la existencia de tumores y, en su caso, detallar sus características y mejores opciones terapéuticas), la terapia génica (es un tratamiento que consiste en la introducción de genes específicos en las células de los pacientes para combatir enfermedades) y la ingeniería de datos (Big Data con información detallada para investigar y mejorar los tratamientos)

Así las cosas, la sociedad genómica en la que nos encontramos inmersos va a estar salpicada por grandes posibilidades, en particular, en lo que a sus aplicaciones médicas se refiere (en la dirección de una medicina personalizada, individualizada y regenerativa). Pero en paralelo a éstos son también muchas las sombras que se ciernen, por ejemplo, en casos de usos con fines discriminatorios, en contextos no médicos, que pueda hacerse de la información genética de individuos en particular (mundo laboral, empresas de seguros, entidades bancarias, etc...), tengamos en cuenta la utilización de los datos (Big data) que pueda hacerse. Otra de las problemáticas a considerar, que es una realidad desde hace años, reside en la posibilidad de conocer el proceso de determinadas enfermedades ante las cuales no existan terapias curativas.

Asimismo, cabe plantear que quizá estemos inmersos en un “proceso de genetización”, que podría conllevar una sobreestimación del poder de los genes en el ser humano en detrimento de su libertad, y en ser artífices de su propio futuro. En este sentido, atribuir a la genética el protagonismo en la vida humana es menospreciar la importancia del condicionamiento social y eximirlo de su responsabilidad en tanto en cuanto, por ejemplo, condicionante de lo patológico.

Además, de algunas de las técnicas que aquí hemos presentado caben utilidades con fines eugenésicos o de mejora de la raza. Es conveniente, además, llevar al debate si la proteómica, la genómica y las investigaciones y usos que se vayan sucediendo repercutirán sobre todos los ciudadanos del planeta, o devendrán en técnicas, sólo al alcance de los mejor posicionados social y económicamente.

Por todo lo anterior, debemos ser cuidadosos y actuar en todo momento en función del principio de prudencia, siendo conscientes de las extraordinarias posibilidades médicas que están ya con nosotros y que representan la punta del iceberg de lo que está por llegar.

(Publicado en la Revista Sistema Digital. Abril 2018)

TABLE OF CONTENTS (ÍNDICE DE CONTENIDOS)

Foreword by Teresa Torres-Coronas, president of the Scientific Committee, Universitat Rovira i Virgili, Spain. /21

LABOUR AND SOCIAL SECURITY ISSUES

1. *The impact of economic globalization on Labor Law: some reflections*, by Francisco Andrés Valle Muñoz, Universitat Pompeu Fabra, Spain. /25
2. *La digitalización del trabajo y su incidencia en los derechos colectivos de los trabajadores*, by Esther Guerrero Vizuete, Universitat Rovira i Virgili, Spain. /41
3. *The impact of new information and communication technologies on Labor Law: some reflections*, by Francisco Andrés Valle Muñoz, Universitat Pompeu Fabra, Spain. /56
4. *La protección de la seguridad y salud de los trabajadores de mayor edad. El despido por ineptitud sobrevenida y el derecho de adaptación de las condiciones laborales como límite esencial*, by Ángel Ureña /71
5. *La necesaria reforma del modelo de representación sindical de los trabajadores en las empresas dispersas: reflexiones y propuestas de mejora a propósito del ámbito de constitución*, by David Gutiérrez Colominas, Universitat Autònoma de Barcelona, Spain. /84
6. *La doctrina del joint employer en la national labor relations board de los estados unidos de américa como aproximación preliminar a la posición empleadora plural*, by Oriol Cremades Chueca, ESADE, Spain. /98
7. *Canales de representación del personal en los nuevos modelos de gestión empresarial*, by Luis Antonio Fernández Villazón, Universidad de Oviedo, Spain. /116
8. *El impacto de las nuevas tecnologías en la delimitación de los sujetos de la relación laboral: ¿el fin del trabajo subordinado “típico”?*, by Josep Moreno Gené, Universitat de Lleida, Spain. /133
9. *El proyecto de currículum vitae anónimo: breve análisis para el debate*, by Antonio García Fernández, UOC, Spain. /156

10. *Las nuevas TICs y su impacto en las relaciones de trabajo desde una perspectiva de género: algunas consideraciones*, by Ana Maria Romero Burillo, Universitat de Lleida, Spain. /176
11. *El derecho a la desconexión digital como contenido del derecho fundamental a conciliar la vida personal y laboral*, by Nuria Reche Tello, Universidad Miguel Hernández, Spain. /193

SOCIO-POLITICAL ISSUES

1. *Atypical work as flexible work rise of labor instability in the Spanish labor market*, by Anna Ginés Fabrellas, ESADE, Spain. /213
2. *Ranking de eficiencia global de las 50 mejores universidades del mundo*, by Miguel Blanco Canto, Lydia Bares López, Universidad de Cádiz, Spain; Oksana Hrynevych, Odessa National Polytechnic University, Ukraine. /230

MANAGEMENT ISSUES

1. *Collaboration between public entities and with the private sector for efficient social action in local areas*, by Albert Lladó Martínez, Universitat de Girona, Spain. /252
2. *Competencias que afectan a la creación de una start-up internacional*, by Teresa Torres-Coronas, Arantzazu Vidal-Blasco, Universitat Rovira i Virgili, Spain. /269
3. *Mobbing: principales herramientas para la medición del acoso laboral*, by Margarita Feliz Feliz, Mario Arias-Oliva, Universitat Rovira i Virgili; Ruben Fernández Ortiz, Universidad de la Rioja, Spain. /281
4. *Las inversiones directas extranjeras en Marruecos: competitividad y dinámica*, by Younes Karrouk, Mario Arias-Oliva, Universitat Rovira i Virgili, Spain. /299
5. *Robots in Business: A Review*, by Ala' Al-Mahameed, Universitat Rovira i Virgili; Jorge Pelegrín-Borondo, La Rioja University; Mario Arias-Oliva, Universitat Rovira i Virgili, Spain. /308

6. *Falacias persistentes sobre como afrontar el desempleo. Cien años desde 1919 y se sigue creyendo en remedios inadecuados*, by Ignacio Arellano Salafranca, Doctorando en la Escuela Internacional de Doctorado, URJC, Spain. /324
7. *Modelo de Desarrollo Territorial basado en la Innovación Social*, by Innana Català Miguel, Universitat Politècnica de València, Spain; Carlos E. Seaton Moore, Universidad Simón Bolívar de Caracas, Venezuela. /349
8. *Entrepreneurship as a Therapy: Skill discovering and development among necessity-driven women entrepreneurs*, by Rocío Ruiz-Martínez, Universitat Rovira i Virgili, Spain; Katherina Kuschel, Universidad Tecnológica Metropolitana, Chile; Inmaculada Pastor Gosálbez, Universitat Rovira i Virgili, Spain. /370
9. *El concepto de gamificación aplicado al proceso de aprendizaje en entornos no lúdicos: los serious game*, by Fernando Rodríguez and Mario Arias-Oliva, Universitat Rovira i Virgili, Spain. /389

Foreword

Por segunda vez y, en un entorno de trabajo que rompe las barreras físicas a la transmisión de conocimiento, la International Virtual SBRLab Conference, a investigadoras e investigadores de disciplinas científicas diversas con un objetivo común: avanzar en la solución de problemas sociales. Este enfoque se enmarca en las prioridades de la Estrategia H2020; unas prioridades enfocadas a dar respuesta, a través del avance científico y de la innovación, a los retos de la sociedad del Siglo XXI.

La obra que tienes en tus manos recoge en un primer bloque de investigaciones que presentan problemas y soluciones desde el ámbito del Derecho. Se abordan cuestiones tan relevantes hoy en día como los efectos que la globalización, la integración europea y los movimientos migratorios tienen en las relaciones laborales. Para el Dr. Valle Muñoz “the true solution to the problem of globalization is the economic and social development of the underdeveloped countries”; una solución nada fácil ni inmediata que el autor discute en profundidad en su ponencia “The impact of economic globalization on Labor Law: some reflection”. Pero, la transformación del mundo del trabajo, va allá y afecta también a los derechos de los trabajadores.

La Dra. Esther Guerrero, en su ponencia “La digitalización del trabajo y su incidencia en los derechos de los trabajadores”, plantea cómo las TIC están creando unas estructuras laborales en las que los trabajadores pierden derechos y cobertura. La prestación de servicios a través del crowdsourcing conduce a la aparición de un nuevo tipo de trabajador digital deslocalizado físicamente, con salarios reducidos y legalmente desprotegido. Los efectos de este nuevo capitalismo, a nivel social como económicos, son evidentes y preocupantes tanto en el corto como en largo plazo. La propuesta del Dr. Francisco a. Valle, “The impact of new information and communication technologies on labour law: some reflections” de Francisco A. Valle, puede aportar luz a la solución. En su trabajo, el Dr. Valle analiza las consecuencias reales en diferentes ámbitos, desde el impacto que puede tener la TIC en el control de la fuerza laboral hasta los efectos en las condiciones de salud y seguridad laboral.

A medida que avanza la sociedad digital, la sociedad envejece. Un efecto natural de los cambios que ha experimentado la pirámide poblacional de los países desarrollados en las últimas décadas. El Dr. Ureña, en su trabajo “La protección de la seguridad y salud de los trabajadores de mayor edad. El despido por ineptitud sobrevenida y el derecho de adaptación de las condiciones laborales como límite esencial”, abre el debate sobre la prolongación de la vida laboral y la ausencia de previsiones legislativas que garanticen que esa mayor duración de la vida activa se desarrolle en unas condiciones de trabajo apropiadas. En todas estas luchas, el papel de la representación sindical no debe ni puede obviarse.

Con la ponencia, “La necesaria reforma del modelo de representación sindical de los trabajadores en las empresas dispersas: reflexiones y propuestas de mejora a propósito del ámbito de constitución”, el Dr. David Gutiérrez nos facilita una acertada reflexión sobre el papel de la representación sindical en las empresas dispersas. Sin duda, sus aportaciones complementan la problemática del trabajador digital deslocalizado. A todos estos debates se

deben sumar los derivados de las modificaciones en las relaciones laborales fruto de la fragmentación empresarial y la posición empleadora plural como recoge el Dr. Oriol Cremades en “La doctrina del joint employer en la National Labor Relations Board de los Estados Unidos de América como aproximación preliminar a la posición empleadora plural”.

El segundo bloque de esta obra colectiva empieza con una exploración del mundo del trabajo flexible desde el campo de la Sociología. El trabajo “Atypical work as flexible work rise of labor instability in the Spanish labor market” de la Dra. Anna Ginès pone de relieve la paradoja de unos esfuerzos legislativos dirigidos a promover contratos indefinidos con reformas que afloran formas de trabajo atípicas en el mercado laboral español. Este mercado laboral se nutre de graduados y graduadas provenientes de universidades que pugnan por hacerse un hueco en el mercado de los rankings mundiales de eficiencia. El trabajo de Lydia Bares, “Ranking de eficiencia global de las 50 mejores universidades del mundo”, revisa las variables que determinan si las instituciones de educación superior se adaptan o no a la formación de los profesionales que demandan las empresas. Sin relación entre oferta y demanda los problemas del mercado laboral se agravarán con las consiguientes repercusiones socioeconómicas como la existencia, en ocasiones, de una fuerza laboral joven sobrecualificada con posibilidades de progresión profesional.

El tercer y último bloque de esta obra recoge las contribuciones asociadas al ámbito de la gestión de empresas. Abre el bloque el trabajo del Dr. Albert Lladó, “Collaboration between public entities and with the private sector for efficient social action in local areas”, quien pone de manifiesto cómo la falta de coordinación en el ámbito local supone un hándicap para la acción social. El Dr. Lladó señala también la necesidad de que las universidades asuman su responsabilidad a nivel local. El papel de las universidades, a través de la formación y la transferencia de conocimiento, no puede dejar sin cambios el territorio de influencia. En este sentido, el modelo universitario catalán es un caso ejemplo de las consecuencias positivas que ha tenido la diseminación geográfica de la universidad pública a lo largo de la geografía catalana.

Sin salir del ámbito universitario y sus efectos en el crecimiento económico, en el trabajo “Competencias que afectan a la creación de una start-up internacional”, las Dras. Teresa Torres y Arántzazu Vidal utilizan un modelo de ecuaciones estructurales para valorar cómo las competencias interculturales, la autoeficacia emprendedora y las competencias lingüísticas impactan en la motivación de los universitarios para seguir una carrera internacional. La emprendeduría se analiza también desde una perspectiva de género con el trabajo “Entrepreneurship as a therapy: Skill discovering and development among necessity-driven women entrepreneurs” de Rocío Ruiz-Martínez, Katherina Kuschel e Inmaculada Pastor Gosálbez. En esta ponencia las autoras analizan el papel de la emprendeduría en el empoderamiento de las mujeres dentro del contexto chileno.

Analizando también el mundo de los negocios internacionales, Younes Karrouk y el Dr. Mario Arias, en su ponencia, “Las inversiones directas extranjeras en Marruecos: Competitividad y dinámica”, llevan a cabo un análisis la inversión extranjera directa en Marruecos para el período 2003-2016, señalando las estrategias que han diferenciado Marruecos a nivel de competitividad de otros países del Norte de África, como Argelia, Egipto y Túnez.

En la ponencia “Mobbing: principales herramientas para la medición del acoso laboral” de Margarita Feliz, Mario Arias-Oliva y Rubén Fernández Ortiz, reflexionan sobre qué herramienta se debe usar para el análisis de la incidencia y los factores del mobbing, a través de una extensa revisión de la literatura sobre el tema.

En un extenso trabajo, “Falacias persistentes sobre cómo afrontar el desempleo. Cien años desde 1919 y se sigue creyendo en remedios inadecuados, Ignacio Arellano, nos presenta, desde el campo de la teoría económica clásica, una mirada de las recetas utilizadas desde 1919 para solucionar el persistente problema del paro. Un ensayo muy actual, cuyas reflexiones no conviene alejar de los cambios que la tecnología provoca en el mercado laboral. En este sentido, la ponencia “Robots in Business: A Review” de Ala' Al-Mahameed y de los Drs. Jorge Pelegrín y Mario Arias-Oliva puede ser un complemento transcendental ya que mientras se buscan recetas para reducir la tasa de paro los robots irrumpen con fuerza en nuestra vidas, impactando tanto los procesos de innovación como las relaciones laborales.

Esta obra cierra con el trabajo “El concepto de gamificación aplicado al proceso de aprendizaje en entornos no lúdicos: los *serious game*” de Fernando Rodríguez y Mario Ariasen el que se aborda la problemática del aprendizaje humano y el poder del juego en este proceso.

Desde el Comité Científico os animamos a explorar todas estas contribuciones que, sin ningún tipo de dudas, son también una puerta a muchos otros temas de debate.

Teresa Torres-Coronas, PhD

President of the Scientific Committee

Business Departament

Universitat Rovira i Virgili

LABOUR AND SOCIAL SECURITY ISSUES

THE IMPACT OF ECONOMIC GLOBALIZATION ON THE LABOUR LAW: SOME REFLECTIONS

Francisco Andrés Valle Muñoz

Universidad Pompeu Fabra, Spain

Abstract:

Economic globalization, European integration, and migratory movements have affected decisively in the labour relations. For this reason, it is important to think about the consequences that may have these phenomena on the protective function of Labour Law. In this paper, we offer some reflections about this and we concluded that one of the solutions to the problems caused by the economic globalization is to fight against the causes that produce them (basically economic and political underdevelopment of these countries). International cooperation policies are more necessary than ever, and they must be more determined and effective.

Keywords: Economic globalization, European integration, migratory movements, Labour Law.

Summary:

I. The impact of economic globalization on the Labour Law.

1. The economic globalization discourse and its effects.
2. A critical review of the economic globalization discourse.
3. Some solutions to the problem of the economic globalization discourse.

II. Globalization and European integration.

1. The evolution of the social policies, and European Social Law.
2. A critical review to the social policies in the European Union.
3. Some solutions to the social policies problems in the European Union.

III. Globalization and migratory movements.

1. Globalization and migration: the right to migrate.
2. The international, European, and internal regulation and its problems.
3. Some solutions to the problem of migratory movements.

IV. Conclusions.

I. THE IMPACT OF ECONOMIC GLOBALIZATION ON THE LABOUR LAW.

1. The economic globalization discourse and its effects.

The discourse of economic globalization is presented as a technical construction without any ideological influence. Apparently, this discourse (based on the economic situation of the developed countries) doesn't propose any reform of the Labour Law, and even doesn't want to eliminate it, but to improve it.

However, the neoliberal influence on the ideology of discourse is very clear, and its tendency to cause the disappearance of Labour Law and its protective function is also clear³.

Economic globalization can be defined as the elimination of the obstacles that have traditionally limited the transnational circulation of capital⁴. It is a phenomenon that raises two perspectives: the economic, legal and institutional integration of large regional areas with economic policies that are committed to competition; and the implementation of policies to liberalize financial markets worldwide, in a process of internationalization in the production and circulation of goods and services⁵.

This means that: developed countries are subordinated to the demands of the international market; decisions are taken by supranational institutions exempt from political responsibility; and countries look for markets with lower labour costs⁶.

³ ALARCON CARACUEL, M.R., "Las reformas laborales en tiempos de crisis: una reflexión crítica", en AA.VV. Últimas reformas en materia laboral, Seguridad Social y en el proceso laboral, Huygens, Barcelona, 2013, p. 28.

⁴ DURAN LOPEZ, F., "Globalización y relaciones de trabajo", Revista Española de Derecho del Trabajo n. 92, 1998, p. 75.

⁵ RODRIGUEZ PIÑERO, M., "Política, globalización y condiciones de trabajo", Relaciones Laborales, 11, 2000, p. 2.

⁶ ROMAGNOLI, U., "Globalización y Derecho del Trabajo". Revista de Derecho Social, 5, 1999, p. 9.

It is said that economic globalization forces developed countries to compete with other countries where there are no labour rights or social protection. The world is globalized, and the countries of the Welfare State have to compete with countries that do not have this model, with very low labour costs⁷.

The companies look for these advantages, and this situation causes problems of unemployment and precariousness in the developed country, because the standards of life and work are lowered⁸.

And the developed countries must lower their labour costs imperatively, because globalization places them in a great disadvantage, unless they reduce the social rights they have.

In conclusion: it is said that developed countries must renounce most of the rights conquered by the working class in the last century⁹.

This makes the discourse more dangerous for Labour Law and its main institutions: It is not necessary to relax the Labour Law or propose its disappearance, because it will disappear on its own. Economic globalization will eliminate it¹⁰.

However, it is necessary to relativize the impact that the globalized economy discourse has on Labour Law.

2. A critical review of the economic globalization discourse.

We can affirm that the discourse of economic globalization can be criticized for five important reasons:

First: the phenomenon is not new (in fact it is very old) and is part of the development of the capitalist system. "Capitalism always will seek markets with lower wage costs", said Karl Marx more than 150 years ago.

The employer will always seek to place his company in countries where the wages costs are lower. If the wages are low, the employer can transport the merchandise produced without losing money. In conclusion: "Social dumping" is as old as capitalism, and employers have always sought workers who are willing to earn less money, even in another country¹¹.

Second: the percentage of the Gross Domestic Product represented by our exchanges of merchandise with these countries, which could practice "dumping", is very small: most of our

⁷ ALARCON CARACUEL, M.R., "El derecho del trabajo ante la crisis económica y el nuevo modelo productivo. *Relaciones Laborales y nuevo modelo productivo*, CARL, Sevilla, 2011, p. 32.

⁸ BAYLOS GRAU, A., "Globalización y Derecho del Trabajo. Realidad y proyecto", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 15, 1999, p. 30.

⁹ ALARCON CARACUEL, M.R., "Las reformas laborales en tiempos de crisis: una reflexión crítica", p. 31.

¹⁰ ALARCON CARACUEL, M.R., "La amenaza del discurso futurista sobre el mercat de treball", *El futur del sindicalisme*, UGT, Barcelona 2002, p. 19.

¹¹ ALARCON CARACUEL, M.R., "El derecho del trabajo ante la crisis económica y el nuevo modelo productivo", p. 32

commercial exchanges are carried out with European countries, whose workers enjoy often of wages and working conditions superior to ours¹².

The discourse of globalization ignores that those who compete with us are not poor developing countries but our own transnational companies (for example: textile companies or sports footwear that relocate their activity)¹³.

Third: "Offshoring" (the practice of place some of a company's processes or services overseas, to take advantage of lower costs) happens mainly in the production of raw materials and not in the services sector (such as medicine, education, transport, etc.), which cannot be delocalized. And precisely workers in the service sector occupy the majority of jobs in industrialized societies.

The economic globalization discourse ignores that globalization exist mainly in the financial sphere, but not in tertiary societies like ours. International markets found some obstacles in tertiary societies (where services are provided on the territory, and not are based on the exchange of merchandise that can be imported from other countries), and tertiary societies are immunized to "social dumping", because the majority of services, can't be exported¹⁴.

However, we can't deny communication and information technologies (CIT) have facilitated "offshoring" in the services sector. It is not a matter of moving the factory to another country, but simply of hiring workers in those other country who can work without affecting the productive activity¹⁵. This is the case of data operators, information providers, etc.

All of them can work in different countries, without affecting the correct organization of the productive activity. But sometimes this kind of jobs can have consequences in the activity of the company (if these workers don't know certain essential information of the country from which the information is requested)¹⁶.

Fourth: there is no new worker prototype required by a globalized economy, and, if it exists, it would need the protection of Labour Law just like the traditional worker¹⁷.

The Labour Law institutions are the product of the Industrial Revolution, and specifically of the Taylorism and Fordism. This system was based on a type of worker linked to an assembly line and who worked every day for a salary.

He was a person who worked full time and for the same employer during his working life, and he worked with other workers of the same company, in similar working conditions. This last circumstance caused solidarity among the workers and justified the action of the trade unions.

¹² ALARCON CARACUEL, M.R., "La amenaza del discurs futurista sobre el mercat de treball", p. 23.

¹³ ALARCON CARACUEL, M.R., "El derecho del trabajo ante la crisis económica y el nuevo modelo productivo", p. 32

¹⁴ ALARCON CARACUEL, M.R., "Las reformas laborales en tiempos de crisis: una reflexión crítica", p. 31.

¹⁵ ALARCON CARACUEL, M.R., "La informatización y las nuevas formas de trabajo", en AA.VV. Nuevas Tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo, Bomarzo, Madrid, 2004, p. 11.

¹⁶ ALARCON CARACUEL, M.R., "La informatización y las nuevas formas de trabajo", p. 12.

¹⁷ ALARCON CARACUEL, M.R., "La amenaza del discurs futurista sobre el mercat de treball", p. 20.

And it's said that this worker, called "homo faber" (which was the result of the Industrial Revolution), will disappear in the new globalized world, and with his disappearance, the Labour Law will also disappear.

This is so because the new globalized society creates a new type of worker who wants to change continuously of company and job, and who have no problem in change his residence and even his country, to look for a better job.

However, this type of "globalized" worker is not the predominant in our societies. We can observe, in a normal day, the type of workers we can meet: doorman, bus driver, taxi driver, gardener, bank employee, waiters, cook, cleaning staff, etc., and check how many are the classic worker, and how many respond to the new profile of a "globalized" worker.

Possibly some of these workers are self-employed (taxi driver), but the t majority are salaried workers. The great peculiarity is that most of these workers have a job in the services sector and don't respond to the typical profile of the industrial worker, but they have the same work contract as an industrial worker. And this is the basis of Labour Law.

In fact, we can imagine the industrial worker who is behind each of the tertiary workers (behind the doorman, the construction workers, behind the bus driver, the factory's workers where the bus was built, etc.)¹⁸.

If our societies are "presumably" globalized, that situation does not mean that workers must have worse working conditions (with temporary contracts, part-time contracts, continuous changes of company and country, without trade union, etc.). Neither does it mean that workers must regulate their conditions individually with their employer and not with a collective agreement.

And precisely for these reasons Labour Law becomes even more necessary, if we want to avoid overexploitation in these sectors.

And fifth: economic globalization directly affects the trade union movement, which has traditionally been national. At this point we should think about the need to strengthen the international character that the labour movement had since its origins. It would be necessary to recover this international character if unions want to be protagonists in the globalized society.

The transnational mobility of companies cannot justify a disappearance of the guarantees created by Labour Law. It would be necessary to look for new spaces for the action of the workers movement at the international level, which would balance normative relaxation of the national State¹⁹.

3. Some solutions to the problem of the globalization discourse.

¹⁸ ALARCON CARACUEL, M.R., "La amenaza del discurs futurista sobre el mercat de treball", p. 21.

¹⁹ ALARCON CARACUEL, M.R., "El derecho del trabajo ante la crisis económica y el nuevo modelo productivo", p. 32

The real solution to the problems of the globalization discourse and its pernicious effects is the economic and social development of these underdeveloped countries. The challenge is to raise the rights of workers in these countries, and not to lower our rights²⁰.

The globalization of the economic system does not have to imply the precariousness of working conditions in developed countries due to competition from underdeveloped countries ("social dumping").

Therefore, the solution cannot be that the developed countries have the working conditions of the 19th century. On the contrary: social rights must be increased in these underdeveloped competitor countries, starting with the most basic thing: the prohibition of child labour in the world (especially when the multinational companies of the rich countries are the beneficiaries of this overexploitation). It would be necessary to raise the standard in the living and working conditions of developing countries²¹.

The discourse of globalization is futuristic because it is based on the observation of phenomena that are true, but tries to obtain interested consequences where there are none, and hides essential elements of continuity with what happened in the past.

The only way to overcome the impact of globalization on Labour Law is to isolate each specific problematic aspect of labour relations, to analyse its real influence. Therefore, we must escape from global and abstract discourses, to focus on concrete parameters²².

Legal deregulation, instability, or precariousness, are not a requirement of economic globalization. They are only an option of legislative policies that can be questioned.

In short: while the dominant social and economic system is based on the existence of workers who provide their services for employers (who are the owners of the means of production, and who offer goods and services in a market in which workers are consumers) , the structural foundations of Labour Law will be intact.

Labour Law is more necessary than ever in a globalized society. Naturally, we must continually rethink their conceptual categories and their internal equilibria to adapt them to a reality in constant evolution. But, in the future there are no foreseeable structural changes to believe that the economic and social system we know will change²³.

II. GLOBALIZATION AND EUROPEAN INTEGRATION.

1. The evolution of the social policies, and the European Social Law.

²⁰ ALARCON CARACUEL, M.R., "El derecho del trabajo ante la crisis económica y el nuevo modelo productivo", p. 32

²¹ ALARCON CARACUEL, M.R., "Las reformas laborales en tiempos de crisis: una reflexión crítica", p. 31.

²² ALARCON CARACUEL, M.R., "La informatización y las nuevas formas de trabajo", p. 17.

²³ ALARCON CARACUEL, M.R., "La informatización y las nuevas formas de trabajo", p. 18.

As I have said before, the globalization economic supposes the economic, legal and institutional integration of large regional areas with economic policies that are committed to competition. The role developed by the European Union on this point is particularly important.

The European Union (EU) is a political and economic union of 28 member states that are located in Europe. The EU has developed an internal single market through a standardised system of laws that apply in all member states.

EU policies aim to ensure the free movement of people, goods, services, and capital within the internal market, enact legislation in justice and home affairs, and maintain common policies on trade, agriculture, fisheries, and regional development. Passport controls have been abolished, and a monetary union was established in 1999.

The EU's seven principal Institutions are: a) The European Council; b) The European Commission; c) The Council of the European Union; d) The European Parliament; e) The Court of Justice of the European Union; f) The European Central Bank; and g) The European Court of Auditors.

And European Union law is composed by: The European Primary Legislation (founding treaties and their amends); the secondary European Legislation (Community Regulations, Directives and Decisions); and the complementary European legislation (composed by sentences of the Court of Justice of the European Union, when applies the European Union law).

It's important to say that European Social Law is a part of the European Union Law that regulates relations between workers and companies within the European Union, generating the corresponding obligations to the Member States²⁴.

And in this point, it's important to reproduce literally two articles (2 and 117) of the Treaty of Rome of 1957 by which the European Economic Community was created.

The article 2 said: "It shall be the aim of the Community, by establishing a Common Market and progressively approximating the economic policies of Member States, to promote throughout the Community a harmonious development of economic activities, a continuous and balanced expansion, an increased stability, an accelerated rising of the standard of living and closer relations between its Member States".

And the article 117 said: "Member States hereby agree upon the necessity to promote improvement of the living and working conditions of labour so as to permit the equalisation of such conditions in an upward direction. They consider that such a development will result not only from the functioning of the Common Market which will favour the harmonisation of social systems, but also from the procedures provided for under this Treaty and from the approximation of legislative and administrative provisions".

It's necessary to remember, as we can see, that promote the living and working conditions of labour was always necessary to the functioning of the Common Market²⁵.

²⁴COLINA ROBLEDO, M., RAMIREZ MARTINEZ, J.M., SALA FRANCO, T., Derecho Social Comunitario, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

In the early years of the European Economic Community, social policy was subordinated to economic policy, and in fact, the social provisions of the Treaty of Rome were referred to the free movement of workers, to achieve market liberalization.

During the sixties and seventies, some regulations and directives on freedom of movement, freedom of establishment, and provision of services and social security for migrant workers were drawn up.

During the eighties, and due to high unemployment rates, community policies were directed at the citizens without jobs, developing an economic strategy to combat unemployment. At this point is important the role of the European Social Fund, as an instrument to promote, employment opportunities and geographical and professional mobility of workers, as well as to facilitate their adaptation to industrial changes, especially through professional training.

The Single European Act on February 17, 1986, reiterated the objectives of: equalizing the living and working conditions of workers through the harmonization of social systems; the approximation of national laws, etc., but also wanted to improve the protection of safety and health of workers²⁶. In this decade, European social dialogue also was fostered, and the social agents came to have a leading role in the regulation of labour relations²⁷.

During the nineties it is important to highlight the value of the Community Charter of the fundamental social rights of workers (signed in Strasbourg, December 9, 1989), which was a turning point in the community regulation of labour content. But, its programmatic nature relativized the content of it.

The Community Charter was a simple "declaration of intentions of a political nature, expressing the will of the States regarding the social dimension of the internal market"²⁸, or if you want: "a mere solemn political declaration and not a legal norm"²⁹, that is to say: "a declaration of principles without effective content"³⁰. It was therefore a simple programmatic document. The Charter did not have legal effectiveness and that lack prevented that it could be alleged before the courts of justice. For that reason: "to speak of fundamental rights" as material content of the Charter was something pretentious"³¹.

With the Treaty of Maastricht (January 1, 1993), the objective of the European Community is to establish economic and social progress, strengthen economic cohesion, and develop a

²⁵ MONTOYA MELGAR, A., "Dimensión social de la Unión Europea", La armonización legislativa de la Unión Europea, ed. Dykinson, Madrid, 1999, p. 176.

²⁶ BORRAJO DACRUZ, E., "De las Comunidades Europeas a la Unión Europea: el Acta Única Europea Social", Actualidad Laboral, 20, 1986, p. 1011.

²⁷ RUIZ CASTILLO, M.M., "El diálogo social en el ámbito de la Unión Europea", Revista Española de Derecho del Trabajo, 85, 1997, p. 711.

²⁸ MONEREO PEREZ, J.L., "La Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores", Revista Española de Derecho del Trabajo, 56, 1992, p. 853.

²⁹ SALA FRANCO, T., "La política comunitaria de armonización de la normativa en materia laboral", Revista de Treball, 18, 1992, p. 11.

³⁰ GALIANA MORENO, J., "El lento camino de gestación de la política social comunitaria: desde el Tratado de Roma a la cumbre de Maastricht", Revista Española de Derecho del Trabajo, 58, 1993, p. 189

³¹ ALARCON CARACUEL, M.R., "La carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores y el protocolo 14 de Maastricht", Unión Europea y Estado del Bienestar, MTSS Madrid, 1997, p. 169.

vocational training policy. However, the prevalence of the economic over the social, which is reflected in the process of monetary union, reappears as a constant. The adoption of drastic measures, including social ones, is allowed to achieve this process of monetary union. Therefore, social policy does not reach the importance of economic policies.

The Treaty of Amsterdam (May 1, 1999) reviewed the Maastricht Treaty and emphasized several fundamental aspects: employment, free movement of citizens, justice, and common security policy³². Finally, the Treaty of Nice (February 1, 2003), had as primary purpose to reform the institutional structure to allow the entry of new states members.

All the insufficiencies attributable to these Treaties were so evident that the substitution of these instruments for a true "European Constitution" was demanded. For this purpose, the Treaty establishing a Constitution for Europe, better known as the "European Constitution" or the "Constitutional Treaty", was signed in Rome on October 29, 2004³³. But for its validity, a referendum was necessary in each of the Member States, and the "no" of France and the Netherlands, determined the rejection of its ratification.

The subsequent Treaty of Lisbon (December 13, 2007) was designed to improve the functioning of the European Union. However, the last years of this evolutionary process have been marked by the "Brexit", and the increase of political movements against Europe.

2. A critical review to the social policies in the European Union.

The final result of the European Social Law throughout these years has been limited and has basically focused on: a) the adoption of measures aimed at promoting employment; b) the adoption of measures aimed at harmonizing and achieving the convergence of the various internal legislations in social and labour matters.

This last objective has been tried in different ways: a) trying to achieve equal opportunities between men and women; b) trying to establish a unitary regulation on health and safety at work; c) trying to establish the regulation of certain aspects of the employment relationship such as workers' right to information, or certain guarantees regarding the transfer of company and dismissals; d) trying to coordinate national legislation on Social Security, etc.

But mainly, the evolution of European Social Law has shown the predominantly economic nature of the Treaties and the limited competences of the European Union in the social sphere.

The social aspects have been considered residual and subordinated to the economic aspects, and they have aimed to soften the dysfunctions caused by economic integration. The formula: market economy and representative democracy, has not been enough to achieve a just society in the whole of Europe.

³²RODRIGUEZ PIÑERO ROYO, M., "Los aspectos sociales del Tratado de Ámsterdam", Euro y empleo, CES, Madrid, 1998, p. 63.

³³ALARCÓN CARACUEL, M.R., "Aspectos sociales de la Constitución Europea", La Constitución Europea y las Relaciones Laborales, CARL. Sevilla, 2014, p. 552.

And the process of economic and political integration does not present a satisfactory result in the "social" field, which has become a subject to be overcome in the process of European construction³⁴.

There have been three factors that explain why social policies have been marginalized in European policies³⁵:

Firstly: there was an "economic" ideological error in the founding of the European Community. The Foundational Treaties looking for build Europe on economic bases, and not on social bases. At present the "political" and the "social" cannot be mere appendages of the "economic", and all these aspects must go together in the process of European construction.

Secondly: there are important technical, legal and especially institutional difficulties in order to recognize economic and social rights. The recognition of economic and social rights is the basis of any social policy, and these rights must be provided by public authorities.

That is: public authorities must develop an activity to make these rights effective. If they do not perform this activity, these rights become rhetorical statements.

If in the internal legal systems of each state, it is difficult to do effective these rights (because the States tend to develop an insufficient service activity), this kind of problem is further aggravated in Europe, for the weakness of the European institutions.

And thirdly: the economic crises suffered by the industrialized countries since 1973, and since 2008. To this situation we must add the impact of economic "globalization", with increasing competition from countries with labour rights less expensive than in Europe.

And to this we must add the recent migratory movements of citizens from poor countries to the rich European Union, which will be analysed later on.

3. Some solutions to the social policies problems in the European Union.

Once we have seen the failure of successive Treaties to achieve social objectives, it would be necessary to try again to obtain a European Constitution. The lack of a European Constitution possibly has been one of the greatest shortcomings of European Social Law³⁶.

On the other hand, European Social Law includes mechanisms for harmonization or approximation of internal laws; mechanisms for collaboration or coordination between legal systems; and mechanisms for obtaining the equality of treatment within each State.

But all these elements show that doesn't exist one of the indispensable premises to apply the principle of equality in the application of the law: A single law for all States. A common Labour

³⁴ ALARCON CARACUEL, M.R., "La carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores y el protocolo 14 de Maastricht", p. 169 y ss.

³⁵ ALARCON CARACUEL, M.R., "La carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores y el protocolo 14 de Maastricht", p. 169 y ss.

³⁶ ALARCÓN CARACUEL, M.R., "Aspectos sociales de la Constitución Europea", p.352.

Law would be necessary for all the countries of the European Union, and that is also, another great challenge³⁷.

Finally, European citizens should enjoy social rights in the same way as they enjoy civil and political rights, forming a coherent and indissoluble whole. For this, it would also be important to reflect on the concept of "European social citizenship"³⁸.

European citizens should have recognized (at the highest level) all the rights of an advanced democracy: not only civil and political rights, but also social rights. The European Union should direct its efforts in this way, and a new European Constitution would be a good opportunity.

III. GLOBALIZATION AND MIGRATORY MOVEMENTS.

1. Globalization and migration: the right to migrate.

Economic globalization and international migration are two parallel realities. It is interesting to rethink how the migratory movements in a globalized world have affected the Labour Law³⁹.

In contemporary societies, the migration phenomenon is based on the enormous differences in economic and social development that exist between different areas of the world, which encourages people living in less developed countries to try to establish themselves in the most developed countries to have a better existence.

The right to migrate could be defined as the faculty of any person to fix their residence in a country of their choice to develop there a professional activity that allows their subsistence and that of their family. In most cases, this professional activity is offered to an employer and for a salary⁴⁰.

However, the States continually reaffirm their sovereignty over a certain territory whose borders are jealously defended, and from this affirmation, immigration becomes a phenomenon subject to the authority of the States, which reserve the power to authorize or not the citizens of another country to enter, reside, and work in it.

It is affirmed that while the right to emigrate is recognized without obstacles, the right to immigrate is strongly conditioned⁴¹.

³⁷ ALARCÓN CARACUEL, M.R., "El principio de igualdad en el derecho de la Unión Europea", La igualdad de trato en el Derecho comunitario laboral, Aranzadi, Navarra, 1997, p. 30.

³⁸ ALARCON CARACUEL, M.R., "La carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores y el protocolo 14 de Maastricht", p. 169.

³⁹ RAMOS QUINTANA, M., "Inmigración y globalización económica ¿un lugar para el Derecho del Trabajo?" Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales n. 93, p. 13.

⁴⁰ ALARCON CARACUEL, M.R., "El derecho a inmigrar", Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española, La ley, Madrid, 2006, p. 526.

⁴¹ ALARCÓN CARACUEL, M.R., "Protección social de los extranjeros extracomunitarios en España: "Regulares versus irregulares", La protección social de los extranjeros en España, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, p. 125.

The control exercised over migratory movements in developed countries has its last reason in protecting the level of welfare state, and in the purpose of keeping its own labour market under control.

The right to migrate collides with the right of States to determine who may or may not cross their borders. And at this point, the norms of each State go directly to regulate the right to immigrate, submitting its exercise to the authorization of the State.

2. The international, European and internal regulation and its problems.

International Law recognize the right to migrate, configuring it as a universal right, exercisable by every person. From the international point of view, the right to migrate is basically found in four international norms⁴²:

First, it is recognized in the Universal Declaration of Human Rights of 1948, whose article 13.1 states: "Everyone has the right to freedom of movement and residence within the borders of each State".

However, the legal obligation of the Declaration is practically non-existent. Its articles express an ideal program for the coexistence of the peoples and not a normative set of obligatory compliance by the States, which, in short, preserve the possibility of altering some of the postulates of such Declaration.

Secondly, it is recognized in article 12.1 of the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966, which states: "Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence".

It's important to remember that, according to the International Covenant on Civil and Political Rights, freedom of movement and residence is restricted to those who are "lawfully" in that State, and not in other cases.

Third, ILO Convention No. 97, on migrant workers, states in article 6 that: "Each member for which this Convention is in force undertakes to apply, without discrimination in respect of nationality, race, religion or sex, to immigrants lawfully within its territory, treatment no less favourable than that which it applies to its own nationals in relation to the following matters:" enumerating below the main working conditions, trade union rights, and Social Security benefits.

And fourthly, the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms signed in Rome in 1950, which provides in article 14 that: "The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political opinions, "national or social origin", association with a national minority, property, birth or other status".

⁴²ALARCÓN CARACUEL, M.R., "Protección social de los extranjeros extracomunitarios en España: "Regulares versus irregulares", p. 125.

At European level, migration to the prosperous countries of the European Union from the poorest countries in the world appears as one of the most transcendent phenomena of recent years that will mark the immediate future⁴³.

The treatment of this phenomenon has two sides: one is the determination of the rights that Europe is willing to recognize immigrants; the other is what kind of policy (restrictive or not) the European Union will adopt in relation to the admission of immigrants, in short: if their borders are going to be more or less permeable.

Regarding the first question, if we take into account the principle of equality recognized in the Foundational Treaty of the European Community, we can affirm that immigrants have the same rights (especially social rights) as the European citizens.

Regarding the second question, it is clear that the construction of the European Union consists basically of eliminating these state borders, but it is also true that, simultaneously, it is intended to strengthen the control of the Union's external borders and this policy will hardly change in the next years.

In fact, while the citizens of the European Union are free to circulate and work in all the countries of the Union (without any discrimination) the situation is different when it comes to citizens who come from non-European countries.

In these cases, the external borders of the European Union are fortified, to avoid losing our welfare states. But, it cannot be ignored that the expansion of the European Union has meant an automatic regularization of the citizens of those countries that were not initially part of it.

In Europe, some Regulations and Directives have been published to control the migration of citizens from other non-EU countries. But, the conclusion is that, currently, we do not find in European Law, a satisfactory answer to the multiple social and legal problems posed by extra-community migration⁴⁴.

From the internal point of view, and at the constitutional level, article 13 of the Spanish Constitution establishes that: "foreigners will enjoy in Spain the public liberties guaranteed by this Title in the terms established in the treaties and the law."

There are three interpretive problems presented by Article 13 of the Spanish Constitution, and that have been resolved by the Constitutional Court (basically in the STC No. 107/1984 of November 23)⁴⁵.

The first interpretive problem is to determine the meaning of the expression: "public liberties". For the Constitutional Court, the term "public liberties" does not have a restrictive meaning and may include all types of constitutional rights and freedoms that foreigners can enjoy.

⁴³ALARCÓN CARACUEL, M.R., "Aspectos sociales de la Constitución Europea", p. 552.

⁴⁴ALARCÓN CARACUEL, M.R., "El derecho a inmigrar", p. 530.

⁴⁵ALARCÓN CARACUEL, M.R., "Protección social de los extranjeros extracomunitarios en España: "Regulares versus irregulares", p. 130.

The second interpretative problem is to determine the meaning of the remission that is made by the "treaties and the law". And according to the Constitutional Court, the rights and freedoms granted to foreigners are constitutional rights, with the protection granted by the Spanish Constitution, but in the terms established by international treaties and laws.

The third interpretative problem consists of determining if those "foreigners" are all those who are in Spain or only a few. And the answer is that all foreigners can enjoy the rights and freedoms provided for in Title I of the Spanish Constitution, but the exercise of some rights may be limited or conditioned to compliance with certain legal requirements (for example, having work or resident permits), although the legislator does not have absolute discretion.

From the legal point of view, two ideas about the right to immigrate stand out:

On the one hand, we can find its regulation. There have been many Laws that have modified the initial Law 4/2000 of January 11, on rights and freedoms of foreigners. This instability is due to the different approaches that exist from a political point of view.

Sometimes immigrants are presented as people who come to take away jobs from Spanish workers who are unemployed. And sometimes they are presented as essential to cover jobs that Spanish workers are not willing to fill.

Sometimes immigrants are presented as a problem to our social protection system. And sometimes they are presented as necessary to increase contributions to Social Security, and to solve the problems caused by the low birth rate and the aging of the population⁴⁶.

On the other hand, the internal laws on immigration are ineffective: irregular immigration does not stop and, often, the authorities allow an extraordinary regularization process. In fact, this situation (remain in Spain irregularly), has been expressly contemplated by the Law, allowing certain legal effects that do not consist exclusively in the possible penalty (monetary fine and expulsion), but in the opposite: a way to access the legal residence⁴⁷.

From a legal point of view, there are also three issues to which any legal system must respond, in the face of the situation of an immigrant⁴⁸:

The first issue is related to the conditions to be able to reside and develop a professional activity as an employed or self-employed person in the country. The answer to this question is that the right to immigrate is conditioned in our legislation, to obtain the administrative authorization to reside and work⁴⁹. This conditioning has been declared constitutional by the Constitutional Court itself.

⁴⁶ALARCON CARACUEL, M.R., "El derecho a inmigrar", p. 503; MONEREO PEREZ, J.L., "Derecho de los extranjeros y crisis económica", Revista universitaria de ciencias del trabajo, 15, 2014, p. 165.

⁴⁷SAN MARTÍN MAZZUCCONI, "El acceso de los extranjeros al mercado de trabajo: régimen general y contingente", Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, n. 63, 2006 p. 139; AGUILERA IZQUIERDO, R., "El acceso de los inmigrantes irregulares al mercado de trabajo: los procesos de regularización extraordinaria y el arraigo social y laboral", Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, 63, 2006, p. 175.

⁴⁸ALARCÓN CARACUEL, M.R., "Protección social de los extranjeros extracomunitarios en España: "Regulares versus irregulares", p. 134.

⁴⁹SIRVENT HERNANDEZ, N., "La residencia legal como requisito de acceso a la protección de Seguridad Social de los extranjeros extracomunitarios", Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 20, 2009, pág. 1.

The second issue concerns the treatment that should be granted to regular immigrants from the point of view of labor and Social Security rights⁵⁰. And the answer to this question is full equality with Spanish workers.

And the third issue is the rights that must be recognized to immigrants, even if they are irregular⁵¹. At this point also irregular immigrants have rights, and so, for example, our laws declare the validity of employment contracts of irregular immigrants⁵².

3. Some solutions to the problem of migratory movements.

Beyond the problems that migratory movements present at the international level (immigrants' rights, and fortification of borders), the real solution to the problem of international migratory movements is to fight against the causes that produce the phenomenon and not to look for solutions when the phenomenon happens. And it is a similar solution to the problem of economic globalization.

The causes of international migratory movements are the economic and political underdevelopment of these countries. And many of the developed countries are responsible for the situation in which their former colonies are located.

Therefore, and to fight against these causes, international cooperation policies are more necessary than ever. And they must be more determined and effective than those practiced so far by the developed countries. Only in this way can conflicts be avoided, and peace guaranteed, in the 21st century⁵³.

IV. CONCLUSIONS.

I. Economic globalization, European integration, and migratory movements have affected on the labour relations. For this reason, it is important to think about the consequences that may have these phenomena on the protective function of Labour Law.

II. The discourse of economic globalization states that globalization forces the developed countries to compete with others where there are no labour rights or social protection, and this situation puts them at an unaffordable disadvantage, unless they reduce social rights they enjoy. However, this discourse can be criticized:

⁵⁰SIRVENT HERNANDEZ, N., "Derechos de Seguridad Social y trabajadores extranjeros", Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos, 319, 2009, p. 79.

⁵¹RAMOS QUINTANA, M.I., "Derechos de los trabajadores extranjeros", Revista española de derecho del trabajo, n. 86, 1997, p. 863; LOUSADA AROCHENA, J.F., "Los derechos de los trabajadores extranjeros irregulares", Aranzadi social, n. 5, 2004, p. 799. CHARRO BAENA, P., "El trabajo de los extranjeros en España: una lectura desde el Ordenamiento laboral", Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, 63, 2006, p. 67.

⁵²ALARCON CARACUEL, M.R., "El derecho a inmigrar", p. 503.

⁵³ALARCÓN CARACUEL, M.R., "Aspectos sociales de la Constitución Europea", p. 553.

Firstly, because this discourse is as old as capitalism (since its origins, capitalism has not known borders); second, because most of the commercial exchanges are made with European countries, whose working conditions are similar, or better than ours; thirdly because international competition finds some disadvantages in tertiary societies, where most services are not exportable; and fourthly, because the “globalized” worker is not the predominant in our societies, and would need to be protect as the rest of workers.

Therefore, the true solution to the problem of globalization is the economic and social development of the underdeveloped countries, raising the bar for the rights of their workers and not lowering that of ours.

III. In the European Union, the final result of all its normative evolution has shown the predominantly economic character of the social policy. The social aspects have been considered residual and subordinated to the economic aspects, and have been destined to balance the dysfunctions caused by economic integration.

There have been three factors that explain why social policies have been marginalized from European policy: firstly, the ideological error on thefoundational treaties (mainly an economic error); secondly, the difficulties (in a technical, juridical, and institutional level)of the European institutions to implementing social rights; and thirdly, the economic crisis that affects all the member states.

To overcome these obstacles, it would be necessary to deepenin the concept of "European citizenship", which would imply the recognition of social rights on an equal levelwith civil and political rights.But it would be interesting to reflect again on a European Constitution, and on a common Labour Law for all the member states.

IV. In contemporary societies, the migration movements are based on the important differences in economic and social development that exist between different areas of the world, which encourages people living in less developed countries to try to establish themselves in the countries more developed to have a better existence.

International law, recognize the right to migrate as a universal right exercisable by every person. However, the right to migrate faces with the internal rules of the States that condition the right to cross their borders, to obtain an administrative authorization to reside and work in the country.

Nevertheless, as it happened with de globalization discourse, the real solution to the problem of international migratory movements is to fight against the causes that produce the phenomenon (basically economic and political underdevelopment of these countries), and not to look for solutions when the phenomenon happens.

International cooperation policies are more necessary than ever, and they must be more determined and effective than those practiced so far by the developed countries.

LA DIGITALIZACIÓN DEL TRABAJO Y SU INCIDENCIA EN LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS TRABAJADORES⁵⁴

Esther Guerrero Vizuete

Universitat Rovira i Virgili, Spain

Abstract:

The Companies adopt new structures in which the use of information technologies is increasingly present. In this economic reality are having a great influence the digital platforms, especially those integrated under the term crowdsourcing, which offer services in the market through workers whose legal qualification is yet to be determined. This circumstance notoriously influences not only on the working conditions of workers who provide services in the field of the platforms economy but also has a special impact in the field of collective protection. This paper propose to analyze the incidence that the new forms of employment are having in certain aspects linked to the collective protection of workers. This will allow to highlight the possible contextual lag that certain nuclear institutions of Labor Law have, being in need of an update because they are not already in line with the function they are called to fulfill in the new models of business organization.

Key words: Digital work, Collaborative economy, Collective rights of workers

Resumen:

Las empresas adoptan nuevas estructuras en las que el uso de las tecnologías de la información está cada vez más presente. En esta realidad económica están teniendo una gran influencia las plataformas digitales, especialmente las integradas bajo el término crowdsourcing, las cuales ofrecen servicios en el mercado a través de sujetos cuya calificación jurídica está aún por determinar si bien, como denominador común, se caracterizan por impulsar una huida del Derecho del Trabajo. Esta circunstancia influye notoriamente no solo en las condiciones laborales de los trabajadores que prestan servicios en el ámbito de la economía de las plataformas sino también tiene una especial incidencia en el ámbito de la protección colectiva. El presente trabajo se propone analizar la incidencia que las nuevas

⁵⁴ Esta comunicación se ha elaborado en el marco del Proyecto de I+D+I titulado “La representación laboral en las empresas dispersas y en red: problemática, disfunciones y propuestas correctoras” financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (DER 2017- 83189-R). IP Xavier Solà Monells y Ricardo Esteban Legarreta

formas de empleo están teniendo en determinados aspectos vinculados a la protección colectiva de los trabajadores. Ello permitirá poner de manifiesto el posible desfase contextual que determinadas instituciones nucleares del Derecho Colectivo del Trabajo tienen, estando necesitadas de una actualización al no ser ya acordes a la función que están llamadas a cumplir en los nuevos modelos de organización empresarial.

Palabras clave: Trabajo digital, economía colaborativa, derechos colectivos de los trabajadores

Sumario

- 1. Las nuevas formas de trabajo en el contexto de la economía digital: las prestaciones basadas en micro tareas o el nuevo taylorismo**
 - 1.1. ¿Trabajadores autónomos o dependientes? La necesaria calificación jurídica de los prestadores de servicios a través del Crowdsourcing on line**
 - 2. La articulación de la acción colectiva y sus problemas de encaje ante los nuevos modelos de negocio**
 - 2.1. La autonomía colectiva de los trabajadores autónomos en el ámbito de la economía de las plataformas**
 - 2.2. La compleja delimitación de la estructura representativa de los trabajadores digitales**
 - 3. ¿Es posible una negociación colectiva sin adjetivos? El convenio colectivo como instrumento homogeneizador de las nuevas formas de empleo**
- 4. Bibliografía**

1. Las nuevas formas de trabajo en el contexto de la economía digital: las prestaciones basadas en micro tareas o el nuevo taylorismo

La crisis económica sufrida y los avances tecnológicos alcanzados han dado lugar a lo que se ha venido en llamar economía digital, término con el se pretende abarcar las transformaciones que la digitalización está produciendo en el mundo del trabajo. Asistimos así a un fenómeno que está produciendo importantes cambios no solo a nivel productivo sino también en la forma como se están vinculando empleadores y trabajadores

En el contexto de la economía digital podemos distinguir dos tipos de economía: la economía colaborativa (*sharing economy*) y la economía bajo demanda (*economy on demand*). Con el término de economía colaborativa se pretenden englobar distintos modelos de negocio que no responden ni al concepto en el que se les incardina ni a la novedad que se les atribuye. La economía colaborativa se dirige a proporcionar a un bien infrautilizado una mayor vida útil, siendo cedido por su titular a quien con carácter ocasional o intermitente lo necesita⁵⁵. En su

⁵⁵“En sentido estricto, la economía colaborativa exige para ser considerada como tal que la actividad sea sin ánimo de lucro o, como mucho, esté inspirada en los principios de la economía social, y esté pensada realmente para compartir gastos entre los usuarios de un determinado servicio o intercambiar productos infrautilizados”. Sánchez-Urán, Y. (2018). Economía de plataformas digitales y servicios compuestos. El impacto en el Derecho, en especial, en el Derecho del Trabajo. La Ley Unión Europea, (57) p. 4 (formato electrónico)

esencia responde a un intercambio entre particulares⁵⁶. Por su parte en la economía bajo demanda se integran aquellas plataformas que disponen “de un buen número de prestadores de servicios, los cuales están a la espera de que un consumidor solicite un servicio”⁵⁷. Su formulación no es en absoluto novedosa al reflejar el espíritu de la tradicional economía capitalista⁵⁸. La novedad reside en que “la competencia se desplaza de empresas estructuradas a microempresarios, que no teniendo por qué respetarla, pueden ser conducidos a fenómenos de autoexplotación”⁵⁹. Recurren, en muchas ocasiones de forma fraudulenta, al trabajo autónomo como forma de vinculación contractual persiguiendo una reducción de costes y de posible conflictividad laboral amparada en la mayor protección que el ordenamiento jurídico dispensa a los trabajadores asalariados. Una problemática que no se centra únicamente en el terreno de la protección social sino que también está originando preocupantes fenómenos de economía sumergida y evasión fiscal.

La rapidez de su desarrollo, gracias a las plataformas electrónicas que posibilitan ese intercambio, está derivando, sin embargo, en una nueva forma de producción y distribución de bienes y servicios en la que las empresas tradicionales están siendo desplazadas por entes etéreos y por personas que ostentan el doble rol de proveedor y de consumidor. Y es precisamente en ese doble componente subjetivo e instrumental donde reside la novedad. Como señala MONTERO (2017) nuestro sistema legal está basado en la profesionalidad por lo que en él no está teniendo un adecuado encaje el creciente protagonismo de estas personas físicas que de forma no habitual ofertan bienes y servicios⁶⁰. La facilidad con la que cualquier persona puede convertirse en prestadora definiendo autónomamente la duración y alcance de su actividad trae consigo como premisa de partida problemas de calificación jurídica. Al mismo tiempo, el instrumento del que se sirven estos nuevos modos de satisfacer las necesidades de los consumidores, la plataforma electrónica, plantea la necesidad de delimitar si estamos ante un simple servicio de mediación o bien se trata de una empresa verticalmente integrada. Unos problemas que deben ser abordados teniendo en cuenta que la diversidad de plataformas existentes exige clarificar en primer término su naturaleza, identificando así su modelo de negocio, para proceder posteriormente a delimitar el vínculo que las une con sus prestadores.

Actualmente existen multitud de plataformas digitales que prestan servicios (*Crowdwork o Crowdsourcing*) de forma presencial (*off line*) o de forma virtual (*on line*). El Crowdsourcing off line supone la prestación de servicios de forma presencial, con un carácter local y siendo sus destinatarios los consumidores finales. Se integran en este modelo plataformas como Listminut, Deliveroo, Glovo, Sandeman, Helpling, Etece, Trabeja.com o Taskia, entre otras. El Crowdsourcing on line es un modelo de negocio consistente en la descentralización de una

⁵⁶Soria Bartolomé señala entre las características de este modelo el hecho de que “en la economía colaborativa prestadores y usuarios son de tamaño y capacidad de negociación similar...el volumen de su actividad es de pequeño tamaño y las transacciones de poco importe”. Soria, B.(2017). Aspectos económicos de la economía colaborativa. En Montero Pascual (Director), La regulación de la economía colaborativa. Airbnb, Blabacar, Uber y otras plataformas. (pp. 79-81). Valencia: Tirant lo Blanch

⁵⁷Todolí, A.(2016). El trabajo en la economía colaborativa. Valencia: Tirant lo Blanch (p. 21)

⁵⁸Señala Agote que “La idea de ofrecer un producto o un servicio ajustándose a las necesidades del cliente final es en sí la base de la economía capitalista. Toda economía capitalista ha sido y es una economía “a la demanda”. Agote, R.(2017). On demand economy: 10 claves de entendimiento laboral. *lusalabor* (1/2017), p. 3

⁵⁹Dagnino, E. (2015). Uber Law: perspectiva jurídico-laboral de la sharing/on demand economy. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 3, p. 26

⁶⁰Montero, J.J. (2017). La regulación de la economía colaborativa. En Montero Pascual (Director), La regulación de la economía colaborativa. Airbnb, Blabacar, Uber y otras plataformas.p.33. Valencia: Tirant lo Blanch

actividad entre una multitud de prestadores de forma que cada uno de ellos lo que realiza es una micro tarea, una ínfima fracción de actividad que requiere un tiempo de realización breve y cuya forma de retribución es el destajo. Se trata de una prestación de servicios desarrollada con carácter global, es decir, deslocalizada, en la que el destinatario final son las empresas. El prestador es un trabajador virtual, anónimo, que decide en cada momento qué micro tareas va a realizar. Exponente de este modelo es Amazon Mechanical Turk. A través de esta plataforma las empresas clientes obtienen una fuerza de trabajo ampliable y bajo demanda. Para ello basta delimitar la tarea a realizar y el precio de la misma. Así, si se requiere su realización en un corto periodo de tiempo la empresa puede conseguir un mayor número de operarios (turkers) interesados elevando la cantidad a pagar por la micro tarea. Son operaciones sencillas y repetitivas que el hombre realiza mejor que un ordenador, de ahí que no haya sido sustituido por la inteligencia artificial como está sucediendo en otros ámbitos. De este modo, las HIT (Human Intelligence Tasks) pueden consistir en la descripción de un objeto, la identificación de la composición de un producto, la traducción de varias líneas de un texto, la identificación de productos duplicados en catálogos on line o la verificación de datos de un restaurante (número de teléfono, dirección, horario etc.). Asimismo, son tareas de muy corta duración temporal que una vez finalizadas son de nuevo enviadas a la plataforma para su recepción por la empresa cliente. Amazon realiza una previa clasificación tanto de las tareas (en base a su temática) como de los prestadores (en base a las puntuaciones obtenidas en tareas anteriores) asegurando así una adecuada realización en términos de calidad e impidiendo que clientes y prestadores puedan establecer contactos contractuales fuera de la propia plataforma⁶¹.

De este modo, merced a las nuevas tecnologías, asistimos al retorno del taylorismo como técnica de organización de trabajo en el que la subdivisión de las tareas a realizar permite aumentar la productividad al tiempo que evita todo control por parte del trabajador de los tiempos de producción. Entre sus efectos negativos se señalan la descualificación profesional del trabajador, al no ser necesario una especial formación para su realización al tiempo que no se le proporciona una experiencia profesional de calidad⁶².

Centrando nuestro trabajo en la prestación de servicios a través del Crowdsourcing on line y en un plano estrictamente jurídico, la proliferación de este tipo de plataformas ha dado lugar a una importante transformación de la figura del prestador del servicio. Frente a un trabajador individualizable, que ejecuta su prestación en un entorno físico definido y bajo unas condiciones laborales predeterminadas que fijan sus derechos y obligaciones, asistimos al nacimiento de un nuevo tipo de trabajador, el trabajador digital, deslocalizado física y geográficamente, sujeto a prestaciones fraccionadas y micro remuneradas que complican extraordinariamente su encaje legal. Unas dificultades que en gran parte vienen motivadas por querer encuadrar jurídicamente estas prestaciones siguiendo los presupuestos que tradicionalmente han definido la laboralidad, como tendremos ocasión de analizar en las líneas siguientes. Un trabajador digital que, además, al no estar vinculado con carácter exclusivo al empleador, puede modificar con extraordinaria libertad el contenido y el titular de las

⁶¹Una condición similar es impuesta por The work crowd la cual exige a la empresa cliente, si se produce esa circunstancia, el pago del 20% de las ganancias del trabajador durante 52 semanas. Información disponible en theworkcrowd.com

⁶²Algunos autores advierten del peligro de infra cualificación que se exige pues "La descomposición de este trabajo en pequeñas unidades sin sentido en sí mismas podría dar lugar a un acceso universal a este tipo de trabajo, con independencia de la formación y perfil profesional del trabajador". Trillo, F.(2016). Relaciones de trabajo en la economía digital. Revista de Derecho Social (76), p.4

prestaciones que realiza dando lugar a lo que se ha venido en denominar *trabajadores nómadas*.

1.1 *¿Trabajadores autónomos o dependientes? La necesaria calificación jurídica de los prestadores de servicios a través del Crowdsourcing on line*

El trabajador digital nace como una forma híbrida de prestador de servicios⁶³. Sus notas características pueden ser encuadrables tanto en el ámbito del trabajo por cuenta ajena como en el del trabajo por cuenta propia, dependiendo, a falta de una regulación legal que los defina, del sentido y alcance que se impriman a la forma cómo se manifiestan en cada caso concreto las notas caracterizadoras de uno u otro. A título ejemplificativo, mientras que para unos la libertad de trabajo de la que gozan estos trabajadores es un rasgo identificativo de su independencia y por tanto de su encaje en el ámbito del Derecho Privado⁶⁴, para otros tal libertad no existe, estando el trabajador sometido a una dependencia digital intensa merced precisamente a las nuevas tecnologías que hacen posible el desarrollo de su actividad, por lo que no hay duda de su encaje en el ámbito protector del Derecho del Trabajo⁶⁵.

La delimitación de su naturaleza jurídica se está realizando tomando como punto de partida las nociones clásicas de dependencia y ajenidad, aun cuando es de general aceptación que estos nuevos modelos de negocio no responden a los planteamientos del tipo de empresa al abrigo del cual aquellas nociones fueron formuladas. Este desfase conceptual trae consigo un panorama de inseguridad en el que los rasgos identificadores del trabajo asalariado, especialmente en lo referente a la dependencia, están siendo objeto de una extraordinaria flexibilización tanto por vía doctrinal como jurisprudencial, hasta el punto de poder hablar de un amplio impulso hacia la laboralización de estos nuevos trabajadores como instrumento clave en orden a proporcionarles una suficiente protección. De este modo, tomando como punto de partida el micro trabajo on line, la libertad que tiene el prestador en la determinación de los días concretos en los que va a trabajar, la selección de la/s tarea/s a realizar y la duración de su prestación son señaladas como una muestra más de la flexibilidad con la que debe ser entendida la noción de dependencia teniendo en cuenta el actual contexto económico y productivo. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que esa libertad decisoria no es un elemento propio del contrato de trabajo al “no existir en España la posibilidad de que un contrato de trabajo se active o desactive a voluntad del trabajador”⁶⁶. A ello debe añadirse la libertad de la gozan a la hora de decidir quién será su empleador. Se trata de un poder de decisión definitorio del trabajo por cuenta propia que en modo alguno puede hacerse extensivo al ámbito del trabajo asalariado. En consecuencia, todas aquellas prestaciones de

⁶³ “Este tipo de homo faber tiene la capacidad suficiente para instalarse como autónomo y la fragilidad inevitable para recaer como subordinado en una o varias empresas de inciertas características, de donde es un desarraigado económico cuya patria no es el contrato ni la profesión, sino la sociedad”. Ojeda, A. (2010). *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*. Madrid: La Ley, p. 103

⁶⁴ En esta línea se sitúan, entre otros, Mercader, J.R.(2017). El nuevo modelo de trabajo autónomo en la prestación de servicios a través de plataformas digitales. *Diario La Ley* (9); Montero, J.J.(2017). *La regulación de la economía colaborativa*, op. cit. p. 43; Guerrero, E.(2018). *La economía digital y los nuevos trabajadores: un marco contractual necesitado de delimitación*. *Revista de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 1, (1)

⁶⁵ En esta línea de opinión se encuadran, entre otros, Ginès, A (2016). *Crowdsourcing sites y nuevas formas de trabajo*. *El caso de Amazon Mechanical Turk*. *Revista Derecho Social y Empresa* (6), p.82; Beltrán, I. (2018). *Economía de las plataformas y contrato de trabajo*, Ponencia realizada en las XXIX Jornadas Catalanas de Derecho Social, Barcelona. Recuperado de ignasibeltran.com; Sánchez-Urán, Y.(2018). *Economía de plataformas digitales y servicios compuestos...*, op. cit. p.17

⁶⁶ Agote, R. (2017). *On demand economy...* op. cit. p. 14

servicios que se encuentran intervenidas por las plataformas al ser ellas las que fijan la jornada del prestador, su horario, los tiempos de presencia etc., deben ser calificadas como laborales al responder a supuestos de falsa autonomía. Y a *sensu contrario* cuando el trabajador decide con total autonomía en qué momentos va a trabajar, durante cuánto tiempo, para quién y con qué tipo de prestación, su actividad debe ser calificada como extralaboral.

Junto a la laxitud en la gestión del tiempo de trabajo, se ha señalado como elemento integrante de la subordinación el control digital que la plataforma ejerce sobre el prestador. Su finalidad no es otra que supervisar la satisfacción final del cliente, y en base a la cual, se producirán o no sucesivas relaciones contractuales con otros empleadores-clientes que se integren en la plataforma. Actúan así a modo de “filtro” facilitando la selección de prestadores para proporcionar fuerza de trabajo a futuros clientes-empresas. De este modo, en el trabajo digital el prestador no es ajeno al riesgo. Al contrario, la calidad de su prestación es la herramienta que le proporcionará una expectativa de mayores réditos. La novedad reside en que una actividad inclusiva o excluyente que hasta ahora ha sido realizada de forma natural por el propio mercado pasa a ser realizada por un algoritmo integrado en una plataforma digital tomando como base la información que los propios sujetos facilitan. El problema no está, por tanto, en que la valoración positiva de un determinado servicio sea tomada como referencia para determinar la cualificación del trabajador condicionando así el acceso a mejores prestaciones o micro tareas. El problema reside en lo que se exige al prestador para poder alcanzar el umbral que le permitirá seguir siendo parte de esa relación contractual. Es ahí donde debemos situar el punto de partida, pues al margen de la calificación jurídica del prestador como trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, debería abordarse la fijación de unos mínimos de contratación que eviten la devaluación de las condiciones en que ese trabajo se presta⁶⁷.

La deslocalización de los trabajadores, la falta de una normativa legal que determine a qué categoría jurídica pertenecen y a qué tipo de protección social pueden acceder están provocando un déficit de atención de un elevado número de trabajadores. Tanto si tomamos como referencia a quienes prestan sus servicios a través del *Crowdsourcing off line*, es decir de forma presencial, como *on line*, esto es de forma virtual, ya sean calificados como trabajadores asalariados o autónomos, su denominador común es la ausencia de una adecuada protección tanto en el plano individual como en el ámbito de la acción y defensa colectivas. La desconexión de la regulación legal respecto al fenómeno del trabajo digital, y sobretodo su lenta respuesta habida cuenta de que cada vez afecta a un mayor número de personas, no queda referida solo a la determinación del *nomen iuris* y su correspondiente régimen jurídico; es también apreciable en el terreno de la defensa colectiva, ámbito en el que hace tiempo, y en relación a otros modelos de negocio (grupo de empresas, empresas en red, empresas multiservicios...) la doctrina más autorizada viene reclamando una actualización del Título II del Estatuto de los Trabajadores.

Aquí reside, en nuestra opinión, el verdadero problema en estos nuevos modelos de negocio: junto a la ausencia de identidad profesional del prestador, la ausencia de una respuesta

⁶⁷ Una queja común manifestada por trabajadores que prestan servicios tanto en plataformas de Crowdsourcing off line como Deliveroo como en plataformas de Crowdsourcing on line como Amazon Mechanical Turk es la dilatada jornada de trabajo que debe realizar para obtener unos ingresos mínimos suficientes.

legislativa también está provocando una desorganización en la defensa colectiva de sus intereses que ralentiza la respuesta social.

2. La articulación de la acción colectiva y sus problemas de encaje ante los nuevos modelos de negocio

La anomia legal manifestada en el ámbito de las relaciones individuales se ve complementada por una desactualización de la normativa que regula la acción y defensa colectivas de los trabajadores en general, y de quienes prestan sus servicios para plataformas digitales, en particular. De este modo, tanto si el trabajador llega a ser finalmente calificado como asalariado⁶⁸ como si ejerce su prestación en calidad de autónomo⁶⁹, opción por la que nos decantamos en el ámbito del *Crowdsourcing on line* y en muchos de los supuestos de prestación *off line*, la defensa colectiva de sus necesidades choca con una normativa necesitada de reformulación motivada en gran medida por su falta de encaje en los nuevos escenarios económico-productivos que surgen y en los presupuestos en los que se asientan.

2.1. La autonomía colectiva de los trabajadores autónomos en el ámbito de la economía de las plataformas

Siendo el trabajo autónomo la forma habitual de encuadrar jurídicamente a los prestadores de servicios en las plataformas digitales conviene analizar en primer término los cauces a través de los que se regula su acción y defensas colectivas.

El art. 28.1 CE sitúa entre los derechos fundamentales el derecho a sindicarse libremente si bien, en relación a los trabajadores autónomos, su norma de desarrollo expresa ese reconocimiento de una forma más limitada, al señalar que el derecho de Libertad sindical de quienes desarrollan una prestación de servicios con autonomía y sin ajenidad queda constreñido al derecho de afiliación a sindicatos ya constituidos siempre que no ostenten la condición de empleadores, es decir, cuando no tengan asalariados a su cargo (art. 3.1. LOLS). Una previsión que, como ya advirtiera CRUZ VILLALÓN, ha colocado a los trabajadores autónomos en una posición de marginalidad en el seno de estas organizaciones al carecer este colectivo de valor estratégico para el sindicato⁷⁰. Ese escaso interés que el sindicato tenía para los trabajadores autónomos trató de ser paliado por la Ley 20/2007 de 11 de julio, reguladora del Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA) atribuyéndoles un derecho de fundación y afiliación a asociaciones profesionales destinadas específicamente a la defensa de sus intereses. De este modo, quedó instaurada una doble vía representativa: por un lado, un derecho de afiliación sindical limitado a quienes no dispusieran de trabajadores asalariados y por otro, un derecho

⁶⁸ Hasta la fecha las dos únicas sentencias dictadas en este sentido son las del Juzgado de lo social de Madrid (22 de marzo de 2018, Rec. 971/2017) y la del Juzgado de lo social de Valencia (1 de junio de 2018, Rec. 633/2017) que declaran la laboralidad de los trabajadores en las plataformas Take Eat Easy y Deliveroo respectivamente.

⁶⁹ La reciente sentencia del Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid de 3 de septiembre de 2018 declara la condición de trabajador por cuenta propia de un repartidor de Glovo, entendiendo que en el caso planteado concurren las notas características de la relación TRADE.

⁷⁰ Cruz, J. (1999). La tutela colectiva por los trabajadores autónomos de sus intereses profesionales. *Relaciones Laborales* (7), p. 11 (formato electrónico). Esta circunstancia puede obedecer a que la representatividad sindical, la cual le otorga una posición jurídica singular, se sustenta en los resultados obtenidos en las elecciones a representantes unitarios, ámbito del que los trabajadores autónomos están excluidos.

de asociación profesional amplio tanto en relación a quienes sean sus titulares como al alcance de su acción colectiva (art. 19 LETA).

Con el reconocimiento de las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos la LETA abrió la puerta a una defensa colectiva más específica, cuyos destinatarios potenciales serían aquellos trabajadores autónomos que no respondían al perfil de empresarios, y cuyos intereses profesionales no quedaban adecuadamente representados a través de las asociaciones empresariales. De este modo, se arbitró en realidad una tercera vía de representación, pues hasta entonces el asociacionismo empresarial al amparo del artículo 22 CE se constituía en la fórmula alternativa para aquellos trabajadores autónomos que, aun no teniendo trabajadores a su cargo, optaban por no confiar su defensa colectiva a los sindicatos ya constituidos conforme a lo postulado por el art. 3.1. LOLS⁷¹.

A pesar de esta triple vía representativa, la realidad nos muestra que, en el supuesto concreto de los trabajadores que prestan servicios para plataformas digitales, el camino por el que se ha optado es tangencial, quizá como apunta algún sector doctrinal motivado por “el desapego creciente que expresan algunos sectores o subsectores de actividad hacia las centrales (*sindicales*) más consolidadas”⁷². De este modo, en lugar de recurrir a formas clásicas de organización para que les representen y reclamen mejoras colectivas en sus condiciones de trabajo, se está recurriendo a formas no convencionales para luchar contra la precariedad que lleva implícita la economía digital. Muestra de ello son las plataformas de peticiones como coworker.org a través de las cuales se puede plantear de forma pública una petición destinada a mejorar un aspecto determinado del lugar de trabajo o de las condiciones de trabajo a la que pueden adherirse los demás trabajadores de la empresa; o los foros de reunión en los que los trabajadores exponen sus experiencias laborales, las cuales pueden servir a su vez para denunciar las concretas condiciones en las que éstas se desenvuelven. Un ejemplo significativo por su importancia dada la dispersión y el anonimato social al que se encuentran sometidos los micro trabajadores de la plataforma Amazon Mechanical Turk es Turkopticon, un instrumento a través del cual intercambian experiencias además de valorar a los clientes proporcionando así información sobre la identidad de los que conviene evitar⁷³, o Dynamo, que bajo el lema “Impulsando el cambio en Mturk” persigue la acción colectiva para conseguir mejoras en las condiciones contractuales de estos trabajadores⁷⁴. En otras ocasiones son los contenidos publicados a través de las redes sociales los que promueven cambios en las empresas ante el temor de sufrir boicots por parte de los clientes⁷⁵ o incluso dan lugar a plataformas paralelas en las que ejercer la misma prestación bajo unas condiciones laborales más dignas⁷⁶.

⁷¹ Guerrero, E. (2012). El trabajador autónomo dependiente económicamente: un estudio jurídico laboral. p. 248-254, Valladolid: Lex Nova- Thomson Reuters

⁷² Entre otros, Esteban, R. (2018). Cuestiones sobre la articulación de la representación del personal al servicio de plataformas colaborativas. Comunicación presentada en el XXVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social titulado Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial, p.6, Madrid: Cinca

⁷³ La operativa de Amazon Mechanical Turk permite a un cliente no abonar el precio del trabajo realizado cuando considere que el resultado no es el satisfactorio. Frente a la negativa al pago, el trabajador no tiene opción alguna para reclamar.

⁷⁴ Accesible en www.wearedynamo.org

⁷⁵ La publicación de un vídeo en la que se realizaba una detención de dos hombres negros que esperaban a un amigo en una cafetería de la empresa Starbucks en Filadelfia provocó protestas frente al local y llamadas a boicotear el consumo en esa cadena. El resultado fue el cierre de 8.000 cafeterías durante parte de una jornada de trabajo con el fin de proporcionar a los trabajadores una mejor formación sobre prejuicio racial. Noticia publicada en www.cnnspanol.cnn.com el 18 de abril de 2018.

⁷⁶ Es el caso de Mensakas, cooperativa de pedidos online y entrega a domicilio constituida en abril de 2018 e integrada por ex

Estos ejemplos muestran que el movimiento sindical, está tardando en responder a las necesidades laborales que los cambios tecnológicos están planteando. Entre las escasas iniciativas existentes figura la elaborada por UGT⁷⁷ en la que se aborda el planteamiento de demandas colectivas contra las plataformas digitales, en lugar de demandas individuales, y la constitución de secciones sindicales en el seno de las mismas para facilitar la participación de los afectados.

2.2. La compleja delimitación de la estructura representativa de los trabajadores digitales

Al abordar la cuestión relativa a la posible organización colectiva de quienes prestan servicios a través de plataformas digitales, dos son las interrogantes que surgen de inmediato: ¿cómo unir lo disperso? y ¿es posible organizar una voz y respuesta colectivas al amparo de la normativa existente?

En respuesta a la primera de las interrogantes planteadas, y al margen de la condición de asalariado o autónomo que se atribuya a los trabajadores digitales, la instancia representativa común que puede englobar a la inmensa mayoría de estos trabajadores es el sindicato, centralizando a un colectivo muy heterogéneo de representados y cuyos intereses, no obstante, son homogéneos: la lucha contra la precariedad laboral mediante el establecimiento de condiciones de trabajo más dignas. La integración y gobernabilidad son, sin embargo, cuestiones que no encuentran un adecuado acomodo en la normativa actual. La instancia representativa primaria por la que apostó el ET tiene su base en el concepto de centro de trabajo, una noción que plantea dificultades en su dimensión perimetral y personal cuando el trabajo se desarrolla mediante plataformas digitales. En relación a los contornos del concepto, el art. 1.5 ET define el centro de trabajo como una unidad productiva con organización específica que sea dada de alta como tal ante la autoridad laboral, requisito este último de carácter meramente formal⁷⁸. La referencia legal a la organización específica debe ser entendida en el sentido de autonomía organizativa. Si bien en las empresas tradicionales la identificación física del centro de trabajo no plantea especiales problemas, no ocurre lo mismo cuando la condición de empleador se pretende atribuir a un ente etéreo como es una plataforma digital. En estos nuevos modelos de negocio debe atenderse como indica GARRIDO (2017) a “la concreta unidad organizativa prestacional de la aplicación, delimitado por un entorno físico o territorial de operatividad, a la que se adscriben los trabajadores que prestan el servicio que la plataforma o aplicación ofrece”⁷⁹. Mayores dificultades surgen al abordar la adscripción de los trabajadores al centro de trabajo a efectos de designar a sus representantes unitarios. Aspectos tales como el número de representantes a elegir o la identificación de los

trabajadores de Deliveroo y Glovo agrupados en la plataforma Riders por Derechos.

⁷⁷ Recogidas en el documento Estrategia ante la situación del empleo en las plataformas digitales de 1 de agosto de 2018, disponible en www.ugt.es

⁷⁸ La STS de 24 de febrero de 2011 (Rec. 1764/2010) señala que el alta no es un elemento constitutivo y que lo decisivo es que se aprecie la existencia de una unidad técnica de producción que, dentro del conjunto de la actividad de la empresa, sirva a la ejecución práctica de esta. Sobre la problemática que plantea la delimitación del centro de trabajo vid Álvarez, A. (2016). El centro de trabajo como unidad electoral: un concepto jurídico indeterminado en un contexto de cambio organizativo. *Revista Española de Derecho del Trabajo* (188)

⁷⁹ Señala la autora que “aún siendo la aplicación única en su conformación técnica, no lo es desde el punto de vista de la organización y gestión concreta del servicio que ofrece puesto que ello dependerá del ámbito territorial donde se proyecta particularmente la aplicación”. Garrido, E. (2017). La representación de los trabajadores al servicio de plataformas colaborativas. *Revista de Derecho Social* (80), p. 221

electores y elegibles teniendo en cuenta que el ET pone el acento en la antigüedad del trabajador y no en el tiempo de prestación de servicios (art.69.2) comprometen la efectividad de esta instancia representativa. Unos obstáculos que se acentúan cuando la prestación de servicios se realiza on line y la deslocalización provoca un individualismo peligrosamente aislacionista en los trabajadores, que juega en beneficio de las empresas propietarias de las plataformas digitales, en una suerte de actualización de la máxima latina *divide ut imperes*.

Las dificultades apuntadas hacen que la representación sindical configurada en la LOLS sea la mejor alternativa a la falta de protección colectiva de estos trabajadores. La afiliación de quienes prestan servicios digitales, ya sean asalariados o autónomos en los términos antes señalados a un sindicato, permitirá la constitución de secciones sindicales en el seno de la plataforma digital ya sea entendida como empresa o como centro de trabajo. En este caso las dificultades de integración de los trabajadores en estas estructuras representativas se diluyen al estar reguladas con un carácter extraordinariamente amplio: el único límite viene dado por el cumplimiento de lo que al efecto dispongan sus Estatutos (art. 8.1.a. LOLS). No se requiere que el sindicato al que la sección sindical pertenezca tenga una determinada implantación, admitiéndose esta posibilidad incluso si su representatividad fuera prácticamente nula, cuestión que enlaza con la exclusión de los trabajadores autónomos del cómputo de la representatividad a través de la audiencia electoral. Se contaría así con un interlocutor válido aun cuando, de nuevo, su efectividad práctica quede mermada por la “dependencia” que la legitimación negociadora tiene respecto de los órganos de representación unitarios.

Los problemas apuntados que dificultan la integración de los trabajadores digitales en las tradicionales estructuras representativas deben hacernos volver la vista hacia la literalidad del art. 61 ET, el cual al configurar la representación unitaria como vía de realización del derecho de los trabajadores a participar en la empresa alude a la posible existencia “de otras formas de participación”. Una previsión hasta la fecha no explorada que bien podría servir para dar un adecuado encaje a las necesidades representativas de estos trabajadores.

3. ¿Es posible una negociación colectiva sin adjetivos? El convenio colectivo como instrumento homogeneizador de las nuevas formas de empleo

El debate sobre la naturaleza jurídica del trabajo en plataforma digitales provoca que la negociación para la mejora de sus condiciones contractuales pueda materializarse en instrumentos de distinto alcance. Algunas prestaciones de servicios ya están siendo calificadas como laborales por lo que su encaje en el ámbito de un convenio colectivo no ofrece lugar a dudas. Otras, sin embargo, siguen siendo *a priori* calificadas de autónomas derivando, cuando esa autonomía va acompañada de una dependencia económica, en una negociación de las concretas condiciones en las que se desarrollarán las prestaciones de servicios por medio de un Acuerdo de Interés Profesional⁸⁰. Sin embargo, respecto de quienes son autónomos sin asalariados y sin dependencia económica, la articulación de su defensa colectiva no está tan clara, siendo preciso abordar la cuestión de su posible integración en el ámbito de aplicación

⁸⁰ Sirva de ejemplo el Acuerdo de Interés Profesional suscrito por la Asociación Española de riders mensajeros (ASO riders) y Deliveroo que entró en vigor el 16 de julio de 2018 y en el que, entre otras mejoras, se prevé una indemnización por extinción del contrato sin causa por parte de la empresa Deliveroo o la interrupción justificada de la actividad en los supuestos de lluvia, viento o nieve calificada como alerta naranja o roja por la Agencia Estatal de Meteorología.

de los convenios colectivos cuando se encuentran afiliados a la organización sindical negociadora conforme al art. 3.1. LOLS. Una posibilidad que, en opinión de SÁEZ (2005) ayudaría a que los convenios colectivos pudieran ofrecer soluciones ajustadas a las necesidades de los trabajadores autónomos⁸¹, máxime si tenemos en cuenta que ya no es nada infrecuente que trabajadores asalariados y trabajadores autónomos realicen la misma actividad, para el mismo empresario y bajo condiciones contractualmente semejantes. Esta realidad está siendo reflejada en algunos convenios colectivos sin bien de forma muy parcial⁸², de ahí que debamos preguntarnos si es posible articular una negociación colectiva homogénea, sin adjetivos, que englobe tanto a quienes desarrollan la prestación por cuenta ajena como quienes lo hacen por cuenta propia.

En términos generales cabría admitir la posibilidad de negociar un convenio colectivo por un sindicato que aglutinase tanto a trabajadores asalariados como a autónomos sin trabajadores por cuanto el art. 83.1 ET señala que los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden. No obstante, la ampliación del ámbito subjetivo del convenio colectivo tiene como primer obstáculo el art. 3.1 LOLS, el cual reconoce a los autónomos sin asalariados la afiliación a un sindicato pero no la inclusión en una parte esencial de su acción colectiva: el convenio colectivo. Esta exclusión ha intentado ser salvada mediante la formulación de diversas teorías a través de las cuales responder a la cuestión de la eficacia jurídica atribuible a las cláusulas convencionales que se refieran a los trabajadores autónomos⁸³ si bien la tesis dominante es la que los sitúa extramuros al continuar leyéndose el término “trabajador” en clave laboral. Una cuestión, necesitada de reformulación dado el contexto económico en el que actualmente nos movemos, por lo que debemos apostar por considerar el término trabajador en un sentido sociológico, “como persona que vive habitualmente de su trabajo”⁸⁴ lo cual permitiría soslayar los inconvenientes que tradicionalmente se han planteado a la aplicación de los convenios colectivos a los trabajadores autónomos afiliados al sindicato negociador.

Un segundo obstáculo vendría de la mano del Derecho de la Competencia. La jurisprudencia comunitaria se ha mostrado contraria a la inclusión en el ámbito de aplicación de los convenios colectivos de los trabajadores autónomos. Así en el Asunto FNV Kunsten Informatie en Media⁸⁵

⁸¹ La autora, en referencia a los autónomos dependientes pero extensible en nuestra opinión a los nuevos tipos de autónomos digitales, aboga por “un modelo alternativo de presencia sindical directa a través de nuevos sujetos sindicales cuya representación y tutela se extendiera a las diversas formas de trabajo concurrente”. Sáez, C. (2005). La representación colectiva de los trabajadores en la empresa. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (58), p. 327

⁸² Una muestra de estas referencias convencionales a los trabajadores autónomos en Barrios, G.L. (2017). Límites a la negociación colectiva “profesional” en el ámbito del trabajo autónomo: el Derecho de la competencia. Comunicación presentada a las XXVIII Jornadas Catalanas de Derecho Social, Barcelona, p. 18. Recuperado de iuslabor.org

⁸³ Un análisis de las propuestas realizadas en Selma, A. (2009). La negociación colectiva de los trabajadores autónomos. Revista de Derecho Social (46), p. 210-214

⁸⁴ Vida, J.(1983). Art. 28.1 en Alzaga Villaamil (Director), Comentarios a las Leyes Políticas, p. 217. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas (Edersa). Por su parte Gutiérrez-Solar Calvo se interroga acerca de la existencia o no de un concepto constitucional de trabajador que integre a los autónomos a efectos de su inclusión en la negociación colectiva, planteando en caso negativo que “el principal apoyo para el reconocimiento de la negociación colectiva vendría dado por los artículos 1 y 9.2 CE reguladores de la igualdad real”. Gutiérrez-Solar, B.(2008). La negociación colectiva de los autónomos en Valdés Dal-Ré (Director), Lahera Forteza (Coordinador), Manual jurídico de negociación colectiva, p. 1369. Madrid: La Ley

⁸⁵ STJUE de 4 de diciembre de 2014. En ella se plantea la posible vulneración de las normas sobre competencia en el caso de un convenio colectivo que fijaba los honorarios de los trabajadores autónomos que fuesen contratados para sustituir a trabajadores asalariados prestando unos y otros los mismos servicios y estando todos ellos representados por el mismo sindicato firmante del convenio.

el convenio colectivo fijaba los honorarios de los músicos de orquesta, tanto asalariados como autónomos, afiliados al mismo sindicato firmante. Al valorar si esa regulación homogénea vulneraba la normativa sobre competencia en relación a los trabajadores autónomos el Tribunal europeo considera que al tratarse de operadores económicos independientes que ofrecen sus servicios a un determinado mercado a cambio de una remuneración, respecto de ellos rige el contenido del art. 101.1 TFUE. Además, niega al sindicato pactante tal consideración, señalando que cuando actúa como representante de los trabajadores autónomos a él afiliados su condición no es la de interlocutor social pasando a ser la de asociación empresarial. De este modo cierra las puertas a una determinación homogénea de condiciones de trabajo entre prestadores asalariados y autónomos mediante su inclusión en el ámbito de aplicación del mismo convenio colectivo. Más acertadas nos parecen las conclusiones del Abogado General Sr. Wahl quien considera que la eliminación de la competencia en materia salarial, fruto de una regulación convencional homogénea de estas condiciones para trabajadores autónomos y asalariados, implica que el empresario no puede contratar ni a unos ni a otros por debajo del salario fijado en el convenio, previniéndose así el *dumping social* “un objetivo que los convenios colectivos que contienen normas que afectan a los trabajadores autónomos pueden perseguir legítimamente y que puede constituir uno de los elementos esenciales de la negociación”⁸⁶.

Debe tenerse en cuenta que el art. 101.3 TFUE excluye la prohibición cuando el acuerdo que mejore la producción o distribución de productos, fomente el progreso técnico y económico y reserve a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante. La fijación de un suelo de contratación para los trabajadores digitales sometidos a esta debilidad contractual daría cumplimiento a esta previsión, evitando la realización de prestaciones de servicios a la baja.

En definitiva, el TJUE únicamente considera la posibilidad de excluir el convenio colectivo del ámbito del art. 101.1 TFUE cuando el destinatario de dicha regulación sea un falso autónomo, es decir, un trabajador que se encuentra en una situación comparable a la de los trabajadores por cuenta ajena que presten servicios para el mismo empresario. Hubiera sido deseable que sin tener que recurrir a la falsa autonomía la inclusión de los trabajadores autónomos en el ámbito de aplicación de los convenios colectivos sería una buena forma de luchar contra la conversión forzada de asalariados en trabajadores autónomos. Esta y otras sentencias que con anterioridad resolvieron sobre el contenido del art. 101.1 TFUE conforman una jurisprudencia en la que se aprecia como “el principio laboriosamente forjado en el siglo XX, según el cual el mantenimiento de la competencia entre empresas no debería entrañar un retroceso de la condición salarial, se desvía hacia un camino cada vez más transitado en dirección opuesta”⁸⁷.

En el plano interno, la atribución de la defensa colectiva de los trabajadores autónomos a los sindicatos (art. 19.4 LETA), promovándose su integración en la negociación colectiva permitirá, al tener una visión más amplia de las nuevas formas de prestación existentes, ir sentando las bases para la conformación de un concepto de empresa digital que la desvincule

⁸⁶ Conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahl presentadas el 11 de septiembre de 2014, apdo. 79. Disponible en eur-lex.europa.eu

⁸⁷ Escribano, J.(2015) citando a Lyon-Caen. Convenio colectivo y libre competencia en el ámbito de la Unión Europea: el supuesto de los trabajadores autónomos incluidos en convenio. La Ley Unión Europea (24), p. 16 del formato electrónico

de la empresa tradicional, acreedora de nuevas obligaciones y generadora de nuevas formas de subordinación. La protección conjunta de trabajadores autónomos y asalariados afiliados al mismo sindicato y que prestan servicios en similares condiciones permitirá responder mejor a sus necesidades, abandonándose “un modelo representativo sometido a una parcelación inoperante” en beneficio de “un sistema sindical de coordinación que garantice una representación y acción colectiva eficaz”⁸⁸. Debemos tener en cuenta que asistimos a nuevas formas de prestación en las que, junto a una jornada de trabajo en la que no existe límite máximo, las condiciones económicas unilateralmente fijadas por la plataforma digital son a menudo modificables a la baja al no estar sometidas a un salario mínimo⁸⁹.

En un contexto económico en el que se impone la precarización, las situaciones de debilidad contractual adquieren diversos matices. Apostar por la fijación en convenio colectivo de unas condiciones mínimas de realización del trabajo independientemente de la calificación jurídica del prestador supondría limitar no solo la expansión de la falsa autonomía sino que permitiría evitar la progresiva devaluación del propio trabajo autónomo. Quizá solo desde un cambio en la forma de entender el trabajo en la sociedad actual puede avanzarse hacia una respuesta que satisfaga la necesidad de protección colectiva de estos nuevos trabajadores. Máxime si tenemos en cuenta los beneficios sociales que ello puede reportar.

El recurso al trabajo en régimen de autonomía, tanto cuando las condiciones de prestación están próximas a la laboralidad como cuando deben ser materialmente autónomas por las condiciones en las que se desarrolla, está falto de una adecuada regulación⁹⁰. Y es esta ausencia la que está provocando no solo un aumento de falsos autónomos sino también una disminución de las condiciones en las que puede desarrollarse el trabajo por cuenta propia.

4. Bibliografía

Agote, R.(2017). On demand economy: 10 claves de entendimiento laboral. Iuslabor (1/2017)

Álvarez, A. (2016). El centro de trabajo como unidad electoral: un concepto jurídico indeterminado en un contexto de cambio organizativo. Revista Española de Derecho del Trabajo (188)

Barrios, G.L. (2017). *Límites a la negociación colectiva” profesional” en el ámbito del trabajo autónomo: el Derecho de la competencia*. Comunicación presentada a las XXVIII Jornadas Catalanas de Derecho Social, Barcelona. Recuperado de iuslabor.org

⁸⁸ Sáez, C. (2005). La representación colectiva de los trabajadores, op. cit. p. 328

⁸⁹ Señala el abogado General Sr. Wahl en sus conclusiones que “Otro motivo es que la posibilidad de que disponen los empresarios de sustituir a trabajadores asalariados por otras personas con respecto a las cuales no están obligados a respetar las condiciones laborales establecidas en el correspondiente convenio colectivo puede debilitar de forma sustancial la posición negociadora de los trabajadores por cuenta ajena. Por ejemplo, es difícil de imaginar que los trabajadores soliciten un incremento salarial si saben que pueden ser rápida y fácilmente sustituidos por trabajadores autónomos que probablemente realizarán el mismo trabajo por una retribución menor”, op. cit. apdo. 77

⁹⁰ En relación al contenido de la STJUE de 4 de diciembre de 2014, Escribano Gutiérrez apunta que la determinación del alcance de la exclusión en la aplicación del art. 101.1 TFUE es particularmente peligrosa si se pone en relación con el derecho de los trabajadores autónomos dependientes económicamente a negociar colectivamente sus condiciones de trabajo con la empresa, por cuanto esa negociación “entraría de lleno en la prohibición contenida en tal precepto. Se trataría de un simple acuerdo entre empresas destinado a falsear la competencia, y por tanto sería nulo”. Escribano, J. (2015). Convenio colectivo y libre competencia en el ámbito de la Unión Europea..., op. cit. p. 15 del formato electrónico

Beltrán, I. (2018). *Economía de las plataformas y contrato de trabajo*. Ponencia realizada en las XXIX Jornadas Catalanas de Derecho Social, Barcelona, Recuperado de ignasibeltran.com

Cruz, J. (1999). La tutela colectiva por los trabajadores autónomos de sus intereses profesionales. *Relaciones Laborales*, 7.

Dagnino, E. (2015). Uber Law: perspectiva jurídico-laboral de la sharing/on demand economy. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 3.

Escribano, J.(2015). Convenio colectivo y libre competencia en el ámbito de la Unión Europea: el supuesto de los trabajadores autónomos incluidos en convenio. *La Ley Unión Europea*. 24.

Esteban, R. (2018). *Cuestiones sobre la articulación de la representación del personal al servicio de plataformas colaborativas*. Comunicación presentada en el XXVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social titulado Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial. Madrid: Cinca

Garrido, E. (2017). La representación de los trabajadores al servicio de plataformas colaborativas. *Revista de Derecho Social*, 80.

Ginès, A (2016). Crowdsourcing sites y nuevas formas de trabajo. El caso de Amazon Mechanical Turk. *Revista Derecho Social y Empresa*, 6, p.82.

Guerrero, E.(2018). La economía digital y los nuevos trabajadores: un marco contractual necesitado de delimitación. *Revista de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 1(1).

Guerrero, E. (2012). *El trabajador autónomo dependiente económicamente: un estudio jurídico laboral*. Valladolid: Lex Nova- Thomson Reuters

Gutiérrez-Solar, B.(2008). *La negociación colectiva de los autónomos*. En Valdés Dal-Ré (Director), Lahera Forteza (Coordinador), Manual jurídico de negociación colectiva. Madrid: La Ley

Mercader, J.R.(2017). El nuevo modelo de trabajo autónomo en la prestación de servicios a través de plataformas digitales. *Diario La Ley*, 9.

Montero, J.J. (2017). La regulación de la economía colaborativa. En Montero Pascual (Director), *La regulación de la economía colaborativa*. Airbnb, Blabacar, Uber y otras plataformas. Valencia: Tirant lo Blanch

Ojeda, A. (2010). *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*. Madrid: La Ley

Sáez, C. (2005). La representación colectiva de los trabajadores en la empresa. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 58.

Sánchez-Urán, Y. (2018). Economía de plataformas digitales y servicios compuestos. El impacto en el Derecho, en especial, en el Derecho del Trabajo. *La Ley Unión Europea*, 57.

Selma, A. (2009). La negociación colectiva de los trabajadores autónomos. *Revista de Derecho Social*, 46.

Soria, B.(2017). Aspectos económicos de la economía colaborativa en Montero Pascual (Director), *La regulación de la economía colaborativa. Airbnb, Blabacar, Uber y otras plataformas*.Valencia: Tirant lo Blanch

Todolí, A.(2016). *El trabajo en la economía colaborativa*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Trillo, F.(2016). Relaciones de trabajo en la economía digital. *Revista de Derecho Social*, 76.

Vida, J.(1983). Art. 28.1 en Alzaga Villaamil (Director), *Comentarios a las Leyes Políticas*, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas (Edersa)

THE IMPACT OF NEW INFORMATION AND COMMUNICATION TECHNOLOGIES ON LABOUR LAW: SOME REFLECTIONS

Francisco Andrés Valle Muñoz

Universidad Pompeu Fabra, Spain

Abstract:

New Information and Communication Technologies (NICT) have affected decisively in the labour relations. For this reason, it is important to reflect about the consequences that may have this phenomenon on the protective function of Labour Law. In this paper, we offer some reflections about these subjects and we concluded that the only way to overcome the impact of new technologies on the Labour Law is to isolate each specific and problematic aspect, and analyze its real influence. This means that we must avoid global and abstract discourses, and to focus on concrete parameters because Labour Law is more necessary than ever in a “technologized” society.

Keywords: New Information and Communications Technologies; NICT; Labour relations; Labour Law.

Summary:

I. NICT's and its most relevant aspects.

II. The impact of the NICT's on news ways of working.

III. The impact of the NICT's on the "offshoring".

IV. The impact of the NICT's on the corporate control of work and on the violation of fundamental rights of the workers.

V. The impact of the NICT's on the termination of the work contract.

VI. The impact of NICT's on collective labour relations.

VII. The impact of NICT's on occupational health and safety conditions.

VIII. A critical review of the impact of NICT's on the protective function of Labour Law.

I. NICT'S AND ITS MOST RELEVANT ASPECTS.

Since the Industrial Revolution (started with the invention of the steam engine in 1769), the application of technological innovations to production processes, has been a constant in the development of the capitalist system, with the peculiarity that these inventions have arrived to the consumer of the product, and if the steam engine allowed the productions of cars, the development of information technology has allowed that today most homes have a computer⁹¹.

Therefore, the application of technical advances to productive processes is not a new phenomenon. It's part of the development of the capitalist system itself, which has always been imbued with technical innovations.

In the sixties of the last century, the model of industrial society begins to change to a different model of society based on the processing and management of information. A new concept was born: the concept of "knowledge society".

However, it has been in the last decades of the twentieth century when computers begin to be applied to production processes. And its generalization has been relatively recent (from the 21st century), when they have progressed exponentially.

The new information and communication technologies (often identified by the acronym NICT) have been a phenomenon identified in general terms with a whole set of instruments that have been developed over the last decades to facilitate the transmission of information and

⁹¹ ALARCON CARACUEL, M.R., "Aspectos generales de la influencia de las nuevas tecnologías sobre las relaciones laborales", Cuestiones actuales de Derecho y Tecnologías de la Información y de la Comunicación TICS, Aranzadi, Pamplona, 2006, p. 321.

communication, and they have directly affected key aspects of daily life, but also in the productive processes of any market economy, influencing to labour relations⁹².

The NICT's involve the use in the productive processes of devices such as computers, mobile phones or Internet, but also of robotics systems. And it can be said that there are two characteristics that define them:

Firstly, NICT's have had a decisive influence on the increase of productivity and this is precisely the reason for its existence: they could enable to employer to produce more in less time and with less workers.

However, we must not forget the increase in productivity as a consequence of new technologies can cause a new phenomenon: "the technological unemployment", and can also cause restructuration of the workforce (basically derived from the substitution of workers for machines).

Although it is also true that all technological innovations create new products, with the consequent impact on the expansion of demand and the creation of new jobs⁹³.

In addition the increase in productivity as a result of technological innovations, should also involve the reduction of working hours, as one of the great trade union demands, which, however, has not been effectively reflected.

Secondly, another of the characteristics of the NICT's is that they have eliminated the differences between worker and consumer, mainly in the service sector.

The substitution of the workers by the machines can be beneficial for the client to save time outs (for instance when we withdraw money from an ATM, when we fill the gas tank or when the traveller get his boarding pass in the machine located at the airport,).

But it is also true that in all these cases the consumer is doing the work that was previously done by a worker whose job has been replaced by a machine.

And this situation can also cause some problems to the customer (for example, queues to get money from an ATM, to get your hands dirty or to get cold when filling the gas tank, etc.), disadvantages that are not reflected in the price of the product.

This shows that the beneficial effects of new technologies take advantage to someone (employers) and not or others (workers and consumers), depending on the self-defence capacity of the interests of the social group: capitalist, workers or consumers.

The majority of the population belong simultaneously to the last two groups (workers or consumers) it is almost certain that the progress of a society will depend on the ability of

⁹² LLAMOSAS TRAPAGA, A., Relaciones laborales y nuevas tecnologías de la información y de la comunicación: una relación fructífera no exenta de dificultades, Dykinson, Madrid, 2015, p. 18.

⁹³ ALARCON CARACUEL, M.R., "Aspectos generales de la influencia de las nuevas tecnologías sobre las relaciones laborales", p. 321.

workers and consumers to organize together the defence of their rights and interests, versus the capitalist.

These last two collectives (and specifically trade unions and associations of consumers and users), should unite their efforts to avoid this situation⁹⁴.

II. THE IMPACT OF THE NICT'S ON NEWS WAYS OF WORKING.

The NICT's allows news ways of working. This is a phenomenon in which employers prefer to organize their activity not with their own workers, but with legal-mercantile relations.

There are two manifestations of this kind of "outsourcing": "teleworking" and the provision of services through digital platforms in "sharing economies". We can offer some reflections about both of them.

One of the main manifestations derived from the application of new technologies to productive processes, has been "teleworking", as a remote work provided with computer systems⁹⁵. It is a way of organization work that based on the use of NICT'S in which workers provide their services in their respective homes connected "online" with the employer⁹⁶.

It is a different way of working, because it is done outside the company with a flexible schedule, and the provision of services is usually controlled with the use of a computer program⁹⁷.

It is called "teleworking" because the NICT's are used, but, in fact, the way of producing is the same as the traditional work at home, and the work at home was the first historical way of work, in which artisans worked by merchants. Later, these artisans will be grouped into a factory under the orders of an employer, and become workers during the Industrial Revolution⁹⁸.

"Teleworking" is not a phenomenon different from the traditional work at home, which was known since the beginning of capitalism. This worker with a great functional autonomy and with a particular salary is not a new phenomenon, and has always existed in the Labour Law.

In fact, the problems of "teleworking" are the same as traditionally work at home: the difficulty in applying the conventional rules on working conditions. But there are also other difficulties derived of the occupational risk preventions, and the relationships with the trade unions.

⁹⁴ ALARCON CARACUEL, M.R., "La informatización y las nuevas formas de trabajo", Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo, Bomarzo, Albacete, 2004, p. 9.

⁹⁵ GAETA, M., "Teletrabajo y derecho: la experiencia italiana", Documentación Laboral n. 49, 1996, p. 36. GALLARDO MOYA, R., El viejo y el nuevo trabajo a domicilio. De la máquina de hilar al ordenador, Ibídem, Madrid, 1998.

⁹⁶ THIBAUT ARANDA, J., El teletrabajo: análisis jurídico-laboral, CES, Madrid, 2000; SELLAS BENVINGUT, R., El régimen jurídico del teletrabajo en España, Aranzadi, Navarra, 2001.

⁹⁷ LLAMOSAS TRAPAGA, A., Relaciones laborales y nuevas tecnologías de la información y de la comunicación: una relación fructífera no exenta de dificultades, p. 29.

⁹⁸ LLAMOSAS TRAPAGA, A., Relaciones laborales y nuevas tecnologías de la información y de la comunicación: una relación fructífera no exenta de dificultades, p. 52.

As a consequence of new technologies, this way of working offers to workers a functional autonomy, and put themselves “out” from Labour Law, with the consequent qualification as self-employed workers.

However, the autonomy that new technologies apparently provide in the development of teleworking does not mean that some defining notes of the contract disappear, such as the subordination of the worker to his employer.

In fact, "teleworking" does not necessarily give to the worker more functional autonomy, quite the opposite: it facilitates corporate control to unsuspected limits. The main problem that presents "teleworking" is that the control of the productive activity by the employer can be done immediately and not only depending on the result⁹⁹.

Therefore, the increase of functional autonomy (by the use of new technologies), nor reduces the legal subordination of these workers, nor requires his qualification as self-employed.

Subordination or dependence, not only consists of obeying orders and instructions of an employer during a whole working day, but also that the worker is incorporated into a company that does not belong to him. And this is perfectly compatible with a great functional autonomy of teleworker¹⁰⁰.

The inclusion of these workers in the protection of Labour Law can be done, not extending the concept of subordination or dependence, but using another concept: teleworker will never interact commercially and legally with the client in the market of goods and services.

The employer (and not the worker) always will offer the product or the service to the Market, and the legal business relationship will occur between the client and the employer but not between the customer and worker. The worker will not intervene in this legal business relationship.

Another manifestation is the provision of services on digital platforms. The collaborative economy (gig economy) in recent years has allowed the emergence of news ways of work in which the provision of services is made by virtual platforms that offer a service with collaborators linked as self-employed, and with a great functional autonomy¹⁰¹.

This kind of services, traditionally provided by workers, allows the employer to control all the productive activity thanks to new technologies, and creates a new type of worker, whose protection by Labour Law is causing many problems¹⁰².

⁹⁹ ALARCON CARACUEL, M.R., “Aspectos generales de la influencia de las nuevas tecnologías sobre las relaciones laborales”, p. 326.

¹⁰⁰ ALARCON CARACUEL, M.R., “La amenaza del discurso futurista sobre el mercado de trabajo”. El futuro del sindicalismo, UGT, Barcelona 2002, p. 15.

¹⁰¹ RODRIGUEZ PIÑERO ROYO, M., “El jurista del trabajo frente a la economía colaborativa”, Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos, Bomarzo, Albacete, 2017, p. 187.

¹⁰² PÁRAMO MONTERO, P., “Las nuevas formas emergentes de trabajo. Especial referencia a la economía colaborativa”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social n. 128, 2017, p. 183.; OTERO GURRUCHAGA, C., “El complicado encaje de los trabajadores de la economía colaborativa en el Derecho Laboral: nuevos retos para las fronteras de laboralidad”, Derecho de las Relaciones Laborales n. 1, 2018, p. 61.

In the collaborative economy, employers prefer to organize their productive activity, not by own workers, but substituting labour contracts for civil or mercantile contracts, avoiding the application of Labour Law, and impeding the regime of corporate responsibilities¹⁰³.

Once again the solution to the problems presented by this special way of organizing work, demands to remember that there is no juridical relationship between worker and customer¹⁰⁴. In the collaborative economies with digital platforms, are the employers and not workers who offer the service to customers, and is the enterprise who obtains benefits with a minimal infrastructure. What has changed is the way of offering this service (with a computer application).

In the case of UBER or CABIFY (for example), the application that connects client and driver is only an auxiliary element used by the company, and the profession developed by the worker is as old and traditional as the profession of taxi driver.

III. THE IMPACT OF THE NICT'S ON THE "OFFSHORING".

The NICT have reinforced the discourse of economic globalization because they favour international trade. Globalization or economic internationalization can be defined as the elimination of the obstacles that have traditionally been limiting the transnational circulation of capital in some areas of the world¹⁰⁵.

The essence of the discourse of economic globalization is that globalization force developed countries to compete with others where there are no labour rights or social protection, which puts them at a disadvantage, unless they reduce the social rights they have¹⁰⁶. This has also caused the phenomenon of "offshoring": companies move to underdeveloped countries with worse working conditions.

However, this is not a new phenomenon. Capitalism has always been essentially an international system. The only novelty is that actually, the NICT's make that exchanges much faster (especially at the financial level) than ever¹⁰⁷.

In fact, NICT's have also facilitated another phenomenon related to offshoring: The Company does not have to move geographically to another country, and the employer can simply hire workers with worse working conditions, in that underdeveloped country.

This happens mainly in the case of data operators, information providers, etc., that can work in very distant places without affecting the organization of the productive activity¹⁰⁸.

¹⁰³ ALARCON CARACUEL, M.R., "Aspectos generales de la influencia de las nuevas tecnologías sobre las relaciones laborales", p. 327.

¹⁰⁴ ALARCON CARACUEL, M.R., "La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo", Revista Española de Derecho del Trabajo, n. 28, 1986, p. 530.

¹⁰⁵ ALARCON CARACUEL, M.R., "Las reformas laborales en tiempos de crisis: una reflexión crítica", Últimas reformas en materia laboral, Seguridad Social y en el proceso laboral, Huygens, Barcelona, 2013, p. 17.

¹⁰⁶ ALARCON CARACUEL, M.R., "Las reformas laborales en tiempos de crisis: una reflexión crítica", p. 17.

¹⁰⁷ ALARCON CARACUEL, M.R., "La informatización y las nuevas formas de trabajo", p. 13.

¹⁰⁸ ALARCON CARACUEL, M.R., "La informatización y las nuevas formas de trabajo", p. 13.

But this phenomenon has a main disadvantage: it can have negative effects on the image of the company itself (especially if these workers do not know essential information of the country from which the information is requested).

Also, the impact of new technologies in the relocation of companies will be relative in tertiary societies like ours, in which the majority of services require the physical presence of the worker in the place where the service is provided. It's a fact that international competition finds some obstacles in tertiary societies in which most services (education or health) can't be exported.

Tertiary societies (based on the exchange of services that are provided on the territory itself, and not on the exchange of goods that can be imported from other Countries), are immunized to "social dumping".

This means that the service sector is often excluded from this competition. When is necessary not producing a good, but to provide a service, the service is usually provided immediately in the same place where it is consumed¹⁰⁹.

IV. THE IMPACT OF THE NICT'S ON THE CORPORATE CONTROL OF WORK AND ON THE VIOLATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE WORKERS.

According to the Spanish Constitution, the law will limit the use of computerized means to guarantee the honour and personal and family privacy of citizens (art. 18.4).

Our labour legislation allows the employer to control the activity of workers. But in such cases the employer must respect the privacy and dignity of the worker (art. 20.3 of Workers' Statutes Law).

The right to privacy is a fundamental right that every worker has as a citizen. But we can't deny the use of new information and communication technologies in the workplace can also have important consequences for the privacy of workers¹¹⁰.

We are faced with the conflict between fundamental rights that the worker does not want to lose, and the power of management and business organization of the employer¹¹¹.

The use of new technologies by the employer has expanded the control of the activity of its workers and has indirectly allowed the employer to violate fundamental rights¹¹².

Basically, work control can be done in the following ways: a) by installation of audio-visual media; b) by controlling the use of electronic mail of workers for personal purposes; c) by

¹⁰⁹ ALARCON CARACUEL, M.R., "La amenaza del discurs futurista sobre el mercat de treball", p. 15.

¹¹⁰ RAMOS LUJAN, V.J., "La intimidad de los trabajadores y las nuevas tecnologías", *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica* n. 2, 2003, p. 233; PRADOS DE REYES, F.J., "Nuevas tecnologías y derecho a la intimidad en el ámbito laboral", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia* n. 13, 2016, p. 1

¹¹¹ Cfr. ALARCON CARACUEL, M.R., "La informatización y las nuevas formas de trabajo", p. 9.

¹¹² PILLUELO MARTIN, M., "Contornos de control empresarial de la intimidad del trabajador ante las nuevas tecnologías y a la luz de la doctrina judicial", *Aranzadi social*, n. 5, 2003, p. 767.

controlling the use of the internet by workers; d) by controlling the use of data contained in personal files; e) by determining the worker's location using GPS signals.

Regarding the audio-visual control of productive activity, there is no prohibition in the Spanish legal system on the use of this type of media, but this does not mean that any measure taken in this regard should be considered valid¹¹³.

To admit or not the use of these means, the constitutional jurisprudence has used the principles of “adequacy”, “suitability” and “proportionality” of the measure adopted by the employer.

This means that when an employer uses the audio-visual control mechanisms, some parameters must be taken into account, such as: the location in which they are located; the reasons that lead the company to use them; if there is another less harmful means to be used; if the worker has been duly informed, etc.¹¹⁴

The same situation happens with the inappropriate use of electronic mail by the worker. At this point there are two possibilities: a) to allow the employer to control the use of electronic mail by the worker, arguing the computer is owned by the company; b) to limit the corporate control of electronic mail arguing that supposes a restriction to a fundamental right, basically the secret of communications.

In any case, employer can prevent workers from using e-mail for personal purposes; or can also allow them to use it for personal purposes. Depending on one or another option, the employer may or may not control the use of email.

Regarding to the corporate control of the use of Internet by workers, employer can control the use of the Internet to avoid an irregular use by workers (for instance if the use involves a cost to the company).

It is interesting to remember that the corporate control of Internet use is not protected by the secrecy of communications, because internet is a means of public access to information¹¹⁵. But, the installation of programs to control the use of the Internet can be a violation of the right to privacy and dignity of the worker if the program is installed in a hidden way without knowledge of the worker.

¹¹³ MARTINEZ FONS, D., “El poder de control empresarial ejercido a través de medios audiovisuales en la relación de trabajo: a propósito de las SSTC 98/2000, de 10 de abril, y 186/2000 de 10 de julio”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica* n. 1, 2002, p. 243.

¹¹⁴ LOPEZ AHUMADA, E., “La tutela del derecho a la intimidad del trabajador y el control audiovisual de su actividad laboral”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* n. 14, 2007, p. 1 y ss.; ROQUETA BUJ, R., “El derecho a la intimidad de los trabajadores y el control audiovisual del empresario”, *La protección jurídica de la intimidad*, Iustel, Madrid, 2010, p. 405.

¹¹⁵ GOÑI SEIN, J.L., “Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos”, *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2004, p. 73. FERRANDO GARCIA, F.M., “Vigilancia y control de los trabajadores y derecho a la intimidad en el contexto de las nuevas tecnologías”, *Estudios Financieros. Revista de trabajo y seguridad social: comentarios, casos prácticos, recursos humanos*, n. 399, 2016, p. 37.

Regarding to the creation and use of files data of workers, they can also generate conflict. There is a whole series of personal data of workers that are protected, such as those related to their ideology, union affiliation, religion, beliefs, racial origin, health, sexual condition, etc.

The use of computer processes in the collection, registration, and processing of personal data, must respect certain principles such as the consent of the affected worker. And disclosing personal data of the employee without their consent may constitute an injury to their right to privacy, if the confidentiality of certain sensitive data is violated¹¹⁶.

Finally, regarding to the control of the activity of the worker by GPS signal, these are devices that allow knowing where the worker is in real time, and their movements. This corporate control can be effective in some jobs, but, in this point, courts should use the principles of "adequacy" and "proportionality" when the employers use this control measure¹¹⁷.

V. THE IMPACT OF THE NICT'S ON THE TERMINATION OF THE WORK CONTRACT.

The NICT's can be a direct cause of termination of the work contract from a double perspective: As an objective cause, when a technical or technological modification is introduced by the employer in the productive activity affecting to the job. And as a disciplinary cause: when worker uses new technologies improperly during the workday (especially the email or Internet).

Regarding to the causes of objective dismissal, the inability of the worker to adapt to the technical modifications in his job (when changes are reasonable), is a cause of dismissal. In these cases, law wants to facilitate the technological transformation of companies (article 52.2.b) of Workers' Statutes Law)¹¹⁸.

Technical reasons can also cause an objective dismissal when this situation affects a number of workers lower than that established by collective redundancies. So, the substitution of workers by machines, or the "outsourcing" for technical reasons ("computer outsourcing") would allowing the contract termination¹¹⁹.

From a disciplinary point of view, NICT's have occasioned a new phenomenology of causes of disciplinary dismissal, and have also increased the possibility of incurring in new infractions by the worker¹²⁰.

¹¹⁶ GOÑI SEIN, J.L., "Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos, p. 73.

¹¹⁷ LLAMOSAS TRAPAGA, A., Relaciones laborales y nuevas tecnologías de la información y de la comunicación: una relación fructífera no exenta de dificultades, p. 98.

¹¹⁸ LUQUE PARRA, M., "La introducción de nuevas tecnologías y la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas", Relaciones Laborales y nuevas tecnologías, La Ley, Madrid, 2005, p. 239; ELORZA GUERRERO, F., "Las nuevas tecnologías y el despido objetivo", Aranzadi Social: Revista Doctrinal, vol. 4, n 1, 2011, p. 89.

¹¹⁹ ALGAR JIMÉNEZ, A., "Nuevas tecnologías y extinción del contrato de trabajo", El derecho laboral ante el reto de las nuevas tecnologías, ed. DIJUSA, Madrid, 2008, p. 63.

¹²⁰ MARTÍN-CASALLO, LOPEZ, J.J., "El despido disciplinario y las nuevas tecnologías", Actualidad jurídica Aranzadi, n. 526, 2002, p. 1.

They are causes that have as a common denominator the inappropriate use of the technological means that the employer makes available to the worker: private calls from the company's mobile phone, Internet surfing, use of electronic mail for private communications, etc.¹²¹.

The majority of these cases can be defined as a transgression of the contractual good faith or breaches of confidence (article 54.2.d) of Workers' Statutes Law). Other cases can be integrated as a continued and voluntary decrease in performance at work (art. 54.2 (e) of Workers' Statutes Law), as a disobedience to legitimate orders of the employer (article 54.2.a) of Workers' Statutes Law), or even as an unjustified absence (article 54.2.a) of Workers' Statutes Law), as if worker had not went to work¹²².

It seems logical to think that the personal use of these instruments can have an impact on the productivity, and can even generate a series of additional costs to the employer.

However, the infraction punishable with dismissal will occur when the use of the NCIT's by the worker exceeds the confidence limit granted by the employer. And at this point, is necessary companies informs to workers about rules and limitations on the use of electronic mail and computer for personal purposes.

And even though the companies have strict and precise rules known by workers to forbid the use of the computer for particular purposes, if in practice companies does not apply them, the dismissal will be declared inadmissible because the tolerance mitigates or reduces the severity of the fault committed.

This means that we must consider the way in which the company controls this type of behaviour, and reacts to them, because it is not the same a clear prohibition by the employer, that a generalized permission to compliance.

Therefore, it will be necessary to take into account the "gradualist theory" when employer imposes the sanction, pondering the damage that has been caused by the worker, and pondering if it was a tolerated behaviour, if it produced economic losses, etc.¹²³. And, obviously, it will be null any proof of dismissal obtained with violation of fundamental rights of worker (as privacy).

VI. THE IMPACT OF NICT'S ON COLLECTIVE LABOUR RELATIONS.

NICT's can also have an important impact on collective labour relations¹²⁴. On the one hand they can have a negative effect, because they allow workers work at home, and, in this point, coincidence of workers in the same workplace is the essence of any collective action. This

¹²¹ ALGAR JIMÉNEZ, A., "Nuevas tecnologías y extinción del contrato de trabajo", p. 79.

¹²² ALARCON CARACUEL, M.R., "Aspectos generales de la influencia de las nuevas tecnologías sobre las relaciones laborales", p. 328.

¹²³ ALGAR JIMÉNEZ, A., "Nuevas tecnologías y extinción del contrato de trabajo", p. 63.

¹²⁴ BAYLOS GRAU, A., VALDES DE LA VEGA, A., "El efecto de las nuevas tecnologías en las relaciones colectivas de trabajo", Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y Derecho del Trabajo, Bomarzo, Albacete, 2004, p. 12.

means NICT's can difficult the trade union action when workers work separately from their colleagues, and are communicated virtually with their employer¹²⁵.

But on the other hand, it's true that NICTs can also have a positive effect, in order to allow the trade unions to use them. Undoubtedly, the access and transmission of information from the trade union to the workers can't be understood today without the use of NICT's.

Currently the trade unions have technological means to perform their representative tasks. They can use the digital bulletin board or the electronic mail, to transmit important information to the workers as: information on the negotiation of a collective agreement, information about a strike, etc.

If trade unions could not use the new technologies, this would reduce the options for workers to access to this information, and would also make it difficult for trade unions to publish and distribute it.

However, in our law there is no norm, which gives trade unions an absolute right to use new technologies. And there is no obligation to the employers to recognize this right.

Regarding to the use of digital platforms such as the bulletin board or corporate emails by trade unions, companies are not obliged by law to have this type of computer infrastructure¹²⁶.

The employer must allow the trade union to use these technological means when these systems already exist in the company, and trade unions can use them respecting some limits. But the employer is not obliged to introduce these technological means, if they do not exist in the company.

Trade union can use the new technologies to inform workers, but: should not disturb the normal activity of the company; its use must be moderate, rational and non-abusive; and should not cause additional economic costs for the employer¹²⁷.

The same happens when trade unions wants to use a place in the company to meet with the workers. From a legal point of view Company is not obliged to give places equipped with computers or with internet access.

Collective bargaining has also regulated the NICT's, but always in a superficial and partial way. Most of the collective agreements have regulated the NICT's limiting the access of workers to the computer systems of the company, and regulating specific sanctions by the employer¹²⁸.

¹²⁵ ALARCON CARACUEL, M.R., "La informatización y las nuevas formas de trabajo", p. 9.

¹²⁶ STC No. 281/2005.

¹²⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V., "El uso sindical del correo electrónico a la luz de la STC 281/2005 de 7 de noviembre", *Aranzadi Social* n. 5, 2005, p. 535; LLAMOSAS TRAPAGA, A., "El uso del correo electrónico de la empresa para fines sindicales", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* n. 174, 2015, p. 73; TAPIA HERMIDA, A., "Uso del correo electrónico para transmitir información de naturaleza laboral y sindical a los trabajadores por las organizaciones sindicales en los centros de trabajo y durante la jornada laboral, Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos, n. 276, 2006, p. 141; GARCÍA NINET, I., "Sobre el uso del correo electrónico por los sindicatos utilizando los medios de la empresa, o las nuevas tecnologías al servicio de la libertad sindical. El caso COMFIA-CC.OO. contra BBVA-Argentaria: del "ius usus innocui" de las nuevas tecnologías", *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, n.181, 2006, p. 5.

¹²⁸ CORREA CARRASCO, M., "La proyección de las nuevas tecnologías en la dinámica individual y colectiva de las relaciones laborales en la empresa: su tratamiento en la negociación colectiva", *Revista de Derecho Social* n. 31, 2005, p. 41.

And Constitutional Court¹²⁹ has indicated that if the collective agreement forbids the personal use of electronic mail by the worker, the employer will be able to control, at any time and without prior notice, the content of them.

Regarding to the codes of conduct unilaterally developed by companies (without trade union participation), they are a series of ethical requirements that the employees must comply, but that extends the duties of diligence of the worker, and reinforces the powers of the employer in this point. They have also focused on the restrictions that workers must observe in the use of computer systems¹³⁰.

The NICT's have also affected the exercise of the right to strike in different ways: The first one is when the employer uses audio-visual media to record or film pickets. In these cases, it has been understood that the actions of the employer may dissuade the exercise of the right to strike, and violate this fundamental right¹³¹.

Audio-visual control only will be admit when employer want to ensure the safety of the company and react to a coercive picket, because in any other case, could violate the right to strike.

The second of these manifestations happens when the company use technological means available, to continue with its productive activity during the development of the strike, practicing a "technological substitution of striking workers"¹³².

The technological substitution of striking workers has been accepted by courts arguing that there is no legal prohibition¹³³, but there is no doubt that this kind of substitution limits the effectiveness of the right to strike.

VII. THE IMPACT OF NICT'S ON OCCUPATIONAL HEALTH AND SAFETY CONDITIONS.

The NICT's have supposed advantages over the quality of work, because they have replaced some manual labor. But they can also affect to the occupational health, because they have created new diseases such as: certain cervical diseases; visual problems for continuous exposure to the computer screen; and mainly work stress¹³⁴.

¹²⁹ STC No 170/2013.

¹³⁰ RODRIGUEZ MARTIN RETORTILLO, R.M., "La incorporación de las nuevas tecnologías al registro y depósito de convenios colectivos y acuerdos colectivos de trabajo: estudio del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, y de los contrastes con su predecesor", *Actualidad Laboral* n. 2, 2012, p. 1.

¹³¹ STC No 37/1998.

¹³² TOSCANI GIMÉNEZ, D., "La prohibición de esquirolaje durante la huelga con especial mención al esquirolaje tecnológico", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n. 30, 2017, p. 86; TODOLI SIGNES, A., "El esquirolaje tecnológico como método de defensa ante una huelga", *Actualidad Laboral*, n 7, 2014, p. 2.

¹³³ STC No 17/2017.

¹³⁴ ALARCON CARACUEL, M.R., "Aspectos generales de la influencia de las nuevas tecnologías sobre las relaciones laborales", p. 322.

The lumbar and cervical diseases derive from the maintenance of a stationary sitting posture and in an upright position for long periods of time in front of the computer that can cause muscle contractures in the back¹³⁵.

Regarding to visual fatigue, it is caused by keeping the vision fixed on the computer screen for long periods of time, which can cause drowsiness, hypersensitivity to light, headaches, dizziness, etc.

But undoubtedly, the stress derived from the NICT has created a new risk known as "techno-stress"¹³⁶, which includes a series of negative responses from the worker to his inability to manage the use of NICTs'.

The "technological stress" can cause certain alterations in workers' health: In the first place it can generate anxiety, when the worker feels incapable of facing the demands derived from the use of the NICT's at work or as a result of continued corporate surveillance with audiovisual mechanisms; secondly, it can generate mental and physical fatigue as a result of the overload of information arriving from Internet; and finally it can also cause the compulsive and uncontrollable need to use the NICT's by the worker at all times, beyond the workplace and for long periods of time, as an addiction¹³⁷.

On the other hand, the NICT's offer the possibility to work beyond working hours, and beyond working place, and indirectly can lead an invasion of worker's privacy, affecting to the possibility to conciliate family and work life.

In fact, NICT's can allow employer demanding unjustified prolongations of the working day, and imposing the worker to be available to the company with the mobile phone, circumstances that can increase fatigue and stress.

At this point we must remember that neither the mobile phone nor the laptop can derogate the rules on working hours. And we must not forget that the worker has the right to rest, and a phone can't ring at any time to transmit orders from the employer.

This is the: "right to disconnection"¹³⁸, by which the worker can disconnect the mobile phone out of work, without any obligation to listen to the messages until the next working day¹³⁹.

¹³⁵ LOPEZ PARADA, R., "Informática, productividad y salud laboral", Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo, Bomarzo, Albacete, 2004, p. 89.

¹³⁶ ALFARO DE PRADO SAGRERA, A.M., "Estrés tecnológico: medidas preventivas para potenciar la calidad de vida laboral", Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y bienestar social, n. 102, 2009, p. 123.

¹³⁷ SERRANO ARGÜESO, M., "La influencia de las TIC en las condiciones de trabajo. Análisis jurídico desde la prevención de riesgos laborales"; Derecho y nuevas tecnologías, Aranzadi, Navarra, 2010, p. 17.

¹³⁸ CERVILLA GARZÓN, M.J., "Avances en Italia y España hacia la regulación del derecho a la desconexión tecnológica y el nuevo "lavoro agile", Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo. I, Cambios tecnológicos y nuevos retos para el mundo del trabajo: (Portugal, España, Colombia, Italia, Francia), ed. Peter Lang, Suiza, 2017, p. 433; AGUILERA IZQUIERDO, R., CRISTOBAL RONCERO, R., "Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica" El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita, 28 de marzo de 2017, Palacio de Zurbano, Madrid: Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019), MTSS, Madrid, 2017, p. 331.

¹³⁹ ALARCON CARACUEL, M.R., "Aspectos generales de la influencia de las nuevas tecnologías sobre las relaciones laborales", p. 328.

VIII. A CRITICAL REVIEW OF THE IMPACT OF NICT'S ON THE PROTECTIVE FUNCTION OF LABOUR LAW.

The Labour Law institutions are the product of the Industrial Revolution, and specifically of the Taylorism and Fordism. These systems were based on a type of worker linked to an assembly line and who worked every day for a salary.

He was a person who worked full time and for the same employer during his working life, and he worked with other workers of the same company, in similar working conditions. This last circumstance caused solidarity among the workers and justified the action of the trade unions.

And it's said that this worker, called "homo faber" (which was the result of the Industrial Revolution), will disappear in the new "knowledge society", and with his disappearance, the Labour Law will also disappear¹⁴⁰.

The discourse of new technologies describes a type of worker different from the classic worker of the first industrial Revolution. It says that the classic industrial worker has been replaced by a "technological" worker who uses a laptop or a mobile phone to provide his services.

This society affected by the NICT's generate workers who: provide services with great functional autonomy and with a great capacity to decide for himself; change continuously from company; are not subject to any workday; earns a salary based only on their results; is not in contact with other workers; wish to negotiate individually their working conditions, etc.¹⁴¹.

This new worker makes the Labor Law obsolete. And it would not need to be reformed, because it would simply disappear, as the typewriter was replaced by the computer. It will not be necessary to eliminate Labor Law, because their basic institutions (state intervention and collective negotiation) would simply disappear.

However, this discourse can be critiqued¹⁴²: Firstly, this type of "technologized" worker is not the predominant in our societies¹⁴³. We can observe in a normal day the workers we can meet: doorman, bus driver, taxi driver, gardener, bank employee, waiters, cook, cleaning staff, etc., and check how many are the classic worker, and how many respond to the new profile of a "technologized" worker.

Possibly some of these workers are self-employed (taxi driver), but the majority are salaried workers. The peculiarity is that most of these workers have a job in the service sector and they aren't industrial workers, but they have the same work contract as the industrial worker. And this is the basis of Labour Law.

¹⁴⁰ ALARCON CARACUEL, M.R., "La amenaza del discurs futurista sobre el mercat de treball", p. 15.

¹⁴¹ ALARCON CARACUEL, M.R., "El derecho del trabajo ante la crisis económica y el nuevo modelo productivo", Relaciones Laborales y nuevo modelo productivo, CARL, Sevilla, 2011, p. 32.

¹⁴² ALARCON CARACUEL, M.R., "El derecho del trabajo ante la crisis económica y el nuevo modelo productivo", p. 31.

¹⁴³ ALARCON CARACUEL, M.R., "La amenaza del discurs futurista sobre el mercat de treball", p. 15.

In fact, we can imagine the industrial worker who is behind each one of the tertiary workers (behind the doorman, the construction workers, behind the bus driver, the factory's workers where the bus was built, etc.) 144.

Therefore: there is no new worker prototype required by the knowledge society. The "technological" worker is not the predominant one, and, in any case, he would need Labor Law as much or more than the traditional worker.

Secondly, the cause-effect relationship between the knowledge society (generated by the use of the NICT's) and the working conditions of the "technologized" worker (temporary worker, part-time worker, etc.) might be questioned.

As we have said before, the majority of workers in our societies belong to the service sector. But the fact that a worker of service sector could use the new technologies (for example, the banker), does not mean that must have worse working conditions than the rest. Neither does it mean that these workers must regulate their conditions individually and not with a collective agreement. For these reasons Labour Law becomes even more necessary if we want to avoid overexploitation in these sectors¹⁴⁵.

In conclusion, we can say that the discourse of the NICT's is a futuristic discourse that tries to draw interested consequences that can be refused. It's a discourse that hides essential elements of continuity that happened in the past, and observes phenomena that are true, but whose meaning is maximized and extrapolated in an interested way.

The only way to overcome the impact of new technologies on the Labour Law is to isolate each specific and problematic aspect of labor relations, and analyse its real influence. We must avoid global and abstract discourses, to focus on concrete parameters.

Legal deregulation, instability, or precariousness (inevitable characteristics of the work of the 21st century), are not in any way a technical requirement of the knowledge society, caused by the application of the NICT to productive processes. They are only an option of legislative policies that can be questioned¹⁴⁶.

While the dominant social and economic system is based on the existence of workers who provide their services for employers (who are the owners of the means of production, and who offer goods and services in a market in which workers are consumers), the structural bases of Labour Law will be intact¹⁴⁷.

Labour Law is more necessary than ever in a "technologized" society. Naturally, we must continually rethink their conceptual categories and their internal equilibria to adapt them to a reality in constant evolution. But in the future there are no foreseeable structural changes to believe that the economic and social.

¹⁴⁴ ALARCON CARACUEL, M.R., "La amenaza del discurs futurista sobre el mercat de treball", p. 15.

¹⁴⁵ ALARCON CARACUEL, M.R., "La amenaza del discurs futurista sobre el mercat de treball", p. 15.

¹⁴⁶ ALARCON CARACUEL, M.R., "La amenaza del discurs futurista sobre el mercat de treball", p.15.

¹⁴⁷ ALARCON CARACUEL, M.R., "Aspectos generales de la influencia de las nuevas tecnologías sobre las relaciones laborales", p. 331.

LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD DE LOS TRABAJADORES DE MAYOR EDAD. EL DESPIDO POR INEPTITUD SOBREVENIDA Y EL DERECHO DE ADAPTACIÓN DE LAS CONDICIONES LABORALES COMO LÍMITE ESENCIAL

Ángel Ureña

Tuasesorlaboral1@gmail.com

Resumen:

El presente trabajo tiene como objeto analizar que la edad y los efectos que de ella se pueden producir o derivar para las condiciones psicofísicas de los trabajadores constituye una circunstancia personal que puede determinar la especial sensibilidad de los trabajadores y por ello la efectividad y aplicabilidad de las garantías reguladas en la normativa de prevención de riesgos laborales. Además, se remarcan las obligaciones de hacer en estos supuestos para el empresario (adaptación de las condiciones de trabajo y de recolocación), las cuales, constituyen un límite importante para la facultad empresarial de extinguir el contrato de trabajo mediante la fórmula conocida del despido por ineptitud sobrevenida. Todo ello, analizado en base al principio de no discriminación por razón de edad.

Palabras clave: Despido por ineptitud sobrevenida. Prevención de riesgos laborales. Trabajadores de edad avanzada. Adaptación de las condiciones de trabajo. Trabajadores especialmente sensibles.

Abstract:

The present work has as an object a set of elements of the age and her effects that it can produce or derive for the psychophysical conditions of the workers a personal circumstance that can determine the special sensitivity of the workers and therefore the ease and the applicability of the guarantees regulated in the regulations for the prevention of occupational risks. In addition, it deals with the obligations to do in these cases for the employer based in the ineptitude. All this, analyzed based on the principle of non-discrimination based on reason

age. In addition, the obligations to make in these assumptions for the employer are remarked (adaptation of the conditions of work and of relocation), which, constitute an important limit for the business faculty to extinguish the contract of work by means of the Name formula of dismissal for overcoming ineptness. All this, analyzed on the basis of the principle of non-discrimination by reason of age.

Key words: Dismissal for overcoming ineptness. Prevention of risks at work. Sensitive workers. Adaptation of working conditions. Veteran workers.

ÍNDICE

1. Introducción al problema general.

2. Los trabajadores de edad avanzada como trabajadores especialmente sensibles.

2.1. El envejecimiento y su repercusión en la salud de los trabajadores.

3. La adaptación de las condiciones de trabajo de los trabajadores de mayor edad como mecanismo de tutela de la seguridad y salud.

3.1. El deber de adaptación de las condiciones de trabajo.

4. El deber de adaptación actúa como límite a las facultades extintivas del empresario ex artículo 52 a) TRLET.

4.1. El despido por ineptitud sobrevenida y su aplicabilidad a estos colectivos.

4.2. La exigencia de adaptación del trabajador especialmente sensible y las consecuencias de su desatención.

1. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA GENERAL

Todos los estudios demográficos nos hacen ver un evidente envejecimiento de la población de los países de la Unión Europea. Es una realidad que, además, en los próximos tiempos, salvo cambios drásticos en las políticas migratorias y en los condicionantes de la natalidad, aumentará de gran manera. Si actualmente el colectivo de personas de más de 50 años supone ya casi el 40% de la población de la Unión, los estudios estiman que mientras el resto de grupos de edad muestran una tendencia a la baja, el grupo de edad de 55 a 64 años aumentará en un 16'2% (9,9 millones) de la población activa entre 2010 y 2030. Debido a las bajas tasas de natalidad y el aumento importante de la esperanza de vida, la edad media de los trabajadores europeos va a ser realmente muy alta, representando el 30 % o más de la población activa.

Como bien sabemos, este envejecimiento poblacional conlleva unos retos importantes y de diverso calado, sin embargo, ha sido su incidencia en el sistema de pensiones el que más ha sido abordado por los Gobiernos. Según el Libro Blanco de la Comisión sobre las pensiones, la sostenibilidad de estas exige ampliar la vida laboral como mecanismo de actuación para equiparar la relación entre cotizantes y pensionistas. Este objetivo ya se ha plasmado en múltiples países de la Unión Europea a través de medidas legislativas para retrasar la edad mínima de acceso a la jubilación, así como la penalización de las jubilaciones anticipadas.

Dicho lo cual, tenemos que destacar la reducida tasa de empleo del colectivo de los trabajadores de edad avanzada. Así, estamos hablando de una tasa de empleo para trabajadores de 55 a 64 años en la Unión Europea del 55,4% mientras que en España se sitúa en niveles aún más bajos, más de 6 puntos, en un 49'1%.

Y llegamos a una idea básica: la voluntad de los gobiernos de prolongar la vida laboral de las personas y de incrementar estos porcentajes de participación en el mercado laboral contrasta con una importante ausencia de previsiones legislativas concretas que vengán a garantizar que esa prolongación de la vida activa se desarrolle en unas condiciones de trabajo apropiadas en términos de seguridad y salud para esos trabajadores. La normativa debería ir hacia el camino de la protección de la salud de estos trabajadores para favorecer la continuidad de dichos trabajadores en el mercado de trabajo.

Este trabajo tiene como objeto principal analizar la sensibilidad especial de estos trabajadores derivada de su edad y la aplicabilidad de las garantías que, en relación a ese colectivo de trabajadores, se establecen en la normativa preventiva. Estudiamos las garantías reguladas en el artículo 25 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL en adelante) en su versión positiva o de hacer, que prevé obligaciones de adaptación de las condiciones de trabajo y de recolocación, constituyendo un límite para la facultad empresarial de extinguir el contrato a través del despido por ineptitud sobrevenida. De esta manera, el trabajo plantea una reinterpretación sistemática del artículo 52.a) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRLET en adelante) a la vista de la legislación preventiva y la vinculación de ese límite con el principio de no discriminación por razón de edad.

2. LOS TRABAJADORES DE EDAD AVANZADA COMO TRABAJADORES ESPECIALMENTE SENSIBLES

2.1. El envejecimiento y su repercusión en la salud de los trabajadores

Si nos basamos en los informes de la Organización Mundial de la Salud (OMS en adelante), el envejecimiento puede definirse como la consecuencia de un proceso de acumulación de una gran variedad de daños moleculares y celulares a lo largo del tiempo, que provoca un descenso gradual de las capacidades físicas y mentales, un aumento del riesgo de enfermedad, y finalmente a la muerte¹⁴⁸. Obviamente, como señala la propia OMS, esos cambios, no son

¹⁴⁸Organización Mundial de la Salud, Envejecimiento y salud, Nota descriptiva núm. 404, septiembre de 2015, <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs404/es/>

lineales ni uniformes. Así, aunque podemos afirmar que envejecemos durante toda la vida, es a partir de una cierta edad, variable en función de parámetros diversos, cuando los efectos de ese envejecimiento empiezan a ser más evidentes y por ello presentan una mayor capacidad de limitación funcional.

Estos efectos del envejecimiento no son uniformes en lo referido a su grado de incidencia a las personas, afectando de manera muy diversa a cada una de ellas. No obstante, a pesar de esa variabilidad individual, derivada de predisposiciones genéticas y de su propio entorno¹⁴⁹, la literatura científica ha constatado que el envejecimiento provoca una disminución de las capacidades psicosomáticas que limita la adaptación del organismo al medio y su capacidad de respuesta a las distintas exigencias de éste, pudiendo señalarse como los efectos más frecuentes los que siguen:

- Pérdida progresiva y afectación a la capacidad visual: reducción de la agudeza y el campo visual, disminución de la capacidad de adaptación al contraste, color y deslumbramientos, etc.
- Pérdida progresiva del sentido de la audición.
- Reducción de la funcionalidad de los músculos, que afecta a la capacidad de adoptar posturas extremas, realizar repeticiones y aplicar fuerza; principalmente: pérdida de la elasticidad muscular, distensión creciente de los tejidos de sostén muscular (pérdida de la tonicidad muscular), pérdida progresiva de la fuerza muscular y de la vitalidad (reducción de un 25% de la fuerza muscular a los 60 años con respecto a los 20).
- Reducción de la masa muscular, asimismo, trae consigo una pérdida de capacidad del sistema cardiovascular que transporta a los músculos el oxígeno que éstos necesitan.
- Cambios en el tamaño corporal con exigencias específicas para el diseño de los puestos de trabajo.
- Pérdida de la agilidad y capacidad de reacción refleja.
- Pérdida de la capacidad de asociación de ideas.
- Aumento de la hipertensión arterial.
- Pérdida de la capacidad inmunitaria frente a agentes contagiosos.

Pues bien, tenemos que destacar ciertos aspectos en relación a las características que presenta la afectación a la salud de este colectivo de trabajadores. Así, en primer lugar, la variabilidad individual no impide considerar que la edad no pueda ser considerada una circunstancia personal determinante de una mayor sensibilidad y que este colectivo de trabajadores de edad avanzada pueda ser caracterizado como un grupo con necesidad de medidas específicas en materia de prevención. Como señala la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020¹⁵⁰: “la población laboral de mayor edad, a pesar de la experiencia acumulada puede ser más vulnerable a determinados riesgos, en gran parte influida por los cambios fisiológicos de la edad y el efecto de las enfermedades crónicas”.

¹⁴⁹ Como afirma la OMS, “La diversidad que se aprecia en la vejez no es cuestión de azar. En gran medida se debe a los entornos físicos y sociales de las personas, puesto que ese entorno influye en sus oportunidades y sus hábitos de salud”.

¹⁵⁰ Aprobada en Consejo de Ministros con fecha de 24 de abril de 2015.

En segundo lugar, las alteraciones producidas en la salud derivadas de la vejez pueden conllevar, especialmente en trabajos con altos requerimientos físicos y psíquicos, una disminución en la capacidad funcional del trabajador para hacer frente a esos requerimientos, sin que, sin embargo, los requerimientos o demandas de trabajo varíen con la edad.

A mi juicio, se trata de un hecho de bastante relevancia en relación a la adopción de medidas preventivas concretas, ya no sólo desde la perspectiva de las exigencias físicas sino de los riesgos psicosociales. Máxime cuando una persona que lleva realizando las mismas funciones durante mucho tiempo genera una monotonía en su desempeño que puede tener consecuencias negativas en su salud.

En tercer lugar, la mayoría de las alteraciones de la salud que afectan a este colectivo y que pueden determinar necesidades especiales desde el punto de vista de la prevención de riesgos, encuentran en la adopción de medidas ergonómicas y en la adaptación de las condiciones de trabajo un instrumento especialmente idóneo para dicho fin.

En último lugar, es importante advertir desde ya que no es posible identificar vejez con enfermedad ni menos aún con ineptitud. La vejez puede determinar solamente y no siempre con la misma intensidad cambios fisiológicos, morfológicos y psicológicos con incidencia en la sensibilidad del trabajador a los riesgos laborales, pero también puede determinar aspectos positivos derivados de la experiencia y el conocimiento¹⁵¹. Tampoco podemos identificarlo con discapacidad, si bien, en determinados casos, la incidencia de la edad en la salud puede suponer, atendiendo al concepto material y social de discapacidad utilizados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que nos hallemos ante una auténtica discapacidad y, con ello, que se arbitren los mecanismos de tutela derivados de esa situación. Señálese que el TJUE ha considerado que el “concepto de «discapacidad» debe entenderse en el sentido de que no sólo abarca la imposibilidad de ejercer una actividad profesional, sino también una dificultad para el ejercicio de ésta” (STJUE de 18 de diciembre de 2014, Asunto Foa C-354/13 y STJUE 18 de marzo de 2014, Asunto Z. C363/12 y jurisprudencia citada).

Dicho todo esto, la normativa tiene en consideración la edad, en este caso la edad avanzada, como circunstancia personal que puede determinar derechos y deberes específicos en materia preventiva. Así, en los artículos 25.1, 26, 27 y 28 de la LPRL se establece una protección específica para determinados colectivos de trabajadores en atención a su mayor sensibilidad a los riesgos derivados del trabajo, es decir, a su mayor vulnerabilidad a sufrir accidentes laborales. La normativa española al trasponer las Directivas europeas ha efectuado una labor de concreción por cuanto, frente al vago y confuso redactado del art 15 de la Directiva 89/391/CEE relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo¹⁵², nuestro legislador se refiere, de una parte, en el artículo 25 de la LPRL, a “los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de

¹⁵¹ BARCELÓ FERNÁNDEZ, J., “La protección de la salud laboral de los trabajadores de edad avanzada”, Revista de Trabajo y Seguridad social, Centro de Estudios Financieros, núm. 397, abril 2016, página 66.

¹⁵² El art. 15 de la Directiva 89/391/CEE señala que «los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles deberán ser protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica». En la Directiva encontramos otra referencia a los trabajadores especialmente sensibles en su art. 9.1 d) cuando al referirse a las obligaciones de los empresarios establece, entre otras, que el empresario deberá disponer de una evaluación de los riesgos para la seguridad y la salud en el trabajo, «incluidos los que se refieren a los grupos de trabajadores con riesgos especiales».

discapacidad física, psíquica o sensorial”, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo, mientras que en los restantes preceptos van a referirse a colectivos específicos: en el artículo 26 a las trabajadoras embarazadas o en situación de parto reciente, en el artículo 27 a los trabajadores menores de edad y en el artículo 28 a los trabajadores con relaciones de trabajo temporales o de duración determinada, así como los contratados por empresas de trabajo temporal.

La ausencia de una referencia expresa a los trabajadores de edad avanzada, a diferencia de lo que ocurre con los trabajadores menores de edad, nos puede plantear la duda de si es posible considerar la edad avanzada como una circunstancia personal determinante de una mayor sensibilidad a los riesgos y, en consecuencia, determinar los mecanismos específicos de protección dispuestos en el artículo 25 de la LPRL. En mi opinión, la respuesta tiene que ser positiva, en cuanto la mayor sensibilidad puede venir determinada por una doble vía: por la pertenencia a uno de los grupos de riesgo específicamente previstos por el legislador, en cuyo caso, es la mera pertenencia al grupo lo que determina una protección específica, o por la concurrencia de una circunstancia personal determinante de una mayor sensibilidad, en cuyo caso, se requiere la concurrencia de dos elementos que, en el caso de los trabajadores de edad avanzada, a mi juicio, se pueden verificar: 1) una mayor sensibilidad o receptividad a los riesgos; 2) que la misma se derive de circunstancias personales. Los efectos que provoca el envejecimiento en la salud de las personas determinan que la edad pueda suponer una mayor predisposición al daño ante la misma exposición a los riesgos laborales, siendo la edad, la circunstancia personal de la que derivaría esa especial sensibilidad.

En definitiva, podemos afirmar que, si bien los trabajadores de edad avanzada no constituyen un grupo especial de riesgo expresamente tipificado, la edad y los efectos que se pueden derivar de la misma, si que van a constituir una circunstancia personal que puede determinar una especial sensibilidad y por ello un elemento a valorar en las evaluaciones de riesgo y en la adopción de las medidas de prevención y protección específicas¹⁵³.

3. LA ADAPTACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO DE LOS TRABAJADORES DE MAYOR EDAD COMO MECANISMO DE TUTELA DE LA SEGURIDAD Y SALUD

3.1. El deber de adaptación de las condiciones de trabajo

Como primera idea que tenemos que indicar es que la adaptación de las condiciones de trabajo constituye, junto a las medidas de tipo ergonómico, la medida preventiva más adecuada y eficiente en relación a los riesgos que pueden afectar a los trabajadores por razón de su edad avanzada. De este modo, vamos a evitar la exposición en origen, y vamos a cumplir, al menos, tres de los principios preventivos que deben regir la actuación preventiva conforme al artículo 15.1 de la LPRL: «a) Evitar los riesgos», «c) Combatir los riesgos en su origen» y «d) Adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos

¹⁵³ Son de la misma opinión, entre otros, ARAGÓN GÓMEZ, C., “La ineptitud sobrevenida por razón de edad”, en MERCADER UGUINA, J.R., (Dir.), *Trabajadores maduros. un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito laboral*, Ed. Lexnova, Valladolid 2009, página 257; MORENO SOLANA, A., “La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, página 40.

de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud».

En materia de prevención de riesgos laborales, el artículo 26 de la LPRL ha positivizado expresamente un deber de adaptación de las condiciones de trabajo. Estamos frente un deber empresarial, que, a diferencia de lo que ocurre con los deberes de adaptación previstos en materia de tiempo de trabajo, aquí no se condiciona a ninguna regulación previa en el convenio, sino a la constatación, a través de la evaluación de riesgos, de la existencia de una situación de riesgo para las trabajadoras embarazadas o situación de parto reciente y que se configura de forma amplia en cuanto a su extensión o alcance.

Pero este deber de adaptación no se ha previsto expresamente en relación a los otros dos colectivos específicos de trabajadores especialmente sensibles (menores de edad y trabajadores temporales) ni tampoco, en relación al colectivo genérico de trabajadores especialmente sensibles por circunstancias personales del artículo 25. Esta omisión nos hace plantearnos si existe un deber empresarial y correlativo derecho a la adaptación de dichos trabajadores, y por lo que nos interesa a nuestros efectos, si disponen los trabajadores especialmente sensibles por razón de su edad avanzada un derecho ex lege a la adaptación cuando con ello se eviten o reduzcan las exposiciones a los riesgos derivados del trabajo que pudieran afectarlos¹⁵⁴.

Pues bien, aquí explicaremos varios aspectos de interés. Esta duda sobre el deber de adaptación no se agota en un plano teórico, sino que incluso en la doctrina judicial encontramos discrepancias ya no sobre el alcance del derecho sino sobre su propia existencia¹⁵⁵. Aunque lo más oportuno sería que se modificase la norma y que lo reflejara expresamente para evitar una indeseable falta de seguridad jurídica, creo que existen, sin embargo, argumentos bastantes para considerar que el mismo puede ser inferido de una interpretación sistemática, teleológica e, incluso literal, del propio precepto. Si partimos de una interpretación literal, si bien es cierto que el segundo párrafo del artículo 25.1 se limita a prohibir el empleo de trabajadores especialmente sensibles en los puestos de trabajo que puedan suponerles un peligro para sí mismos o terceros, no puede olvidarse que el párrafo primero obliga al empresario a adoptar “las medidas de prevención y protección necesarias”. Es decir, el precepto configura un deber amplio de protección y prevención, que además, tenemos que integrar con los principios de la acción preventiva que se determinan en el artículo 15 de la LPRL, y de manera muy señalada con el de “Adaptar el trabajo a la persona, en

¹⁵⁴ En este sentido, GOÑI SEIN, J. L. y SANZ DE GALDEANO, B., advierten de que “esta falta de concreción del artículo exige despejar, en primer lugar, la duda de si existe un auténtico derecho a la adaptación del puesto de trabajo y cuál es el alcance de la obligación empresarial de adoptar medidas para los trabajadores especialmente sensibles”. Los autores llegan a la conclusión de que existe un auténtico derecho a la adaptación de las condiciones de trabajo.

¹⁵⁵ Aunque la doctrina judicial, de forma mayoritaria ha interpretado que el artículo 25 LPRL recoge un deber empresarial de adaptación de los trabajadores que por circunstancias personales presenten una mayor sensibilidad a los riesgos laborales, alguna sentencia no tiene en consideración dicho precepto cuando la mayor sensibilidad determina la imposibilidad de que el trabajador pueda seguir desempeñando sus funciones. Así, en la reciente STSJ de Cataluña, 2163/2017, en la discusión sobre la procedencia o improcedencia de un despido objetivo por ineptitud sobrevenida el Tribunal, prescindiendo de cualquier referencia a la eventual aplicación del art. 25 de la LPRL, advierte respecto a “la posibilidad que apunta el recurrente, siquiera de forma un tanto implícita, relativa a la posibilidad de ser recolocado en otro puesto de trabajo acorde con sus limitaciones físicas dentro de la empresa en lugar de proceder a la extinción de su contrato, debe de ser rápidamente rechazada desde el momento en que, y en apoyo de su postura, no aduce el recurrente norma reglamentaria o convencional alguna que justifique su petición y la correlativa obligación de la empresa”.

particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud”.

Por lo tanto, nos encontramos ante un auténtico deber empresarial y no una mera facultad, de la que se desprende un auténtico derecho del trabajador a exigir, si ya no que se produzca la efectiva adaptación, sí, cuando menos, que el empresario realice cuantas acciones sean razonablemente exigibles para su satisfacción¹⁵⁶.

En definitiva, los deberes de adaptación previstos con carácter general en los artículos 25 y 26 de la LPRL están vinculados a la tutela de la salud de los trabajadores especialmente sensibles protegidos en aquel precepto. La adaptación de las condiciones de trabajo constituye una obligación claramente funcionalizada a que los trabajadores de edad puedan disfrutar en igualdad de condiciones que los demás trabajadores, de unas condiciones de trabajo saludables y permitir, por ello, su participación en el mercado de trabajo. Una relación que es puesta de manifiesto por la Recomendación 162 de la Organización Internacional del Trabajo cuando establece en su ordinal quinto que «Los trabajadores de edad deberían disfrutar, sin discriminación por razón de edad, de igualdad de oportunidades y de trato respecto de los otros trabajadores, en particular en relación a las cuestiones siguientes: (...) f) a las condiciones de trabajo, incluidas las medidas de seguridad e higiene».

4. EL DEBER DE ADAPTACIÓN ACTÚA COMO LÍMITE A LAS FACULTADES EXTINTIVAS DEL EMPRESARIO EX ARTÍCULO 52 A) TRLET

La ausencia de una previsión expresa que imponga obligaciones de adaptación a los trabajadores especialmente sensibles por razón de su edad, contrasta de una forma bastante significativa con una normativa legal que vislumbra la extinción del contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida de una manera totalmente desvinculada a cualquier intento de adaptación del puesto de trabajo a las capacidades o aptitudes del trabajador.

Si la empresa constata una disminución de las capacidades del trabajador, de su resistencia física o una pérdida de agilidad, entre otros, puede conllevar que aquella decida acudir a la extinción del contrato de trabajo por la vía del despido objetivo por ineptitud sobrevenida.

Y, como he citado antes, que no es posible identificar la ineptitud con el envejecimiento, la amplitud con la que se configura esta causa de despido, la convierte en una vía idónea para extinguir el contrato de trabajo de aquellos trabajadores que, como consecuencia del paso del tiempo, ven como sus capacidades se modifican. Además, podemos vislumbrar a la luz de la doctrina judicial, que se está convirtiendo en una praxis cada vez más corriente y cuya utilización, creemos, puede incrementarse en los próximos años.

No debemos olvidar que los últimos cambios normativos vienen limitando cada vez más el acceso a las prestaciones de jubilación, que provocan un progresivo envejecimiento de las

¹⁵⁶ Además, es importante destacar aquí la vinculación de los derechos de adaptación de los trabajadores de edad avanzada con la tutela del principio de igualdad y no discriminación de dichos colectivos. Una fundamentación de la que deberían irrogarse importantes consecuencias jurídicas desde la perspectiva de su tutela.

plantillas frente al que las empresas no pueden reaccionar, por lo menos no como antes, mediante mecanismos basados en el acceso anticipado del trabajador al sistema de pensiones o a través de extinciones colectivas caracterizadas por la elevada edad de los afectados, lo que va a conllevar, qué duda cabe, utilizar de una forma más intensa este despido por ineptitud como causa de extinción de los contratos de trabajadores de edad.

4.1. El despido por ineptitud sobrevenida y su aplicabilidad a estos colectivos

La normativa que regula este tema de las incidencias de las limitaciones permanentes del estado psicofísico del trabajador en la relación laboral es muy variada. Tenemos normas que contemplan la cuestión desde una perspectiva de Seguridad Social (el conjunto de preceptos que regulan las condiciones de acceso a las situaciones de invalidez en sus distintos grados), normas de prevención de riesgos laborales (básicamente el comentado artículo 25 de la LPRL), normas que regulan la tutela integral de las personas con discapacidad (Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de Ley General de derechos de las personas con discapacidad) o también, la eventual extinción del contrato derivada del reconocimiento de una situación de gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador (artículo 49.1.e) del TRLET) o por la ineptitud sobrevenida del trabajador (artículo 52 a) del TRLET)¹⁵⁷.

Pues bien, la letra a) del artículo 52 del TRLET regula como una de las causas que permite el despido por causas objetivas la ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva¹⁵⁸. Aunque la norma legal no nos da una definición de lo que debemos entender por ineptitud¹⁵⁹, el Tribunal Supremo en una definición reiterada por la doctrina judicial y asumida por la doctrina científica ha señalado que “el concepto de ineptitud se refiere, de acuerdo con la doctrina científica y la jurisprudencia, y siguiendo también el uso del lenguaje ordinario, a una inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo -rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración, etc.-”¹⁶⁰. Así, de conformidad con la definición antedicha, podemos decir que la ineptitud del artículo 52.a) es una inhabilidad, entendida como falta de aptitud o de capacidad, de carácter personal que determina un deterioro o pérdida de las capacidades, habilidades y destrezas laborales¹⁶¹.

¹⁵⁷ Destacan el carácter poliédrico de la cuestión y la ausencia de un tratamiento sistemático la STSJ de Asturias 2333/2014, de 7 noviembre (Rec. 2041/2014) o la STSJ de Castilla y León, Burgos 540/2015, de 16 julio (Rec. 416/2015).

¹⁵⁸ Existe una importante excepción y es que la ineptitud fuese anterior al cumplimiento de un período de prueba, en cuyo caso no podrá alegarse. Una salvedad a la que cabe añadir la prevista en sede de movilidad funcional cuando se establece por el artículo 39.3 del TRLET que «no cabrá invocar las causas de despido objetivo de ineptitud sobrevenida o de falta de adaptación en los supuestos de realización de funciones distintas de las habituales como consecuencia de la movilidad funcional».

¹⁵⁹ Nos expresa muy bien este carácter impreciso de la regulación legal la STSJ de Madrid de 11 noviembre de 2011, Rec. 3368/2011.

¹⁶⁰ En la doctrina podemos citar por su claridad expositiva a GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La ineptitud como causa de despido y su relación con los supuestos de incapacidad del trabajador para realizar la prestación laboral. Revista de Política Social, 127/1980, página 205”, el cual nos dice que “la ineptitud en un concepto negativo que se define por constituir ausencia, carencia, falta de adecuación de algo o alguien a un fin concreto. Referida al trabajador la ineptitud no puede ser otra cosa que la falta de adecuación de éste al trabajo para el que se le contrata”.

¹⁶¹ La doctrina ha agrupado los distintos supuestos que los tribunales han subsumido en el despido por ineptitud en tres grandes

En relación a esta aplicabilidad del artículo 52.a) del TRLET podemos destacar las siguientes características:

1. Su pluricausalidad. La ausencia de límites legales en cuanto al origen de la ineptitud ha permitido incluir en esta causa diferentes supuestos que solamente tienen como nexo común un factor, la ineptitud. Así, esta ineptitud puede tener su origen en la falta de aptitud o habilidad o preparación del trabajador para llevar a cabo los cometidos propios de su categoría profesional; en la revocación o no renovación de titulaciones o habilitaciones profesionales o, por lo que a nosotros más nos interesa, en una alteración del estado de salud del trabajador.
2. El carácter involuntario de la ineptitud. Esto nos viene a significar que la falta de aptitud no tiene que estar provocada de forma intencionada por el trabajador. Este es un elemento que diferencia este supuesto de la disminución continuada y voluntaria del rendimiento normal o pactado prevista como causa de despido disciplinario en el artículo 54.2.e) del TRLET.
3. El carácter permanente y no meramente temporal de la ineptitud. Por ello, la jurisprudencia y la doctrina han afirmado que cuando la ineptitud deriva de una alteración de la salud de carácter temporal y no previsiblemente permanente, la consecuencia ordinaria ha de ser, no la extinción, sino en coherencia, con esa provisionalidad, la suspensión del contrato por incapacidad temporal.
4. La ineptitud ha de ser general o incidir en las tareas principales encomendadas al trabajador, no siendo suficiente una disminución en el rendimiento respecto de algunas de las funciones o tareas propias del puesto de trabajo, sino que es indispensable que la ineptitud vaya, en palabras del Tribunal Supremo, “referida al conjunto o por lo menos a la principal de las tareas encomendadas” y no sólo sobre algunas aisladamente consideradas¹⁶².

Los elementos reseñados podrían justificar un despido por ineptitud en los casos en los que una limitación de las capacidades psico-físicas del trabajador de edad avanzada repercutiesen negativamente en la realización de las tareas principales de su puesto de trabajo. No obstante, creemos que cuando la pérdida de la idoneidad del trabajador tiene su origen en su mayor sensibilidad a los riesgos derivados de su puesto de trabajo, en el sentido del artículo 25 de la LPRL, a los requisitos generales requeridos para la operatividad del despido por ineptitud se debe agregar la necesidad de acreditar la imposibilidad de adaptar las condiciones del puesto de trabajo o de recolocar al trabajador en un puesto de trabajo distinto.

categorías: a) supuestos de ineptitud debidos a la falta de aptitud o habilidad o preparación del trabajador para llevar a cabo los cometidos propios de su categoría profesional; b) aquellos originados por la carencia de facultades debida a la revocación o no renovación de titulaciones o habilitaciones profesionales y c) todos aquellos supuestos en que la inhabilidad o carencia de facultades, incluso la revocación de la titulación o habilitación profesional, se deba a una alteración en el estado de salud del trabajador. La categorización corresponde a TOSCANI GIMÉNEZ, D. y ALEGRE NUENO, M., “El despido por ineptitud del trabajador, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2009.

¹⁶²En este sentido, STSJ de Cataluña, 3959/2016, de 20 de junio (Rec. 2191/2016). En la doctrina GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La ineptitud como causa de despido...”, ob.cit., página 214 y FITA ORTEGA, F., “La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, páginas 34 y 35.

4.2. La exigencia de adaptación del trabajador especialmente sensible y las consecuencias de su desatención

Esta facultad que artículo 52.a) del TRLET concede al empresario para proceder a la extinción del contrato por ineptitud sobrevenida del trabajador tiene que ser objeto de una interpretación sistemática que tenga en consideración los deberes de adaptación que la ley o el convenio colectivo pueden imponer en atención a circunstancias personales que pueden afectar al trabajador y que, son precisamente, las causantes de aquella ineptitud.

Esta exigencia es totalmente exigible en estos casos de despidos por ineptitud sobrevenida que afecten a los trabajadores especialmente sensibles¹⁶³. Y no solamente eso, sino que el incumplimiento de acreditar esta exigencia de adaptación podría determinar, además de eventuales responsabilidades administrativas, no ya la improcedencia del despido sino, en determinados casos, su calificación como despido nulo.

Tenemos que advertir que no se trata en absoluto de exigir que el empresario deba sobrellevar una relación laboral que ya no es funcional a la causa y al objeto que justifican la existencia del contrato de trabajo, de negar la funcionalidad de los despidos objetivos, sino de reclamarle que acredite que no ha podido recolocar o adaptar al trabajador especialmente sensible. Una exigencia que cada vez más tiene un respaldo mayor en la doctrina judicial¹⁶⁴.

Esta acreditación de la imposibilidad de adaptar al trabajador especialmente sensible corresponde, a nuestro juicio, al empresario, pero para ello resulta totalmente imprescindible que con carácter previo se acredite la especial sensibilidad del trabajador. Que el empresario tenga conocimiento de la especial sensibilidad constituye un presupuesto fundamental, porque en otro caso, no se le puede imponer una obligación de la cual no tiene conocimiento¹⁶⁵.

El medio idóneo para ello sería la vigilancia de la salud que la propia normativa preventiva establece como una de las obligaciones preventivas del empresario (artículo 22 LPRL), sin perjuicio, de que fuere el propio trabajador quien aportase las evidencias correspondientes de dicha situación directamente a la empresa, a los servicios de prevención, a los servicios de vigilancia de la salud o, incluso, ante la Inspección de Trabajo en supuestos de omisión empresarial. Una vez constatada la existencia de una especial sensibilidad se pondría en funcionamiento la dinámica preventiva del artículo 25 de la LPRL: la evaluación específica, la adopción de las medidas preventivas y de protección necesarias, y entre ellas, la adaptación de las condiciones de trabajo o, cuando fuese necesaria, la recolocación del trabajador.

¹⁶³De la misma opinión, GOÑI SEIN, J.L. y SANZ DE GALDEANO, B., "Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas", Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2015, página 222 y ss. y 237 y ss.

¹⁶⁴Muy gráfica en este sentido es la STSJ de Madrid 872/2015, de 30 de noviembre (Rec. 483/2015) al afirmar que "para que opere la extinción deberán agotarse, y acreditarse que ello se ha efectuado o probarse debidamente que existe una real imposibilidad para llevarlo a cabo, las modulaciones de adaptación del puesto que corresponden a la empresa, pues en otro caso queda la facultad extintiva dentro de una potestad unilateral, que no se acomoda con el derecho al trabajo, la preservación del contrato y con las medidas preventivas que deben adoptarse en el puesto que se ocupa". También exigen este deber de adaptación, entre otras, la STSJ Madrid 175/2008, de 10 de marzo (Rec. 282/2008); STSJ Cataluña 1128/2015, de 17 de febrero (Rec. 7053/2014); STSJ de Asturias núm. 1238/2015, de 26 de junio (Rec. 1201/2015) o la STSJ Madrid 837/2015, de 7 de diciembre (Rec. 741/2015).

¹⁶⁵También lo destaca LÓPEZ AHUMADA, J.E., "Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales: protección jurídico-laboral", Editorial Marcial Pons, 2010, página 39.

De la misma forma, no se trata de imponer obligaciones de adaptación que sean imposibles de conseguir. Es decir, la exigencia de esta obligación debe realizarse en términos de proporcionalidad y con una valoración casuística de su cumplimiento. No obstante, la amplia discrecionalidad que tiene empresario sobre la cuestión no debe confundirse ni con absoluta libertad ni con la imposición de un deber en términos absolutos que, de otra forma, acabaría siendo perjudicial para los propios sujetos tutelados y la efectividad real de la medida. Una configuración flexible que permite una valoración casuística en la que los órganos jurisdiccionales deberían ponderar el conjunto de circunstancias concurrentes, pero que, en ningún caso, debiera permitir la ausencia de control alguno sobre el cumplimiento de dicha obligación.

Como adelantamos antes, nos preguntamos ahora de manera más concreta: ¿Qué consecuencias se derivarían del incumplimiento de estos deberes de adaptación? Pues bien, la doctrina judicial ha afirmado que la negativa a esta obligación de adaptación conlleva la calificación como improcedentes de los despidos realizados¹⁶⁶. Una consecuencia que nos ubica en un escenario distinto a aquel en el que el incumplimiento se verifica en relación a trabajadores con discapacidad o a trabajadoras que, por razón del embarazo, son especialmente sensibles, por cuanto en tales supuestos, la consecuencia, aunque con pronunciamientos discrepantes, parece situarse en la órbita de la calificación del despido como nulo.

Es más que evidente que el supuesto de los trabajadores con discapacidad, la conexión de la falta de adaptación/despido por ineptitud basado en la limitación psicofísica del trabajador choca frontalmente con la tutela de los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación. A nuestro juicio, sin embargo, la conexión con una causa odiosa de discriminación también se puede valorar cuando el despido por ineptitud se fundamenta en una limitación psicofísica que sea posible relacionar con la edad avanzada del trabajador. Se trataría aquí de situar el problema en la dimensión de la tutela de la discriminación por razón de la edad.

Bibliografía citada en el trabajo

Barceló Fernández, J., “La protección de la salud laboral de los trabajadores de edad avanzada”, Revista de Trabajo y Seguridad social, Centro de Estudios Financieros, núm. 397, abril 2016.

Aragón Gómez, C., “La ineptitud sobrevenida por razón de edad”, en MERCADER UGUINA, J.R., (Dir.), Trabajadores maduros. un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito laboral, Ed. Lexnova, Valladolid, 2009.

Moreno Solana, A., “La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

González Ortega, S., “La ineptitud como causa de despido y su relación con los supuestos de

¹⁶⁶Lo vemos por ejemplo en la STSJ de Asturias 1238/2015, de 26 de junio (Rec. 1201/2015) o en la STSJ de Madrid 872/2015, de 30 de noviembre (Rec. 483/2015).

incapacidad del trabajador para realizar la prestación laboral. Revista de Política Social, 127/1980.

Toscani Giménez, D. y Alegre Nuevo, M., “El despido por ineptitud del trabajador”, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2009.

Fita Ortega, F., “La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

Goñi Sein, J.L. y Sanz DE Galdeano, B., “Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas”, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

López Ahumada, J.E., “Los trabajadores sensible a los riesgos laborales: protección jurídico-laboral”, Editorial Marcial Pons, 2010.

LA NECESARIA REFORMA DEL MODELO DE REPRESENTACIÓN SINDICAL DE LOS TRABAJADORES EN LAS EMPRESAS DISPERSAS: REFLEXIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA A PROPÓSITO DEL ÁMBITO DE CONSTITUCIÓN

David Gutiérrez Colominas

Universitat Autònoma de Barcelona, Spain

Resumen:

La irrupción de nuevas formas de organización empresarial basadas en la economía colaborativa ha supuesto un cambio significativo en la dinámica de la prestación laboral. La descentralización y la desaparición de la realidad física del centro de trabajo plantea múltiples interrogantes en torno a ámbitos concretos de la relación laboral, y uno de ellos es el ámbito de constitución de la representación sindical en las empresas dispersas. Ante este escenario, esta comunicación aborda si el actual marco regulador ofrece respuestas eficaces para garantizar la efectiva constitución de la representación sindical. Para ello, se centra en el ámbito de constitución de las secciones sindicales, y concretamente, en la significación legal y jurisprudencial del concepto “centro de trabajo”, y su aplicación ante una realidad económica cada vez más dependiente de las tecnologías de la información. En este sentido, esta comunicación se encarga además de efectuar distintas propuestas de mejora de la regulación vigente, a fin de garantizar el ejercicio del derecho de los trabajadores a participar en la empresa.

Palabras clave: Representación sindical; Ámbito de constitución; Empresas dispersas; Microcentros de trabajo; Negociación colectiva

Abstract:

The emergence of new forms of business organization based on the collaborative economy has led to a significant change in the dynamics of labor provision. Decentralization and the disappearance of the physical reality of the workplace raise many questions about specific areas of the labor relationship, one of which is the area of constitution of trade union representation in dispersed companies is. Faced with this scenario, this communication deals with whether the current regulatory framework offers effective responses to guarantee the effective constitution of trade union representation. To this end, it focuses on the scope of the constitution of trade union sections, and specifically on the legal and jurisprudential

significance of the concept of "workplace", and its application in the face of an economic reality that is increasingly dependent on information technologies. In this sense, this communication is also responsible for making various proposals to improve the current regulation, in order to ensure the exercise of the right of workers to participate in the company.

ÍNDICE

- 1. Los efectos de la economía colaborativa en el modelo de representación de los trabajadores en la empresa**
- 2. Un breve repaso histórico sobre el estado de la cuestión en la jurisprudencia**
- 3. El concepto de centro de trabajo en las empresas dispersas como unidad de adscripción territorial para la constitución de secciones sindicales**
- 4. Algunas propuestas legales de mejora para la constitución efectiva de la representación sindical en empresas dispersas**

1. LOS EFECTOS DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA EN EL MODELO DE REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA

Las tecnologías de la información están cambiando el mundo del Trabajo. La irrupción de Internet en el mercado ha modificado la forma en la que vivimos en sociedad, e incluso, ha supuesto la creación de nuevas formas de organización empresarial. En efecto, la llamada "economía colaborativa", junto con otros fenómenos paralelos¹⁶⁷, ha revolucionado las relaciones laborales, mediante la introducción de aplicaciones informáticas que se encargan de distribuir las tareas a un grupo homogéneo de personas, cuya calificación jurídica como trabajadores es más que discutible como consecuencia de la falta de actualización normativa¹⁶⁸. De esta manera, las empresas de la economía colaborativa han originado una descentralización productiva extrema, que requiere una urgente reforma del marco jurídico a propósito de la intervención y límites de las nuevas tecnologías en el desarrollo de actividades económicas.

Ante este escenario, la creación de plataformas virtuales, que actúan como posibles empleadores, ha puesto de relieve la intervención de nuevas formas de organización empresarial en el denominado mercado único digital¹⁶⁹, que utilizan las tecnologías de la

¹⁶⁷ Tal y como señala PÁRAMO MONTERO, P., "Las nuevas formas emergentes de trabajo. Especial referencia a la economía colaborativa", Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, vol. 128, 2017, pág. 184, la "gig economy" evoluciona en paralelo con otros fenómenos fruto de la irrupción de la tecnología en la vida en sociedad, como por ejemplo las "smart cities" o el "smart working", entre otros.

¹⁶⁸ Sobre esta cuestión, TODOLÍ SIGNES, A., "La regulación especial del trabajo en la Gig Economy", Redes, vol. 15, 2017., pág. 71 apunta a la masiva inaplicación de las protecciones concedidas por el Derecho del Trabajo, permitiendo su calificación como autónomos, cuestión esta que cristaliza el fenómeno de la huida del Derecho del trabajo constatado de forma visionaria por BAYLOS GRAU, A., "La «huida» del Derecho del trabajo. Tendencias y límites de la deslaboralización.", en El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar, Marcial Pons, Barcelona, 2000, págs. 35-54.

¹⁶⁹ Esta denominación fue adoptada por la Comisión Europea en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa" [COM(2015)192], y engloba una serie de actuaciones que pretenden una utilización más eficaz de las oportunidades que ofrecen las nuevas tecnologías, e integra iniciativas que abarcan distintos ámbitos de actuación, como por ejemplo la

información para desarrollar su actividad económica y ser más competitivas. Las empresas digitales son precisamente un actor relativamente nuevo, que son concebidas para operar exclusivamente a través de Internet, y su actividad económica fundamental se basa en la intermediación o la venta directa online¹⁷⁰.

Ahora bien, el marco jurídico europeo y nacional no ha sido capaz de dar una respuesta a estos nuevos actores, que operan en una realidad normativa concebida antes de la irrupción de las tecnologías de la información en el mercado de trabajo. El marco jurídico que regula las relaciones laborales ha permanecido prácticamente impasible ante la irrupción de estas nuevas circunstancias económicas. Concretamente, el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, TRLET), permanece prácticamente intacto desde su redacción en el hoy derogado Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Sin embargo, la cuestión no es tanto la falta de reacción jurídica del legislador, sino cómo afecta de forma más intensa a ciertas parcelas de las relaciones laborales. Y una de ellas es la participación de la representación de los trabajadores en la empresa, canalizada jurídicamente mediante el derecho a la información, consulta y participación en la empresa ex artículo 4 TRLET.

El vigente modelo español de representación colectiva de los trabajadores es un modelo de doble canal representativo¹⁷¹, o dual¹⁷², en el que coexisten de forma autónoma dos figuras: la representación sindical, formado por las secciones sindicales y los delegados sindicales; y la representación unitaria, compuesta por los comités de empresa y los delegados de personal. En la configuración de la constitución de ambas figuras existe una circunstancia que es especialmente relevante con relación a la descentralización que ha generado la irrupción de las empresas de la economía colaborativa: la consideración del centro de trabajo como unidad de referencia para la constitución de la representación de los trabajadores. Tanto el artículo 62 y 63.a del TRLET, como el artículo 10 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (en adelante, LOLS) identifican el centro de trabajo como unidad electoral básica, si bien en el caso del artículo 10 de la LOLS la jurisprudencia ha sido más permisiva con el ámbito de constitución de las secciones sindicales¹⁷³.

Ante este escenario, anclado a una visión antigua de las relaciones laborales, la hipótesis de partida de este trabajo es que la dinámica de funcionamiento inherente a la economía colaborativa, fundamentado en trabajadores dispersos sin centros de trabajo *stricto sensu*,

regulación de las telecomunicaciones, de derechos de propiedad intelectual y de legislación sobre protección de datos, de gestión de las ondas de radio y de aplicación del Derecho de la competencia.

¹⁷⁰Vid. PADILLA MELÉNDEZ, A.; SERAROLS I TARRÉS, C., "Las características del empresario y el éxito de las empresas puramente digitales", Información Comercial Española, ICE: Revista de economía, vol. 833, 2006., pág. 156.

¹⁷¹CASAS BAAMONDE, M.E.; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., "Representación sindical en el sistema español de relaciones laborales", Revista española de Derecho del Trabajo, vol. 17, 1984, págs. 51-92.

¹⁷²Véase la STS de 31 de enero de 2001 (Rec. 1959/2000), F.D. V.

¹⁷³Véase la STS de 18 de julio de 2014 (Rec. 91/2013), que tomando en consideración las STC 84/1989 de 10 de mayo, 75/1992 de 14 de mayo, 201/1999 de 8 de noviembre, 132/2000 de 16 de mayo, así como las STS de 15 de julio de 1996 (Rec. 3432/1995) y 26 de junio de 2008 (Rec. 18/2007), sostuvo que la opción que se ofrece en el art. 10.1 de la LOLS entre nombrar los Delegados Sindicales a nivel de empresa o de centro de trabajo pertenece al sindicato en cuestión como titular del derecho de libertad sindical

favorece un modelo de representación de los trabajadores más fundamentado en la representación sindical que unitaria, dada la escasa flexibilidad jurisprudencial que ha mostrado la segunda de ellas. Esto puede suponer un incremento de la constitución e implementación de los sindicatos en las relaciones laborales, y, por lo tanto, un aumento del ejercicio del derecho fundamental a la libertad sindical (art. 28.1 de la Constitución Española, en adelante, C.E.). Sin embargo, el marco jurídico debe ser actualizado para adaptar el ejercicio del derecho a la participación de los trabajadores en las empresas dispersas. De hecho, desde un punto de vista sociológico, algunos estudios ya han indicado el reducido margen de representación que ostentan un elevado número de empresas con menos de 6 trabajadores en plantilla, como consecuencia del escaso tratamiento de fenómenos como la descentralización productiva¹⁷⁴.

Y es en este punto donde nace la pretensión de esta contribución, que pretende examinar el ámbito de constitución de las secciones sindicales y la eficacia de la regulación actual en el marco de las empresas dispersas. Partiendo de la hipótesis del surgimiento de nuevas formas de economía en un mercado digitalizado, esta contribución abordará si el actual marco jurídico garantiza la participación de los trabajadores en la empresa, centrándose exclusivamente en la dimensión sindical. Para ello, se efectuará un breve repaso sobre el estado de la cuestión en la jurisprudencia, la problemática que presenta el concepto de centro de trabajo en las empresas dispersas como unidad de adscripción territorial para la constitución de secciones sindicales, y, por último, la formulación de una serie de propuestas de mejora del marco legal para la constitución efectiva de la representación sindical en empresas dispersas.

2. UN BREVE REPASO HISTÓRICO SOBRE EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA

Cómo ya se ha apuntado, la unidad electoral de referencia para la elección de representantes sindicales de los trabajadores se ha mantenido legalmente impasible a lo largo de los años. El contenido de la LOLS, aprobada en 1985, no ha sido modificado en ninguna ocasión, a pesar de haberse producido múltiples reformas laborales¹⁷⁵. Si bien esta circunstancia evidencia la nula voluntad del legislador de ampliar el derecho fundamental a la libertad sindical, la jurisprudencia ha venido a ampliar la interpretación de este derecho fundamental, ofreciendo una necesaria flexibilidad que debería trasladarse al contenido de la norma.

La evolución jurisprudencial sobre cómo debía interpretarse el artículo 10.1 de la LOLS, que es el que constata el centro de trabajo y la empresa como unidad electoral de referencia a efectos de constituir la representación sindical, sufrió distintos giros hasta alcanzar la doctrina,

¹⁷⁴En este sentido, véase ALÓS, R.; BENEYTO, P.J.; JÓDAR, P.; MOLINA, O. y VIDAL, S.: La representación sindical en España. Fundación 1º de Mayo, 2015.

¹⁷⁵Si bien es cierto que algunas de esas reformas han retocado aspectos de la representación unitaria (1994 y 2010), la unidad electoral de referencia para la elección de representantes unitarios y sindicales de los trabajadores no ha sido objeto de modificación. Esta circunstancia ha sido interpretada por la doctrina como un indicio de prueba de la obsolescencia del modelo vigente por la falta de adaptación a la compleja realidad empresarial. Véase, en este sentido, VALDÉS DAL-RE, F.; MOLERO MARAÑÓN, L., "PRESENTACIÓN", en VALDÉS DAL-RE, F. y MOLERO MARAÑÓN, L. (Dirs.), La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2010, págs. 14-15 y SAÉZ LARA, C., "La representación colectiva de los trabajadores en la empresa", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 58, 2005, págs. 315 y ss.

hoy vigente, contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2014 (Rec. 91/2013). En un momento inicial, la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1996 (Rec. 3432/1995) sostuvo que la decisión de constituir la sección sindical tomando como ámbito de referencia electoral la empresa o el centro de trabajo corresponde al sindicato, ya que el artículo 8.1 de la LOLS, al recoger el catálogo de potestades de los afiliados a un sindicato constata dos opciones (empresa o centro de trabajo) cuya elección corresponde a los afiliados. El Tribunal trasladó el razonamiento del artículo 8 de la LOLS a la interpretación del artículo 10.1 de la LOLS, expandiendo los límites de la libertad de organización interna de los sindicatos y permitiendo la autoelección del censo electoral que más le convenga.

No obstante, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1998 (Rec. 2123/1998) modificó la interpretación del artículo 10.1 de la LOLS, sosteniendo que debe existir una necesaria correlación entre la representación unitaria y la representación sindical de los trabajadores. En particular, señaló que la posibilidad de acudir a la empresa o al centro de trabajo no es una decisión que corresponde al sindicato de forma libre, sino que dependerá de cómo se hayan constituido los órganos de representación unitaria de los trabajadores. En términos prácticos, la Sala sostuvo que la unidad de referencia electoral debe ser coincidente entre la representación unitaria y representación sindical, ya que ambas deben mantener una cierta coherencia en los criterios y modos de participación en la empresa.

El último cambio interpretativo del artículo 10.1 de la LOLS fue introducido a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2014 (Rec. 91/2013), que ha sido confirmada en diversas ocasiones¹⁷⁶, y se encuentra en vigor¹⁷⁷. Este pronunciamiento judicial recupera la facultad de que el sindicato pueda seleccionar la unidad electoral de adscripción que considere oportuna, diferenciando la figura de la sección sindical con la del comité de empresa. En este sentido, el Tribunal efectúa un análisis que pone de relieve que la referencia para el Comité de empresa es el centro de trabajo, y sólo en ciertos casos se podrá constituir o un "comité de empresa conjunto", para posibilitar la representación unitaria cuando hay varios centros de trabajo pero de menos de 50 trabajadores (art. 63.2 del TRLET) o un "comité intercentros" para el supuesto contrario: muchos centros de trabajo con Comités a los que les puede interesar coordinarse (art. 63.3 del TRLET). En cambio, la referencia en el caso de las secciones sindicales es la empresa, y en segundo lugar, el centro de trabajo ex artículo 10.2 de la LOLS, matización que la Sala justifica en la aplicación práctica a sensu contrario: la escasa presencia de centros de trabajo de más de 250 trabajadores en el ordenamiento jurídico español supone que la exigencia de esa cifra para poder contar con Delegados Sindicales en relación a cada centro de trabajo equivaldría a dejar vacío de contenido el artículo 10.1 de la LOLS. De esta forma, los sindicatos tienen plena libertad para elegir la unidad electoral de referencia a efectos de constituir la representación sindical de los trabajadores en la empresa.

¹⁷⁶ Véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2018 (Rec. 274/2016), de 25 de enero de 2018 (Rec. 30/2017), de 6 de junio de 2017 (Rec. 216/2016), de 7 de marzo de 2017 (101/2016), de 3 de febrero de 2017 (Rec. 39/2016), 12 de julio de 2016 (Rec. 361/2014), entre muchas otras.

¹⁷⁷ Para un estudio en profundidad, véase MIÑARRO YANINI, M. "La representación sindical se "independiza" de la unitaria: el crédito horario de los delegados sindicales (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4.ª, de 18 de julio de 2014, rec. núm. 91/2013)", Revista de trabajo y Seguridad Social del Centro de Estudios Financieros, núm. 381, 2014, págs. 163-167 y MOLL NOGUERA, R., "Crédito de horas retribuidas de los delegados sindicales: (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2014, RC 91/2013)", Revista de información laboral, núm. 11, 2014, págs. 95-111.

Esta posibilidad ha abierto un nuevo debate: ¿existe la posibilidad de constituir secciones sindicales en empresas o centros de trabajo con una plantilla inferior a 250 trabajadores? El quid de la cuestión radica en la aparente contradicción entre los artículos 8 y 10.1 de la LOLS, que facultan a los afiliados a un sindicato para la constitución de secciones sindicales sin ningún tipo de requisito a nivel de plantilla, pero que a posteriori parece condicionarse a la exigencia de una plantilla mínima. Esta discusión, que presenta algunos problemas prácticos ya resueltos¹⁷⁸, ya fue abordada por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo¹⁷⁹, que, en aras a potenciar el ejercicio del derecho a la libertad sindical, permitió la posibilidad de constituir secciones sindicales en cualquier empresa o centro de trabajo independientemente del número de personas trabajadoras que presenten servicios en la unidad de adscripción electoral correspondiente. De forma resumida, el Tribunal Constitucional ha señalado que el sentido de constatar un número determinado de plantilla tiene su razón de ser en el marco de las facultades previstas en el artículo 10 de la LOLS, pero dicha cifra no supone una limitación del derecho constitucional a la libertad sindical plasmado en el artículo 28.1 de la C.E. y desarrollado legalmente a través de la LOLS. El reconocimiento de la doble dimensión del derecho a la libertad sindical, a saber, la interna como expresión de autoorganización del Sindicato y externa como representantes del sindicato en cuestión, supuso la creación de dos categorías de delegados sindicales: los delegados sindicales ad intra y los delegados ad extra. La principal diferencia entre cada una de estas figuras radica en el haz de facultades legales reconocidas; mientras que los delegados sindicales ad intra actúan como meros representantes o portavoces de los afiliados, sin que tengan reconocidos ninguno de los derechos y garantías del artículo 10.3 de la LOLS, los delegados sindicales ad extra ostentarán la posibilidad de ejercer las facultades reconocidas en el artículo 10.3 de la LOLS. De esta forma, existirán dos tipos de delegados sindicales, los delegados sindicales ad intra (plantillas inferiores a 250 trabajadores, y con las facultades del artículo 10.3 LOLS limitadas) y los delegados sindicales ad extra (plantillas superiores a 250 trabajadores, con las posibilidades de ejercer los derechos previstos en el artículo 10.3 de la LOLS).

3. EL CONCEPTO DE CENTRO DE TRABAJO EN LAS EMPRESAS DISPERSAS COMO UNIDAD DE ADSCRIPCIÓN TERRITORIAL PARA LA CONSTITUCIÓN DE SECCIONES SINDICALES

Así pues, una vez examinada la interpretación del artículo 10 de la LOLS, conviene detenerse en una de las cuestiones principales de esta contribución, que no es otra que comprobar la eficacia del ámbito de constitución de la representación sindical en el marco de las empresas dispersas, y especialmente aquellas que tienen una estrecha conexión con las tecnologías de la información. Dentro de estas conviene efectuar una precisión no menor, relativa a la definición de centro de trabajo, que es el concepto que mayores problemas interpretativos presenta en

¹⁷⁸ Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2001 (Rec. 1672/2000) abordó la problemática relativa a la disminución del número de trabajadores, dictaminando que la reducción de plantilla por debajo de la cifra de 250 trabajadores supone la pérdida del reconocimiento de los derechos previstos en el artículo 10.3 de la LOLS. No obstante, se mantendrá la condición de representante sindical ad intra.

¹⁷⁹ Véanse las sentencias del Tribunal Constitucional núm. 4/1989 de 18 de enero, 75/1992 de 14 de mayo, 201/1999 de 2 de agosto, 132/2000 de 16 de mayo; y las sentencias del tribunal supremo de 12 de diciembre de 1989, 15 de julio de 1996 (Rec. 3432/1995) y 26 de junio de 2008 (Rec. 18/2007).

la aplicación del artículo 10 de la LOLS: ¿son todos los centros de trabajo de las empresas dispersas centros de trabajo a efectos de la aplicación del artículo 10.1 de la LOLS?

Ciertamente, la definición de centro de trabajo se halla formalmente en el artículo 1.5 del TRLET, pero esta caracterización se ha visto sobrepasada por los cambios económicos y productivos que ha sufrido el tejido empresarial español. Tal precepto considera centro de trabajo aquellas unidades productivas con organización específica, sometándose su reconocimiento a que sean dadas de alta ante la autoridad laboral, si bien su exigencia normativa ha sido considerada judicialmente como una condición no constitutiva, pero de una cierta eficacia probatoria¹⁸⁰, y definida doctrinalmente como un elemento formal no constitutivo que funciona a modo de presunción iuris tantum¹⁸¹. De esta manera, nos encontramos ante un concepto que pone el foco exclusivamente en la autonomía desde el punto de vista técnico¹⁸², y que ha sido calificada acertadamente por la doctrina como obsoleta¹⁸³, y poco satisfactoria¹⁸⁴, esencialmente por la falta de adaptación a las estructuras empresariales.

Sin embargo, el mayor problema que presenta el planteamiento del legislador ha sido la falta de concreción de la caracterización de centro de trabajo en las distintas parcelas jurídicas en las que interviene. Parece razonable definir el concepto de trabajo mediante una caracterización no excesivamente detallada, si bien la definición del artículo 1.5 del TRLET es especialmente pobre al no especificar el significado de “organización específica”, a fin de tener un marco de referencia general para su interpretación. Ahora bien, la construcción del ejercicio de derechos individuales y colectivos sobre un punto de referencia normativo como es el centro de trabajo hubiera exigido ir un paso más allá, y concretar o matizar el significado de centro de trabajo en función del alcance o características del derecho en cuestión. Y ello debiera ser así si consideramos la distinta relevancia que el concepto “centro de trabajo” puede desempeñar en los distintos escenarios legales¹⁸⁵.

Contextualizando esta cuestión en el ámbito de las empresas dispersas, y a tenor de una lectura coherente la doctrina jurisprudencial examinada previamente, se plantean dos niveles de discusión claramente diferenciados: aquellas empresas dispersas con centros de trabajo que encajan con la definición legal de centro de trabajo, y aquellas que no ostentan la autonomía suficiente para ser considerados centros de trabajo, entre los que se incluyen microcentros de trabajo y puestos de trabajo dispersos.

¹⁸⁰Vid. LOUSADA AROCHENA, J. F., “El centro de trabajo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 27, 2011, pág. 177 y 178.

¹⁸¹CRUZ VILLALÓN, J., *La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo. Un marco legal insuficiente*, Editorial Trotta, Valladolid, 1992, pág. 32.

¹⁸²*Ibid.*, pág. 33.

¹⁸³Vid. CABEZA PEREIRO, J., *Las elecciones sindicales*, Bomarzo, Albacete, 2009., pág. 23, que atribuye la desactualización del concepto de centro de trabajo al aumento del grado de autonomía del que disponen los trabajadores en la actualidad, la mejora de las cualificaciones y el impacto de nuevos modelos productivos, que son factores que se suman a un proceso de desaparición de la realidad física del centro de trabajo.

¹⁸⁴Vid. CRUZ VILLALÓN, J., *La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo. Un marco legal insuficiente*, op. cit., pág. 35.

¹⁸⁵Así, por ejemplo, el concepto “centro de trabajo” no ostenta la misma importancia en el establecimiento del sistema de horario flexible en cada centro de trabajo ex artículo 36.1 del TRLET, que en el derecho de permanencia en la empresa con destino a otro centro de trabajo en caso de amortización del puesto de trabajo al amparo del artículo 52.c del TRLET.

Aquellos supuestos en los que la caracterización del centro de trabajo de la empresa dispersa encaja con el concepto legal y jurisprudencial de centro de trabajo no presentan problemas de eficacia. La representación sindical podrá constituirse sin ningún tipo de incidencia, gracias a la doctrina jurisprudencial vigente¹⁸⁶, que les permite escoger la unidad de adscripción electoral que escoja el propio sindicato.

Sin embargo, los problemas aparecen cuando los puestos de trabajo de las empresas dispersas no encajan con la definición jurídica de centro de trabajo, y, además, no emplean a un gran número de trabajadores. En estos casos, en los que podemos hablar de trabajadores geográficamente dispersos, la definición actual del centro de trabajo *ex artículo 1.5 del TRLET* se presenta como poco efectiva. El legislador se ha mantenido impasible ante la proliferación de nuevas formas de organización empresariales que en ocasiones incluso eliminan la realidad física del centro de trabajo, planteando problemas de efectividad en el ejercicio del derecho de participación en la empresa. La única opción para constituir la representación sindical de estos trabajadores pasaría por asumir la empresa como unidad de adscripción electoral, vaciando de contenido la opción sindical de escoger cómo instrumentar la constitución de su representación. Tal circunstancia tiene una afectación enorme a la calidad de la representación, y por ende al derecho de participación de los trabajadores en la empresa *ex artículo 129.2 C.E.*, ya que impide que las diferentes necesidades y opiniones de cada lugar en el que los trabajadores presentan servicios puedan ser consideradas. La flexibilidad que ofrece el artículo 10.1 de la LOLS desaparece ante el trabajo en empresas dispersas, dada la falta de previsión del legislador de este tipo de fenómenos, produciéndose una curiosa paradoja: la centralización de la representación sindical en estructuras descentralizadas productivamente.

Así pues, ¿podría el sindicato optar por establecer un sistema de representación basado en unidades de adscripción con significado distinto al establecido legalmente? La discusión se centra, en otras palabras, en la posibilidad de moldear por las partes el concepto legal de “centro de trabajo”. Distintos argumentos apuntan a ofrecer una respuesta afirmativa a esta cuestión. En primer lugar, debe señalarse el encaje legal de esta posibilidad desde el punto de vista del control de legalidad de las elecciones a los órganos de representación de los trabajadores, tal y como ya señaló la doctrina en su momento¹⁸⁷. En efecto, el Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa, no contempla entre las causas previstas para interponer reclamaciones en materia electoral (art. 29) que la defectuosa constitución de la unidad electoral anule el proceso de elección a órganos de representación sindical de los trabajadores.

A este primer argumento debe sumársele un segundo elemento capital, y es la expansiva apertura de la jurisprudencia, que permite admitir esta posibilidad. En particular, una lectura coherente con la doctrina jurisprudencial vigente en el marco de la interpretación del artículo 10 de la LOLS, y que en esencia pretende ofrecer una aproximación más efectiva en el ejercicio

¹⁸⁶ Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2014 (Rec. 91/2013).

¹⁸⁷ Esta cuestión ya fue indicada por ESCUDERO RODRÍGUEZ, RICARDO, *La representatividad de los sindicatos en el modelo laboral español*, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 120, que si bien se refería al Real Decreto 1311/1986, de 13 de julio sobre normas para la celebración de elecciones a los órganos de representación de los trabajadores en la Empresa, sigue plenamente vigente a día de hoy.

del derecho a la participación de los trabajadores en la empresa, supondría que las partes también pudieran disponer del concepto “centro de trabajo”, ya que resulta contradictorio que los trabajadores sindicados puedan elegir entre empresa o centro de trabajo si la constitución del centro de trabajo recae exclusivamente en la libre organización que considere oportuna el empresario. Y así ha sido reconocido por el Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de julio de 2016 (Rec. 161/2015). Este pronunciamiento, que ha pasado ciertamente inadvertido, se encarga de analizar cuál debe de ser el procedimiento adecuado para encauzar una reclamación sobre la circunscripción electoral en el proceso de elección de los representantes sindicales de los trabajadores, pero contiene un razonamiento que abre la puerta a que las partes puedan manipular el concepto “centro de trabajo”. Concretamente, la Sala de lo Social atribuye a los promotores del proceso electoral la potestad de definir la unidad electoral sobre la que se quiere delimitar la representación sindical de los trabajadores, en virtud del artículo 67.1 párrafo segundo del TRLET¹⁸⁸.

De esta manera, sería posible que al inicio del proceso electoral se pactase la unidad de adscripción electoral, que puede ser elegida por los sindicatos entre la empresa o centro de trabajo, y caracterizar las unidades productivas que actuarán como centros de trabajo de forma distinta a la configuración legal del artículo 1.5 del TRLET, pero únicamente a efectos de escoger a la representación sindical de los trabajadores, ex artículo 67.1 párrafo segundo del TRLET. Esta posibilidad adquiere una importancia capital en el caso de las empresas dispersas, ya que permite optimizar la elección de la unidad electoral de la representación sindical, sobre todo si tenemos en cuenta que actualmente nos encontramos en una fase muy temprana de dispersión geográfica del trabajo, y que la tendencia a medio y largo plazo es que la presencia de empresas dispersas aumente, y por lo tanto, la prestación de servicios de trabajadores geográficamente dispersos no adscritos al concepto clásico de centro de trabajo será una dinámica habitual.

No obstante, esta doctrina tiene ciertas limitaciones que son especialmente lesivas para el derecho de los trabajadores a la participación en la empresa. En efecto, es doctrina pacífica del Tribunal Supremo la imposibilidad de agrupar centros de trabajo con menos de seis empleados¹⁸⁹, que pretende evitar que los sindicatos promotores despojen a los trabajadores de los centros que ocupan entre 6 y 10 trabajadores de la facultad de ser ellos los únicos que pueden decidir, por mayoría, si celebran o no elecciones. La aplicación de esta tesis a la cuestión discutida en esta contribución nos lleva a señalar que la potestad de caracterizar el concepto de centro de trabajo como unidad de adscripción electoral sólo permitiría manipular a las partes la calificación de una unidad productiva como centro de trabajo cuando aquella no cumpla con los requisitos previstos en el artículo 1.5 del TRLET, esto es, unidad productiva, organización específica y alta ante la autoridad laboral, ya que el alcance del concepto debe

¹⁸⁸Véase la STS de 14 de julio de 2016 (Rec. 161/2015), F.D. I, que señala: “5. Y es que el centro de trabajo de la empresa precisa de ser identificado a los efectos de llevar a cabo el proceso de elección de los representantes legales y ello supone que los promotores del proceso electoral habrán de definir esa unidad sobre la que se quiere delimitar la representación, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 62 y 63 ET. Así se indica de modo expreso en el art. 67.1 párrafo segundo [...]”.

¹⁸⁹El mayor exponente de esta doctrina es la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2008 (Rec. 177/2007), que, si bien se refería a la imposibilidad de agrupar centros de trabajos regidos por el artículo 62 del Estatuto de los Trabajadores para la elección de delegados de personal y comités de empresa, es totalmente extrapolable al ámbito de la representación sindical. De modo más reciente, véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2011 (Rec. 140/2010) y de 11 de febrero de 2015 (Rec. 2872/2013).

analizarse en relación con la concreta institución a la que se pretende aplicar en virtud de los múltiples pronunciamientos que ha emitido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el concepto “centro de trabajo”¹⁹⁰. Sin embargo, el legislador ha dejado espacio para salvar este obstáculo, mediante la aplicación del artículo 8.1.a de la LOLS. Este artículo establece la posibilidad de que los trabajadores afiliados a un sindicato podrán constituir secciones sindicales en el ámbito de la empresa o centro de trabajo, operando como único límite el contenido de los Estatutos del Sindicato. Ello se instrumenta desde un punto de vista absolutamente voluntario, condicionando al contenido que establezca el propio sindicato, dado que el mencionado precepto incluye la expresión “podrán”. Y es precisamente en la libertad que confiere a los sindicatos donde radica la posibilidad de evadir la imposibilidad de agrupar centros de trabajo con menos de seis empleados, ya que no se constata ninguna legal respecto al número mínimo de trabajadores. De esta manera, se permite que los afiliados que sean considerados trabajadores geográficamente dispersos puedan tener representación, maximizando el ejercicio del derecho de los trabajadores a la participación en la empresa.

4. ALGUNAS PROPUESTAS LEGALES DE MEJORA PARA LA CONSTITUCIÓN EFECTIVA DE LA REPRESENTACIÓN SINDICAL EN EMPRESAS DISPERSAS

La ausencia de un planteamiento amplio y garantista ante estas circunstancias puede derivar en un hecho ciertamente desolador: que los trabajadores de empresas dispersas no puedan ejercer sus derechos de representación colectiva. Si bien se han ofrecido argumentos que permiten afirmar la posibilidad de que adaptar la unidad de adscripción electoral en el marco de las elecciones a la representación sindical, sería conveniente reafirmar esta posibilidad mediante la introducción de algunas modificaciones normativas. Y a tal efecto, esta contribución concreta a continuación tres propuestas acumulables, que se formulan a continuación.

4.1. La necesaria ampliación de las unidades electorales a efectos de constitución de las secciones sindicales del artículo 10 de la LOLS

En primer lugar, sería necesario que el legislador ampliase las unidades de adscripción territorial constatadas en el marco del artículo 10 de la LOLS, incluyendo la expresión “lugares de trabajo”, ofreciendo una solución a medida para las empresas dispersas y evitando así una reforma integral del concepto “centro de trabajo”. La pretensión de esta propuesta de modificación normativa, que se limita única y exclusivamente a las empresas dispersas, es ofrecer un encaje legal a aquellos trabajadores geográficamente dispersos, que no se hallan adscritos a un centro de trabajo en los términos exigidos legalmente y jurisprudencialmente. La exigencia de una organización productiva autónoma para permitir la elección de representantes sindicales es una premisa que no tiene sentido en el tejido empresarial actual, en el que la realidad física del centro de trabajo está desapareciendo¹⁹¹, como consecuencia de

¹⁹⁰ Sirvan como ejemplo la STJUE de 30 de abril de 2015, USDAW y Wilson, C-80/14, ECLI:EU:C:2015:291 y la STJUE de 13 de mayo de 2015, Rabal Cañas, C-392/13, ECLI:EU:C:2015:318, que se encargan de precisar la caracterización del centro de trabajo en el marco de los despidos colectivos; o la STJUE de 10 de septiembre de 2015, Federación de Servicios Privados del sindicato CC.OO, C-266/14, ECLI: EU:C:2015:578, que delimita la caracterización de centro de trabajo a los efectos de tiempo de trabajo.

¹⁹¹ Vid. CABEZA PEREIRO, J., Las elecciones sindicales, cit., pág. 23.

la digitalización empresarial. Este fenómeno da paso a una deslocalización de los trabajadores que impide el ejercicio del derecho a la participación colectiva en la empresa.

A diferencia del concepto “centro de trabajo”, la expresión “lugar de trabajo” presenta menos condicionantes con relación a cómo desarrolla el empresario la actividad económica. En efecto, la importancia recae en la propia prestación de servicios, garantizando así una conexión más cercana con la génesis del derecho de los trabajadores a la participación en la empresa, que les corresponde por ser trabajadores y no por prestar servicios en una determinada unidad productiva, cuya organización y estructura dependerá exclusivamente del empresario. A sensu contrario, mantener la perspectiva actual, que limita las unidades de adscripción electoral a la empresa o centro de trabajo, condiciona el ejercicio del derecho a la participación en la empresa de los trabajadores a la organización que adopte el propio empresario, y supone que este pueda obstaculizar unilateralmente, ya sea de forma voluntaria o involuntaria, el derecho mencionado.

Todo ello pone de manifiesto una discordancia entre la realidad y la regulación de esta cuestión, y a fin de garantizar un desarrollo efectivo en la diversidad de empresas dispersas, sería recomendable que se optase por una redacción amplia en el marco del artículo 10.1 de la LOLS, con el contenido siguiente: *“En las empresas, centros de trabajo, o cualquier agrupación de lugares de trabajo en el caso de empresas dispersas, que ocupen a más de 250 trabajadores”*. De esta manera, se consigue garantizar que exista representación sindical en aquellas empresas en las que los trabajadores prestan servicios de forma geográficamente dispersa, sin que puedan considerarse centros de trabajo conforme al artículo 1.5 del TRLET.

4.2 La modificación del concepto legal de centro de trabajo y la actualización de la regulación del comité de empresa conjunto

Otra propuesta para garantizar la presencia de representación sindical en las empresas dispersas pasa por reformar el contenido de la definición legal de centro de trabajo, prevista en el artículo 1.5 TRLET. Cómo ya se ha apuntado anteriormente, la regulación actual del concepto de centro de trabajo es poco efectiva en el marco de las empresas dispersas, debido a la progresiva desaparición de la realidad física de las empresas.

Esta propuesta parece la más idónea en términos de eficiencia, ya que, a diferencia de la anterior, no implicaría introducir nuevos conceptos en el marco de la LOLS, sino mantener el redactado de su artículo 10 y proceder a la actualización del artículo 1.5 del TRLET. En este sentido, las opciones para reformar el concepto de centro de trabajo son diversas, y van desde una modificación integral que mantenga la misma caracterización para los distintos ámbitos en los que se toma en consideración el concepto “centro de trabajo”, que es el planteamiento vigente, o bien la creación de nuevas acepciones en determinadas áreas que minimicen el impacto que supondría actualizar esta institución. Así, la propuesta por la que nos inclinamos en esta contribución es la segunda de las opciones manifestadas, ya que supondría introducir una modificación que sólo afectaría en el ámbito de la adscripción electoral de la representación sindical, circunstancia esta que facilitaría enormemente su implementación.

Concretamente, sería recomendable que, a efectos de considerar la existencia de uno o varios centros de trabajo como unidades de adscripción electoral en las empresas dispersas, se constataste en el marco del artículo 1.5 del TRLET una definición explícita y diferenciada del concepto “centro de trabajo”, que omitiese cualquier referencia a la existencia de una organización específica y al requisito de dar de alta ante la autoridad laboral. La razón de su supresión radica en que ambas condiciones dependen ciertamente de la voluntad del empresario, que es el responsable de organizar los medios de producción y el obligado legal a la comunicación de la apertura de los centros de trabajo.

Y llegados a este punto, ¿qué elementos debería integrar su definición como unidad de adscripción electoral? Esencialmente, debería incluir la referencia al conjunto de puestos de trabajo que se integran en el desarrollo de la actividad económica de una empresa. Además, sería recomendable añadir una mención expresa a la consideración como centros de trabajo de aquellos puestos de trabajo geográficamente deslocalizados, a fin de que los trabajadores puedan seguir manteniendo el derecho de participación en la empresa. En este sentido, hay distintos ejemplos en nuestro ordenamiento jurídico, que, aplicados a las empresas dispersas, ofrecerían un ejercicio más efectivo del derecho de los trabajadores a la participación en la empresa. Así, por ejemplo, el artículo 2.a del Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales (en adelante, RD 171/2004), define centro de trabajo como *cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo*. Pero este no ha sido el único caso que se ha apartado de la caracterización prevista en el artículo 1.5 del TRLET. La disposición adicional tercera del Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa (en adelante, RD 1844/1994) se ha encargado de exigir la agrupación de los establecimientos dependientes u organismos que radiquen en una misma provincia como un único centro de trabajo, requiriendo para ello que se encuentren incluidos en el ámbito de aplicación de un mismo Convenio Colectivo. Como puede observarse, el legislador ha previsto otras formas de definir el significado de centro de trabajo, que, aplicadas a efectos de determinar la unidad de adscripción electoral en el marco de las elecciones a representantes sindicales, serían más eficaces que la prevista en el mencionado artículo 1.5 del TRLET.

Así, con la eliminación del requisito de organización específica y tramitación del alta ante la autoridad laboral, y la reformulación del concepto de centro de trabajo hacia una definición en la que el empresario no puede intervenir en su conceptualización, introduciendo por ejemplo la posibilidad de considerar centro de trabajo aquellos puestos o lugares de trabajo a los que trabajador deba acceder o permanecer para prestar sus servicios y/o que aquellos se encuentren incluidos en el ámbito de aplicación de un mismo Convenio Colectivo, permitiría ofrecer un concepto de centro de trabajo mucho más actualizado y adaptado a su finalidad.

Sin embargo, esta segunda propuesta también debería incluir la integración de una figura existente en la representación unitaria de los trabajadores, a fin de reforzar la constitución de la representación sindical en las empresas dispersas, pero introduciendo algunas

modificaciones en su régimen jurídico. Nos estamos refiriendo al comité conjunto, previsto en el artículo 63.2 del TRLET como un instrumento de representación de trabajadores, que actúa como una extensión preceptiva¹⁹², para aquellos centros de trabajo cuyos censos no alcancen los cincuenta trabajadores, pero que en su conjunto lo sumen en un determinado ámbito territorial¹⁹³. Esta institución parece especialmente indicada para las empresas dispersas, toda vez que favorece que una pluralidad de pequeños centros de trabajo pueda constituir un órgano de representación sindical, pero su previsión sólo ha sido legalmente constatada para la representación unitaria. Si bien es cierto que la constitución de la representación sindical no está sometida a las mismas reglas que las relativas a la creación de la representación unitaria, gracias a la distinción jurisprudencial de los representantes sindicales ad extra/ad intra, sería conveniente trasladar, con algunas modificaciones, la figura del comité conjunto a la representación sindical en las empresas dispersas. Las razones que así lo justifican se fundamentan en la reducción de facultades de los representantes sindicales que no alcanzan el umbral mínimo establecido en el artículo 10.1 de la LOLS, y la necesidad de representación en estos casos, en los que nos encontramos mayoritariamente ante puestos de trabajo dispersos.

En particular, sería recomendable el reconocimiento legal de las secciones sindicales conjuntas, que permitiera la suma de centros de trabajo con una plantilla inferior a 250 trabajadores, incluyendo aquellos centros de trabajo con menos de 6 trabajadores, que se suma a otras propuestas que se han realizado por la doctrina científica¹⁹⁴. Es cierto que esta posibilidad ya puede llevarse a cabo gracias al poder de autoorganización del propio sindicato ex artículo 8 de la LOLS¹⁹⁵, pero esta opción no supone el reconocimiento de los derechos previstos en el artículo 8.2 de la LOLS, salvo que el convenio colectivo de aplicación así lo constata. Tal circunstancia podría ser aceptable en el supuesto de empresas no dispersas, pero no en el caso de aquellos empleadores con microcentros de trabajo dispersos, ya que a la desconexión propia como consecuencia de la distancia entre puestos de trabajo se le suma el factor de la reducida plantilla por cada unidad de producción. Y ante este escenario, sería conveniente garantizar que estos trabajadores puedan constituir la representación sindical con el máximo de las garantías y derechos previstos normativamente, especialmente si tenemos en cuenta las circunstancias en las que se lleva a cabo la actividad económica en este tipo de empresas.

¹⁹²Véase la STS de 20 de febrero de 2008 (Rec. 77/2007), entre otras. Para un examen en profundidad de las implicaciones que tuvo esta sentencia, véase CABEZA PEREIRO, J.: Al paso de la jurisprudencia del TS relativa a las unidades electorales después de la S de 20 febrero 2008. Relaciones Laborales, núm. 23-24, 2008.

¹⁹³El artículo 63.2 del TRLET delimita el ámbito de aplicación a que la empresa tenga dos o más centros de trabajo inferiores a cincuenta trabajadores en la misma provincia, o en municipios limítrofes.

¹⁹⁴Así, por ejemplo, véase YSAS MOLINERO, H., "Reflexiones sobre el comité conjunto o cómo reestructurar los órganos unitarios para mejorar la cobertura representativa en las empresas" en V.V.A.A, Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial, ediciones cinca, Madrid, 2018, (formato electrónico); NIETO ROJAS, P., La representación de los trabajadores en la empresa, Lex Nova. Cizur Menor, 2015, págs. 189-201, entre otros.

¹⁹⁵Vid. MERINO SEGOVIA, A., "La acción sindical en la empresa. Nuevas orientaciones en la doctrina judicial a propósito del crédito horario del delegado sindical", Revista de Derecho Social, 70, 2015, págs. 181-182. Para un estudio en profundidad de esta figura, véase RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., "El reconocimiento legal de los delegados sindicales y las representaciones sindicales al margen de la ley", Relaciones laborales, nº 14, 1989; AHUMADA VILLALBA, B., "Secciones sindicales intercentros y delegados sindicales", Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 43, 1990, págs. 535-540; SAEZ LARA, C., Representación y acción sindical en la empresa, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992, págs. 168-170; VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., Antisindicalidad y relaciones de trabajo (Un estudio de la conducta antisindical en la empresa), Civitas, Madrid, 1994, págs. 245-246.

4.3. El fomento de la intervención de la negociación colectiva

Por último, es necesario destacar el importantísimo papel que debe desempeñar la negociación colectiva potenciando la representación sindical en las empresas dispersas. La flexibilidad exigida para adaptar la forma en la que se constituye esta vía de representación de los trabajadores en el marco de los distintos sectores económicos sitúa a la negociación colectiva como un agente idóneo para su potenciación. De hecho, el legislador es consciente de su potencial, e instrumentó un marco jurídico, previsto en la LOLS, con multitud de espacios en los que puede intervenir la negociación colectiva. Así, por ejemplo, los artículos 8.2, 10.2 y 10.3 de la LOLS permiten que los convenios colectivos amplíen el número de delegados sindicales que corresponde en función de una determinada plantilla y/o establezcan nuevos derechos tanto para la representación unitaria como sindical. Ante este escenario, convendría fomentar la creación de disposiciones convencionales específicas que potencien la constitución de la representación sindical, a través de la mejora habilitada a tal efecto por la LOLS, para esta nueva realidad empresarial en la que la dispersión de los puestos de trabajo es la tónica habitual. En términos prácticos, ello comprendería intervenciones ya reconocidas por la jurisprudencia, como por ejemplo rebajar de 250 a 150 el número exigido de trabajadores a efectos de determinar el número de delegados sindicales¹⁹⁶.

Es cierto que el fomento y mejora de esta vía de representación en la empresa exige la afiliación a un sindicato, que es el pilar esencial en el que se sustenta *ex artículo 8.1 de la LOLS*, pero este es precisamente un fenómeno que generaría una necesaria consecuencia positiva en el ordenamiento jurídico español: el crecimiento de la acción sindical. En efecto, la acción sindical está sufriendo una crisis de gran entidad ante una realidad empresarial que apuesta por la descentralización, en la que impera la desconexión entre trabajadores/as por hallarse en centros de trabajo geográficamente distantes. Tal circunstancia dificulta la posibilidad de constituir la representación sindical de los trabajadores. Y aunque pueda parecer una paradoja, el establecimiento de nuevas formas de organización empresarial basadas en la economía colaborativa puede devolver la importancia que han ido perdiendo los sindicatos a lo largo de los últimos años, ya que se presenta como una vía flexible y efectiva para la representación efectiva de los trabajadores.

¹⁹⁶Véase la STS de 17 de junio de 2014 (Rec. 157/2013), que sostiene que “[...] en la expresión legal "ampliar el número de delegados" se puede considerar comprendida la situación fáctica del caso de autos: al rebajar de 250 a 150 el número mínimo exigido, se permite tener un delegado donde antes se tendría cero”.

LA DOCTRINA DEL JOINT EMPLOYER EN LA NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA COMO APROXIMACIÓN PRELIMINARA LA POSICIÓN EMPLEADORA PLURAL

Oriol Cremades Chueca

ESADE, Spain

Resumen:

La idea de la posición empleadora plural ha venido tomando creciente importancia en el Derecho del Trabajo a partir de la desvertebración jurídica de la empresa fordista junto con el crecimiento de la fragmentación empresarial (redes de empresas y grupos de empresas). A partir de este marco, el objeto de la presente comunicación es el análisis jurídico de las recientes modificaciones del estándar del *jointemployer* de la *National Labor Relations Board* de los Estados Unidos de América (*NLRB*). El objetivo de ello es aproximarse a la noción de la posición empleadora plural y extraer lecciones jurídicas para su determinación y eventual legislación en España.

Palabras clave: redes de empresas, grupos de empresas, empleador, doctrina del *jointemployer*, *National Labor Relations Board* de los Estados Unidos de América (*NLRB*).

Abstract:

The idea of plural employer position has been taking an increasing importance in labour law since the legal dismemberment of the fordist firm along with the growth of enterprise's fragmentation (enterprises' networks and group of companies). Taking into consideration this framework, the aim of this paper is the legal analysis of the recent joint-employer standard's changes in the United States of America's National Labor Relations Board (NLRB). The objective is to approach the notion of the plural employer position and to extract legal lessons for its determination and eventual legislation in Spain.

Key words: enterprises' networks, groups of companies, employer, joint employer doctrine, United States of America's National Labor Relations Board (NLRB).

ÍNDICE

1. La problemática de la fragmentación empresarial y la posición empleadora plural en los ordenamientos laborales
2. El estándar del *joint employer* de la *National Labor Relations Board* de los estados unidos de américa (2015-2018): intereses y giros
3. A modo de conclusión: algunas lecciones jurídicas a partir del estándar del *joint employer* de la *National Labor Relations Board* de los Estados Unidos de América

1. LA PROBLEMÁTICA DE LA FRAGMENTACIÓN EMPRESARIAL Y LA POSICIÓN EMPLEADORA PLURAL EN LOS ORDENAMIENTOS LABORALES

La idea de la posición empleadora plural, entendida aquí como que en una única relación laboral dos o más sujetos jurídicamente independientes sean considerados empleadores¹⁹⁷, coge una importancia creciente en el Derecho del Trabajo a partir de la desvertebración jurídica de la empresa fordista (Piore y Sabel, 1990) y el exponencial crecimiento de la descentralización productiva.

La descentralización productiva, definida como «cualquier fenómeno u operación de traslación de una parte del proceso productivo o de distribución, en cualquiera de sus partes, de un empresario a otro a través de un contrato de colaboración o mediante la utilización de otra fórmula jurídica que sirva para alcanzar este resultado» (Alcalá, 2003, p. 61), en realidad esconde el fenómeno de la fragmentación empresarial que se bifurca en dos principales técnicas.

Una primera técnica es la red de empresas, donde se generan relaciones de colaboración más o menos intensas y con cierta estabilidad, sobre todo mediante vínculos contractuales (ej. contrato de franquicia), entre distintas empresas (Ruiz, 2012, p. 87). Por ello, la red de empresas es un concepto que debe ser enmarcado en la colaboración interempresarial y comprendida como una fragmentación empresarial tanto jurídica como económica.

La segunda técnica, en cambio es el grupo de empresas. En este caso la empresa pasa a estructurarse en forma de grupo, es decir, una única empresa se articula mediante distintas personas jurídicamente independientes que funcionan bajo una dirección unitaria (Embid, 1987, p. 153). Ello es posible en la medida que la empresa, como agente económico que agrupa bienes materiales e inmateriales, no tiene porqué configurarse mediante un solo sujeto jurídico (Robé, 2011, pp. 3-9). Consecuentemente, los grupos de empresas deben de ser conceptualizados como una colaboración intraempresarial y una fragmentación empresarial jurídica y no económica.

Estos lazos de colaboración empresarial fácilmente generan que el trabajador pueda ver condicionada su relación laboral por parte de sujetos jurídicos que formalmente no les es

¹⁹⁷ La eventual superación de la bilateralidad subjetiva (un trabajador - un empleador) en la relación laboral, así como la existencia de un empleador configurado pluralmente ha sido apuntada, entre otros, por Cruz Villalón, 1999, p. 56; Fernández, 2004 y Sanguinetti, 2018.

reconocida a priori la condición de empleador, pudiéndose desproteger los derechos individuales y colectivos de los trabajadores (por todos, Monereo, 2011 y Weil, 2014, p. 8).

Ante estas situaciones, el Derecho del Trabajo Español ha encontrado dos formas típicas de proceder para dotar de protección al trabajador:

La aceptación de que los condicionamientos de un tercero externo a la relación laboral pueden ser válidos pero activándose, generalmente, mecanismos protectores legales ad hoc (la contrata - artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores), a no ser que se esté ante una mera interposición empresarial entre el trabajador y el empleador real (cesión ilegal de trabajadores - artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores).

La aplicación de una doctrina laboral de construcción jurisprudencial a partir de la técnica levantamiento del velo en los grupos de empresas (De los Cobos, 1998) para generar responsabilidad solidaria entre distintos sujetos jurídicos o conseguir a la nulidad de una decisión empresarial¹⁹⁸.

A nuestro parecer, a pesar de que estos instrumentos jurídicos han tenido y continúan teniendo una vital función protectora de los derechos de los trabajadores, cada vez más puede ponerse en duda si su configuración es suficientemente protectora¹⁹⁹ así como que funcionan como meros remedios de protección ex post (función preventiva secundaria -Calabresi, 1984, pp. 44-45) cuando el daño jurídico se ha generado eventualmente.

Por ello, pensamos que es importante buscar nuevas fórmulas²⁰⁰ *ex ante* de protección (función preventiva primaria-Calabresi, op. cit.) ante la fragmentación empresarial porque los mecanismos *ex post* pueden ser muy costosos para que lleguen a ser realmente efectivos (por ejemplo, costes de asistencia legal, institucionales y temporales). Por otro lado, algunas situaciones podrían haber encontrado cauce legal protector si existiesen normas que incentivasen o generasen una protección *ex ante* y, seguramente, permitiéndolo a un menor coste social global (costes terciarios - Calabresi, op. cit.).

En este sentido, la posibilidad de un reconocimiento *ex ante* de la posición empleadora plural es una solución jurídica que consideramos que debe ser explorada en el ordenamiento jurídico español. Pero para ello, es fundamental establecer límites entre cuándo se entiende que existe posición empleadora plural y cuando no y, en concreto, en qué medida los condicionamientos de un sujeto jurídico externo a una relación laboral deben conllevar su existencia.

¹⁹⁸ Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social - Pleno) de 20 de junio de 2018 (Rec. Cas.168/2017) - caso FoisaMediterráneo -.

¹⁹⁹ No han faltado voces en el iuslaboralismo español sobre la necesidad de modificación legislativa profunda de la contrata (recientemente, Falguera, 2015, pp. 99-111 y Gárate, 2018) y los grupos de empresas (destacándose, Monereo y Navarrete, 2002). Por otro lado, a la finalización de la redacción de este trabajo, en el Congreso de los Diputados existe la proposición de Ley de modificación del artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados (122/000015).

²⁰⁰ Sobre búsqueda de nuevas fórmulas que permitan un mejor engarce entre objetivos y medios en el Derecho del Trabajo, vid. Davidov, 2016, pp. 2-3 y 230-250.

A pesar de que parte de los Estados han venido regulando indirectamente la posición empleadora plural, de forma más o menos clara, a través de la actuación judicial o administrativa mediante subdoctrinas, a modo de tests o estándares, de la técnica del levantamiento del velo como fórmula de genuinamente *ex post* (que puede acabar teniendo un impacto disuasorio *ex ante* para los agentes económicos), estos igualmente exploran cuestiones que deberían de tenerse en cuenta si la posición empleadora plural llega a ser también un instrumento jurídico de protección *ex ante* y no solo *ex post*.

Entre las experiencias en Derecho Comparado, puede ser destacada el estándar del *jointemployer* de la National Labor Relations Board de los Estados Unidos de América (en adelante, NLRB). Su estándar ha sufrido importantes cambios recientemente y ello es un ejemplo muy ilustrativo de la complejidad jurídica para determinar la posición empleadora plural y los intereses político-económicos que rodean esta materia.

2. EL ESTÁNDAR DEL JOINT EMPLOYER DE LA NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (2015-2018): INTERESES Y GIROS

2.1 La doctrina del jointemployment en los Estados Unidos de América: función y distinción con otras doctrinas

En los Estados Unidos de América la doctrina del *jointemployer* es aplicada cuando varios sujetos jurídicamente independientes actúan conjunta y coordinadamente en el mercado (redes de empresas) y sus interacciones económicas tienen tanta incidencia en la relaciones laborales, al compartir o codeterminar aspectos esenciales de la condiciones de trabajo, que integran conjuntamente la posición empleadora en el contrato de trabajo²⁰¹.

Esta integración es utilizada posteriormente para imponer eventualmente²⁰² obligaciones legales previstas en distintas leyes al empleador²⁰³ y con ello obtener una mejor protección de los derechos de los trabajadores al ampliarse los sujetos de la posición empleadora.

De este modo, la determinación de la posición empleadora plural en el *jointemployer* es utilizada más bien como un mecanismo instrumental de protección para dotar de eficacia a ciertos derechos laborales de concretas leyes²⁰⁴. Consecuentemente, no existe una doctrina totalmente unificada del *jointemployer* sino que las agencias o departamentos encargadas de velar por el cumplimiento de normas laborales (por ejemplo, el U.S. Department of Labor en el caso de la Fair Labor Standards Act of 1938 o la NLRB para la National Labor Relations Act - en adelante, NLRA) y los tribunales de justicia aplican estándares jurídicos diferenciados del *jointemployment* según la norma de que se trate.

²⁰¹Entre otros, NLRB v. Checker Cab Co., 367 F.2d 692, 698 (6th Cir. 1966); NLRB v. Browning-Feris Ind., 691 F.2d 1117 (3th Cir, 1982) y Boire v. Greyhound Corp., 376 U.S. 473 (1964). Ver los siguientes apartados para más detalle sobre la doctrina reciente del *jointemployer* en la NLRB.

²⁰²La interacción entre la determinación de la existencia del *jointemployer* y la eventual responsabilidad jurídica-laboral no es siempre automática. Sobre ello, vid., extensamente, Galiatsos, 2015, pp. 2101-2108.

²⁰³Por ejemplo, la Fair Labor Standards Act of 1938 (Title 29 U.S. Code, chapter 8); la Occupational Safety and Health Act (Title 29 U.S. Code, chapter 15) y la National Labor Relations Act (Title 29 U.S. Code, chapter 7, subchapter II).

²⁰⁴Vid. Falk v. Brennan, 414 U.S. 190 (1973) y Lopez v. Silverman, 14 F. Supp. 2d 405 (SDNY 1998).

Por todo ello, se puede hablar de múltiples estándares del jointemployer que tienen un núcleo común formado por dos elementos. El primero es el funcional: la función de todos los estándares del jointemployer es permitir determinar la eventual existencia de una posición empleadora plural en el contrato de trabajo cuando varios sujetos jurídicos comparten o codeterminan los aspectos esenciales de las condiciones de trabajo (Carvell&Sherwyn, 2015, pp. 12-13). El segundo elemento común es aquel que podemos llamar objetivo-económico: el contexto económico subyacente para la aplicación de la doctrina del jointemployer son las redes de empresas y no los grupos de empresas.

En el caso de los grupos de empresas la determinación de la existencia de una posición empleadora plural se consigue mediante la aplicación de una doctrina distinta a la del jointemployer²⁰⁵: la doctrina del single employer.

En concreto, la doctrina del *single employer* es aplicada cuando entidades jurídicas diferenciadas son parte de una única empresa integrada por varios sujetos y, por tanto, actúan en el mercado de forma no competitiva (falta de *arm's length relationship*)²⁰⁶, extrayéndose de ello que eventualmente conforman una pluralidad empleadora para la aplicación de una concreta norma laboral²⁰⁷. Los indicios que se han venido utilizando para identificar esta segunda situación son la integración funcional de las operaciones económicas; el control centralizado de las relaciones laborales y una dirección y propiedad comuna²⁰⁸.

Finalmente, brevemente, debe ser apuntado que estas dos doctrinas (*jointemployer* y *single employer*) son distintas ala del *alter ego*²⁰⁹, siendo esta última similar a la del empresario oculto u aparente *cum contemplatione domini* en ordenamientos jurídicos europeos (subdoctrinas de la doctrina del levantamiento del velo)²¹⁰.

2.2. El caso *Browning-Ferris Industries* o el estándar del jointemployer global en la *National Labor Relations Board* (agosto 2015)

La NLRB, agencia federal independiente encargada de controlar y dotar de efectividad derechos vinculados a la libertad sindical y la negociación colectiva y evitar prácticas ilícitas o discriminatorias vinculadas a éstos (tanto de los empleadores como de los sindicatos), es dirigida por una junta (la Junta de la NLRB – en adelante, la Junta) compuesta por cinco miembros (uno de los cuales es su presidente) designados por el presidente de los Estados Unidos de América, previa aprobación del Senado de los Estados Unidos de América y cuyo mandato dura cinco años (artículo 153 (a); 157-158 y 160-162 del U.S. Code).

²⁰⁵ NLRB v. Browning-Ferris Indus, Inc., 619 F.2d 1117 (3rd Cir. 1982) pone en evidencia la distinción entre el single y el jointemployer.

²⁰⁶ Entre otros, vid. South Prairie Constr. V. Local no. 627, Int. Union Operating Enginners v. NLRB, 518 F. 2d 1040 (D.C. Cir. 1975) y NLRB v. Don Burgess Contr., 596 F.2d 378 (9th Cir. 1979).

²⁰⁷ Cook v. Arrowsmith Shelburne, Inc. 69 F.3d 1235 (2ndCir. 1995).

²⁰⁸ Por todos, Radio Union v. Broadcast Serv. 380 U.S. 255 (1965).

²⁰⁹ Vid., porejemplo, NLRB v. Burns International Security Services, 406, U.S. 272 (1972) y NLRB v. Allcoast Transfer, Inc., 780 F.2d 576 (6th Cir. 1986) y Blumberg, 1987, pp. 118-122.

²¹⁰ Sobre estas subdoctrinas, entre otros, Bigiavi, 1954, p. 20 y Martínez Girón, 1992, p. 39 y 54.

Asimismo, conforme el artículo 153 (d) del U.S. Code, un secretario general de la agencia, elegido también por el mismo método y por mandato de cuatro años, es responsable de la coordinación de la investigación de las prácticas ilícitas, así como de la supervisión general del personal de agencia federal, la cual tiene sedes regionales en el territorio estadounidense.

En fecha 27 de agosto de 2015, bajo el mandato del presidente Obama, la Junta emitió una resolución en la que revisaba una resolución previa emitida por un director regional de la NLRB en la que se había rechazado que Leadpoint Business Services (en adelante, Leadpoint) y Browning-Ferris Industries of California - Newby Island Recyclery (en adelante, BFI) fuesen *jointemployer* de 240 trabajadores que el sindicato International Brotherhood of Teamsters (en adelante, el sindicato) había querido representar²¹¹.

En concreto, en esta resolución, conocida como la del caso Browning-Ferris, la Junta examinó si el estándar de *jointemployer* que había seguido hasta entonces debía ser modificado para dar efectividad a los objetivos de la NLRA.

Adelantamos ya ahora que la Junta, por una mayoría de tres a dos, decidió reinstaurar el estándar del *jointemployer* de la NLRB: para la mayoría (el presidente Pearce y los miembros Hirozawa y McFerran) la resolución reinstauró el estándar del *jointemployer* que había ido difuminándose y confundiéndose a partir de la década de 1980. En cambio, para la minoría discrepante (miembros Miscimarra y Johnson), se había modificado el estándar del *jointemployer* de la NLRB, extralimitándose la Junta en sus funciones, realizando interpretaciones jurídicas erróneas así como generando una grave incerteza jurídica y potencial masivo daño a la economía estadounidense.

Pero vayamos al origen de la controversia jurídica. La resolución del caso Browning-Ferris provenía de la decisión emitida por el director regional, la cual daba respuesta a una impugnación del sindicato de los resultados de unas elecciones de los representantes de los trabajadores que tuvieron lugar el 25 de abril de 2014.

El sindicato entendía que un conjunto de trabajadores adscritos formalmente a Leadpoint en realidad tenían como empleadores conjuntos a Leadpoint y BFI, por aplicación del estándar del *jointemployer* de la NLRB. De no ser así, el sindicato entendía que se estarían menoscabando los derechos de representación de los trabajadores puesto que se fragmentaban y segmentaban artificialmente las unidades de representación sindical y las condiciones de los trabajadores cuando conjuntamente BFI y Leadpoint ejercían las funciones empleadoras para dichos trabajadores.

El director regional, como resultado de su investigación, plasmó en su resolución que si bien era cierto que BFI subcontractaba a Leadpoint algunos de los servicios que se realizaban en la planta de reciclaje propiedad de BFI, no se podía concluir que ésta última compartiera o

²¹¹Browning-Ferris Industries of California, Inc., d/b/a BFI Newby Island Recyclery, and FPR-II, LLC, d/b/a Leadpoint Business Services, and Sanitary Truck Drivers and Helpers Local 350, International Brotherhood of Teamsters, Petitioner. - Case 32-RC-109684 - Decision and order of August 27, 2015 – 362 NLRB No. 186 (2015).

codeterminara con Leadpoint los aspectos esenciales y las condiciones de trabajo de dicho conjunto de trabajadores aplicando el estándar del *jointemployer* de la NLRB.

Si bien existía una cláusula en el contrato de servicios entre BFI y Leadpoint que impedía que este último pagase un salario superior a sus trabajadores al que BFI pagaba a sus trabajadores por tareas similares, ello no conllevaba un control de BFI sobre los salarios puesto que dicha cláusula no impedía que Leadpoint disminuyese los salarios o que ofreciese beneficios sociales adicionales. Además, la mayor parte de los trabajadores de Leadpoint de la planta de reciclaje no se encontraban afectados por dicha cláusula ya que muchos trabajadores de Leadpoint no tenía trabajadores funcionalmente equivalentes en BFI.

Se concluyó también que no se evidenciaba que BFI participara directamente en los procesos de contratación de Leadpoint ni tampoco que ejerciera poder disciplinar sobre sus trabajadores e influenciara realmente en la finalización de sus contratos. Y es que a pesar de haberse obtenido pruebas de que un empleado de BFI había pedido que finalizasen varios contratos de algunos trabajadores de Leadpoint por supuestas malas conductas, BFI no ordenó o forzó a Leadpoint para que se llevasen a cabo extinciones o despidos contractuales. Por ello se determinó que no podía extraerse que BFI tuviese autoridad o derecho de despedir a los trabajadores de Leadpoint.

Continuó el informe del director regional argumentado que BFI no controlaba o codeterminaba diariamente las tareas de los trabajadores de Leadpoint atendiendo a que quien venía supervisando los trabajadores de Leadpoint eran sus propios jefes de sección, los cuales recibían y gestionaban discrecionalmente eventuales quejas que trasmitía personal de BFI.

Tampoco se concluyó que existiera *jointemployer* por el hecho de que BFI instruyera inicialmente a los trabajadores de Leadpoint ni tampoco porque BFI determinase cuándo la planta de reciclaje estaba abierta y los turnos de trabajo. Ello se consideró así en la medida que Leadpoint es quién ejercía el control de la jornada de sus trabajadores, quién determinaba si era necesario realizar o no horas extraordinarias y gestionaba totalmente aspectos como las vacaciones y las bajas por enfermedad.

Finalmente, el control de BFI sobre el nivel de rapidez del flujo de los procesos de reciclaje de los empleados de Leadpoint no había conllevado que BFI marcara directrices sobre cómo debían distribuirse funcionalmente los trabajadores de la otra empresa, no permitiéndose generar un control suficientemente directo e inmediato que permitiese entender que se estaba ante un contexto de *jointemployer*.

El sindicato impugnó la resolución del director regional ante la Junta solicitando que se revertiera al haberse omitido pruebas y haberse alcanzado la conclusión errónea de inexistencia de *jointemployer* por una aplicación incorrecta de la doctrina seguida por la NLRB. Asimismo, adicionalmente, se solicitó que la Junta reconsiderase su estándar del *jointemployer* y que determinase sus elementos configuradores.

El secretario general de la NLRB formuló conclusiones previas recomendando a la Junta que urgentemente abandonara el estándar existente de *jointemployer* puesto que menoscababa el derecho de la negociación colectiva al requerirse para ser considerado *jointemployer* evidencias de control directo, inmediato y substancial y no limitado y rutinario y se examinaban las prácticas empresariales y no las cláusulas contractuales pactadas entre empresarios.

En el proceso de consultas abierto, múltiples asociaciones, grupos de académicos y agencias federales, actuando como *amici* del sindicato, defendieron que era necesario entender que se estaba ante un contexto de *jointemployer* cuando la influencia externa de las condiciones de trabajo de los trabajadores es incluso indirecta o generada vía derechos contractuales de naturaleza mercantil, debiéndose tener en cuenta, asimismo, los cambios acontecidos durante las últimas décadas en mercado de trabajo y, específicamente, por el crecimiento exponencial de múltiples fórmulas de descentralización productiva.

Por otro lado, los *amici* de BFI y Leadpoint, entre los cuales se encontraba la International Franchise Association, entendían que el estándar del *jointemployer* de la NLRB había venido dotando de previsibilidad y estabilidad a los agentes económicos, su eventual modificación expansiva generaría incerteza jurídica y económica y que ello además no encontraba fundamento jurídico en el *common law*.

Ante la tesitura planteada, la Junta realizó un análisis de sus resoluciones sobre el estándar del *jointemployer* y determinó que su núcleo se remontaba a la resolución del caso Greyhound del año 1965²¹². En ella se precisó que varios empleadores pueden ser conjuntamente empleadores de trabajadores si comparten y codeterminan aquellos aspectos que regulan los términos y condiciones esenciales de su trabajo.

Con posterioridad, hasta la década de 1980, la Junta entendió que siguió en esta misma línea doctrinal y que aquello que debía probarse para la existencia de *jointemployer* era un derecho de control del trabajo de los trabajadores y de sus condiciones de trabajo, incluyendo un derecho de control indirecto o último, sin necesidad de un control diario sino basado, incluso, en cláusulas contractuales que permitiesen un control potencial.

Sin embargo, la mayoría de la Junta argumentó que partir del año 1984, con los casos Laerco²¹³ y TLI²¹⁴, seguidos, entre otros, por los casos Airbone Express en el 2002²¹⁵ y AM Property Holding Corp. en el 2007²¹⁶, se fueron desconfigurando los ejes de su estándar de *jointemployer* de la NLRB y agregándose condiciones adicionales para entender que existía *jointemployer* sin que se detectase explicación o fundamento alguno para ello.

Estas condiciones adicionales, tales como que el control debía ser directo e inmediato, no limitado y rutinario, y que únicamente debían ser examinadas las prácticas empresariales de hecho y no las cláusulas contractuales que podían generar un potencial o indirecto control

²¹² Greyhound Corp., 153 NLRB 1488 (1965).

²¹³ Laerco Transportation, 269 NLRB 234 (1984).

²¹⁴ TLI, Inc., 271 NLRB 798 (1984).

²¹⁵ Airbone Express, 338 NLRB 597 (2002).

²¹⁶ AM Property Holding Corp. 350 NLRB 998 (2007).

laboral sobre los trabajadores y sus condiciones de trabajo, para la mayoría de la Junta habían ido limitando el alcance del estándar de su *jointemployer*.

La mayoría de la Junta también expuso que los datos del crecimiento exponencial de la descentralización productiva y el trabajo temporal producidos en las últimas décadas en el mercado de trabajo eran suficientes para que la Junta tuviese que revisar su estándar del *jointemployer* para dar eficacia de los derechos colectivos previstos en la NLRA. Además, acogiéndose a una sentencia del Tribunal Supremo²¹⁷, la mayoría estimó que la su ley rectora tenía como objetivo propiciar un clima de relaciones laborales basados en la negociación.

Por todo ello, la mayoría de la Junta decidió que debía promoverse una comprensión del *jointemployer* tan extensa como legalmente fuera posible para dotar de eficacia al derecho de la negociación colectiva.

Así, después de un completo análisis, se determinó que no existía limitación en el *common law* para que el término control hubiese de ser limitado a su ejercicio fáctico directo, sino que debía incluir tanto el control potencial como el ejercido directa o indirectamente y no necesariamente de forma diaria y rutinaria.

Según la mayoría de la Junta, mediante su resolución, se pasaba a reinstaurar su estándar de *jointemployer*: dos o más sujetos jurídicos son empleadores conjuntos de los trabajadores si directa, indirecta o potencialmente comparten o codeterminan aspectos esenciales de los términos y condiciones de trabajo y, en concreto, en materias como los salarios, los horarios, la contratación, el despido, el poder disciplinar, la dirección del trabajo, incluyendo la forma y método de su realización.

De este modo, el estándar del *jointemployer* tenía que entenderse como global y no restringido y, consecuentemente, aplicando este estándar global al caso, BFI y Leadpoint debían ser considerados *jointemployer* y realizarse un nuevo recuento de los resultados de las elecciones de los representantes de los trabajadores.

El voto particular de los miembros Miscimarra y Johnson, por su parte, fue una contraresolución en toda regla y un ataque frontal a las posiciones mantenidas por Pearce, Hirozawa y McFerran. Sus principales ejes argumentales fueron los siguientes:

- i. La extensión del estándar del *jointemployer* basada en la realidad económica y el propósito de una ley supera los límites del *common law* que el Congreso y el Tribunal Supremo habían determinando.
- ii. La extensión del estándar del *jointemployer* por parte de la mayoría de la Junta parte de una concepción de que las relaciones laborales no deben quedar afectadas por la descentralización productiva y esconde una añoranza de un modelo económico donde esta no existía.

²¹⁷Fibreboard Corp. v. NLRB, 379 U.S. 203 (1964).

Para el voto discrepante, justamente el Congreso y el Tribunal Supremo fueron abandonando esta concepción y asimilando con plena normalidad que terceros externos a una relación laboral pudieran influenciar las relaciones laborales sin que fuesen considerados empleadores.

- iii. No existe un mandato claro del Congreso de que la función de la NLRB sea establecer mayor poder de negociación o igualdad entre los múltiples sujetos jurídicos de la economía, incluyendo el poder negociador entre varios empresarios.
- iv. Bajo la tradición del *common law* es necesario el control y ejercicio directo para entender que se es empleador y las pruebas de control indirecto únicamente deben ser utilizadas como meros elementos adicionales a la existencia de un control directo.
- v. La mayoría de la Junta abandona un estándar de *jointemployer* previsible para pasar a un test nuevo (y no una mera reinstauración) totalmente impredecible porque se basa no solo en un control directo sino un control potencial (un derecho que puede ser nunca ejercido) e indirecto de un conjunto de condiciones de trabajo muy extensas, dando lugar a un total 18 potenciales contextos que pueden determinar ser considerado empleador (existen seis parámetros que pueden ser controlados directa, indirecta o potencialmente).
- vi. La mayoría de la Junta no ha ponderado el impacto en el empleo y el daño económico que puede generar el cambio del estándar en las redes de empresas, tales como las franquicias, teniendo afectación a negocios pequeños.

2.3 El caso Hy-Brand o la vuelta al estándar del *jointemployer* directo (diciembre 2017)

Las críticas a la NLRB por el caso Browning-Ferris no se hicieron esperar, destacándose la realizada conjuntamente entre la U.S. Chamber Commerce y la International Franchise Association donde, entre otros aspectos, se atacaban al prof. Weil y sus trabajos (entre otros, Weil, 2014) como verdadero padre intelectual de la expansión del estándar del *jointemployer* de la NLRB (U.S. Chamber Commerce & International Franchise Association, 2016, pp. 4-5).

De hecho, la institución de la franquicia es campo abonado para que surja una situación de *jointemployer* ya que intrínsecamente se genera una alta codependencia entre el franquiciador, franquiciado y trabajador del franquiciado (Olmo, 2003, p. 17) y por ello el contrato de franquicia llega a ser el contrato mercantil que más se acerca a la relación laboral (Rubin, 1978, p. 225).

Ejemplo ilustrativo de ello es que la NLRB recibió más de 180 denuncias contra Mc Donald's y múltiples de sus franquiciadores, por haber llevado supuestamente conductas antisindicales entre 2012 y 2014 ante las protestas de trabajadores de los franquiciadores reivindicando un

aumento salarial a 15 dólares por hora trabajada y donde se utilizaba la doctrina del *jointemployer* para alcanzarlo²¹⁸.

No debe resultar extraño entonces que la franquicia, como modelo y sueño del emprendedor estadounidense (Bender, 2015, p. 225), a pesar de que actualmente los franquiciados ya no pueden identificarse siempre con ese idealizado emprendedor sino también con grandes corporaciones (Carvell&Sherwyn, 2015, p. 11), fueran rápidamente objeto de protección jurídica frente al estándar del *jointemployer* global: el 9 de septiembre de 2015, menos de dos semanas después de la resolución Browning-Ferris de la NLRB, tuvo entrada en el Senado de los Estados Unidos una propuesta de las filas del partido republicano con el título de “Protecting Local Business Opportunity Act” que pretendía enmendar el estándar del *jointemployer* global de la NLRB²¹⁹ y paulatinamente en más de 15 Estados se propusieron leyes con el mismo objetivo²²⁰.

Finalmente, bajo el mandato de Trump y como presidente de la Junta el miembro Miscimarra, mediante la resolución del caso Hy-Brand de fecha 14 de diciembre de 2017, la mayoría de la Junta, por tres (presidente Miscimarra, miembros Kaplan y Emanuel) a dos (miembros Pearce y McFerran), se volvió al estándar del *jointemployer* directo y se rechazó el criterio de *jointemployer* global del caso Browning Ferris²²¹.

La nueva mayoría de la Junta declaró que la existencia de *jointemployer* requiere prueba de que dos o más entidades jurídicas ejerzan realmente control conjuntamente sobre aquellos aspectos esenciales del contrato de trabajo (no solo un derecho de ejercer dicho control), además dicho control debe ser directo e inmediato (no indirecto) y, en todo caso, el estatus de *jointemployer* no se alcanza por un control limitado y no rutinario.

La resolución Hy-Brand, en la que la mayoría no cuestionó de que en el caso concreto se estuviese ante un contexto de *jointemployer* sino sus fundamentos jurídicos, fue en su mayor parte el voto particular del caso Browning-Ferris convertido ahora en mayoría en la Junta. En cambio, el voto particular de caso Hy-Brand reflejaba el voto mayoritario del caso Browning-Ferris con el añadido de duras críticas:

- i. En realidad, el caso Hy-Brand se trataba de un supuesto de *single employer*.
- ii. El cambio de estándar de *jointemployer* no genera ningún efecto a las partes del caso.

²¹⁸NLRB's Office of Public Affairs - NLRB Office of the General Counsel Authorizes Complaints Against McDonald's Franchisees and Determines McDonald's, USA, LLC is a Joint Employer - July 29, 2014 (www.nlr.gov/news-outreach/news-story/nlr-office-general-counsel-authorizes-complaints-against-mcdonalds) [última consulta: 13 de septiembre de 2018].

²¹⁹S.2015 - Protecting Local Business Opportunity Act – «This bill amends the National Labor Relations Act to allow two or more employers to be considered joint employers for purposes of the Act only if each shares and exercises control over essential terms and conditions of employment and such control over these matters is actual, direct, and immediate» (www.congress.gov/bill/114th-congress/senate-bill/2015) [última consulta: 13 de septiembre de 2018].

²²⁰Extensamente sobre esta cuestión Grow&Saltz (2018).

²²¹Hy-Brand Industrial Contractors, Ltd. and Brandt Construction Co., as a single employer and/or joint employers and Dakota Upshaw and David Newcomb and Ron Senterasand Austin Hovendonand Nicole Pinnick. Cases 25–CA–163189, 25–CA–163208, 25–CA–163297, 25–CA–163317, 25–CA–163373, 25–CA–163376, 25–CA–163398, 25–CA–163414, 25–CA–164941, and 25–CA–164945 – Decision and order of December 14, 2017 - 365 NLRB No. 156 (2017).

- iii. Las partes no han solicitado que se revise el estándar del *jointemployer* y su discusión jurídica se encuentra dentro de la plena aceptación del estándar del *jointemployer* global.
- iv. La mayoría de la Junta, quebrantado su práctica tradicional, no ha puesto de manifiesto a las partes con anterioridad a la resolución, en un proceso de participación abierto, su eventual reconsideración del estándar del *jointemployer*.
- v. La resolución del caso Browning-Ferris ha sido apelada ante los tribunales de justicia.

2.4 Vuelta al estándar del jointemployer global (febrero de 2018) y futura regulación del jointemployer en la National Labor Relations (septiembre-diciembre 2018): ¿consolidación del estándar del jointemployer directo?

Aquello que puede ser eventualmente considerado como un “toma y daca” jurídico (la reciprocidad jurídica como respuesta cooperativa) en la NLRB, lejos de terminar, le esperaba un elemento sorpresa adicional: la ética.

Menos de dos meses después de la resolución de la Junta del caso Hy-Brand, en fecha 9 de febrero de 2018, el Inspector General de la NLRB emitía un informe estimando que en la resolución del anterior caso se habían cometido graves y flagrantes problemas y deficiencias en el proceso de su deliberación²²².

En concreto, el Inspector General exponía que el antiguo bufete de abogados en el que el miembro de la Junta Emanuel fue socio antes de ser miembro de la Junta había sido el despacho de abogados que asesoró a Leadpoint, una de las partes en el caso Browning Ferris.

Por tanto, la participación del miembro Emanuel en el proceso de deliberación del caso Hy-Brand ponía en duda la validez de la resolución del mencionado caso porque los casos Browning-Ferris y Hy-Brand no eran independientes sino que forman de un todo indisoluble al resolver las mismas cuestiones jurídica y, por ello, el miembro Emanuel no debía de haber formado parte del proceso de deliberación y debía de haber sido recusado, conforme a la normativa interna de la NLRB.

En fecha 26 de febrero de 2018, la comisión de la NLRB, formada por el entonces presidente de la Junta Kaplan, los miembros Pearce y McFerran, anuló la resolución del caso Hy-Brand atendiendo al informe del Inspector General y, consecuentemente, se quedaba reinstaurado el estándar del *jointemployer* global del caso Browning-Ferris²²³.

²²² Memorandum of David P. Berry (Inspector General) to Chairmain Marvin E. Kaplan, Member Lauren McFerran and Member Mark Gaston Pearce about notification of a serious and flagrant problem and/or deficiency in the Board's Administration of its deliberative process and the National Labor Relations Act with respect to the deliberation of a particular matter - February 9, 2018. Disponible en: https://www.nlr.gov/sites/default/files/attachments/basic-page/node-1535/OIG_Report_RegardingHy_Brand_Deliberations.pdf [última consulta: 13 de septiembre de 2018].

²²³ Hy-Brand Industrial Contractors, Ltd. and Brandt Construction Co., as a single employer and/or joint employers and Dakota Upshaw and David Newcomb and Ron Senteras and Austin Hovendon and Nicole Pinnick. Cases 25-CA- 163189, 25-CA-163208, 25-CA-163297, 25-CA- 163317, 25-CA-163373, 25-CA-163376, 25-CA-163398, 25-CA-163414, 25-CA-164941,

Posteriormente, ante los giros del estándar del *jointemployer* de la NLRB, en fecha 9 de mayo de 2018, el nuevo presidente de la Junta Ring dio a conocer la intención de la NLRB de crear una normativa que determinase el estándar del *jointemployer* en la NLRB para dar seguridad jurídica, conforme a su potestad normativa prevista en el U.S. Code²²⁴. En concreto:

«[W]hether one business is the joint employer of another business's employees is one of the most critical issues in labor law today (...) The current uncertainty over the standard to be applied in determining joint-employer status under the Act undermines employers' willingness to create jobs and expand business opportunities. In my view, notice-and-comment rulemaking offers the best vehicle to fully consider all views on what the standard ought to be. I am committed to working with my colleagues to issue a proposed rule as soon as possible, and I look forward to hearing from all interested parties on this important issue that affects millions of Americans in virtually every sector of the economy (...)»²²⁵.

Las palabras del nuevo presidente de la Junta fueron concebidas por varios senadores demócratas (Warren, Gillibrand y Sanders) como una forma de evitar responsabilidades éticas en el seno de la NLRB así como un manera de prejuzgar aquello que iba a realizar la NLRB, a lo que el presidente respondió que la NLRB asumiría todas las responsabilidades éticas necesarias, que sus palabras solo constataban la incerteza conocida por todos que había en el sector jurídico y que no se presumía el sentido de la futura normativa fruto de un proceso participativo abierto²²⁶.

Asimismo, el presidente de la NLRB reconocía que, si bien los estándares jurídicos son generados y anunciados en resoluciones de casos concretos, algunas veces ello no permite exponerlos de una forma totalmente completa atendiendo a los hechos de los casos y que la aprobación de una normativa sobre el estándar del *jointemployer* permitiría generar más certeza jurídica así como exponer situaciones donde debe considerarse que existe *jointemployer* o no.

Tres días después de que se hiciera pública la respuesta del presidente Ring a los senadores demócratas (8 de junio de 2018), la NLRB anunciaba que emprendería un proceso de revisión exhaustivo de sus políticas y procedimientos respecto el comportamiento ético y requisitos de recusación con el objetivo de asegurar que todos los interesados y el pueblo estadounidense tuviesen plena confianza en la integridad de la Junta y sus procesos de recusación²²⁷.

and 25-CA-164945- February 26, 2018 - Order vacating decision and order and granting motion for reconsideration in part - 366 NLRB No. 26 (2018).

²²⁴Title 29 U.S. Code, chapter 7 - subchapter II - article 156 y Title 5, Part I, Chapter 5 - subchapter II - article 553.

²²⁵NLRB's Office of Public Affairs - NLRB Considering Rulemaking to Address Joint-Employer Standard- May 9, 2018 (www.nlr.gov/news-outreach/news-story/nlr-considering-rulemaking-address-joint-employer-standard) [últimaconsulta: 13 de septiembre de 2018].

²²⁶NLRB's Office of Public Affairs -NLRB Chairman Provides Response to Senators Regarding Joint-Employer Inquiry- June5, 2018 (<https://www.nlr.gov/news-outreach/news-story/nlr-chairman-provides-response-senators-regarding-joint-employer-inquiry>) [últimaconsulta: 13 de septiembre de 2018].

²²⁷NLRB's Office of Public Affairs - NLRB to Undertake Comprehensive Internal Ethics and Recusal Review - June 8, 2018 (www.nlr.gov/news-outreach/news-story/nlr-undertake-comprehensive-internal-ethics-and-recusal-review) [últimaconsulta: 13 de septiembre de 2018].

Finalmente, en fecha 13 de septiembre de 2018, la NLRB anunciaba que al día siguiente entraría en el Registro Federal la propuesta de normativa sobre el estándar para determinar el *jointemployer* bajo la NLRA y avanzaba sus ejes principales²²⁸.

La actual propuesta de regulación del estándar del *jointemployer* de la NLRB²²⁹, que está definitivamente abierta a recibir opiniones hasta el 13 de diciembre de 2018 y las respuestas a las eventuales comentarios que realice la NLRB de las opiniones recibidas deberán recibirse hasta el 20 de noviembre de 2018²³⁰, se autojustifica según la mayoría de la Junta (presidente Ring y los miembros Kaplan, Emanuel) para dar más efectividad al propósito de la NLRA y dotando de una mayor previsibilidad al estándar del *jointemployer*. Asimismo, la cuestión clave de la anulación de la resolución del caso Hy-Brand por la intervención del miembro Emanuel es obviada en el relato.

La mayoría opta por un estándar del *jointemployer* directo, concretándose en que existirá *jointemployer* cuando «únicamente dos empleadores compartan o codeterminen los términos esenciales y condiciones de trabajo y empleo, como la contratación, el despido, la disciplina, la supervisión y la dirección», debiéndose poseer y ejercitar un considerable control directo e inmediato de éstos de forma rutinaria y no limitada²³¹. Asimismo, como complemento y forma de interpretación de dicho estándar se formulan hasta doce ejemplos vinculados a múltiples contextos económicos, tales como la franquicia y la subcontratación de servicios.

Finalmente, la miembro de la Junta McFerran expone su punto de vista discrepante de las acciones tomadas por la mayoría de la Junta: existe una predeterminación clara en el resultado de la futura normativa; la justificación para revisar el estándar del *jointemployer* global y pasar a un estándar de *jointemployer* directo resulta inadecuado jurídicamente y no aporta seguridad jurídica ya que puede ser cuestionada ante los tribunales federales y se dará un falso proceso de debate abierto puesto que realmente no se dará audiencia pública a los interesados.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN: ALGUNAS LECCIONES JURÍDICAS A PARTIR DEL ESTÁNDAR DEL JOINT EMPLOYER DE LA NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

La discusión del estándar del *jointemployer* en la NLRB durante los últimos años ha venido girando alrededor de si en el marco de las redes empresariales solo el control de las

²²⁸ NLRB's Office of Public Affairs - Board Proposes Rule to Change its Joint-Employer Standard - September 13, 2018 (www.nlr.gov/news-outreach/news-story/board-proposes-rule-change-its-joint-employer-standard) [última consulta: 13 de septiembre de 2018].

²²⁹ The Standard for determining joint-employer status (RIN 3142-AA13) Federal Register – The Daily Journal of the United States Government - Vol 83, no. 179 / Friday, September 14, 2018 / Proposed Rules - pp. 46681- 46697.

²³⁰ Inicialmente los plazos eran hasta el 13 de noviembre de 2018 y 20 de noviembre de 2018, respectivamente, pero se ampliaron a propia iniciativa de la NLRB (NLRB Extends Time for Submitting Comments on Proposed Joint-Employer Rulemaking - October 30, 2018 (www.nlr.gov/news-outreach/news-story/nlr-extends-time-submitting-comments-proposed-joint-employer-rulemaking) [última consulta: 31 de octubre de 2018].

²³¹ The Standard for determining joint-employer status (RIN 3142-AA13)- pp.46696-46697.

condiciones de empleo y trabajo de forma directa, rutinaria o no limitada de los trabajadores debe llevar a la consideración de un sujeto jurídico jurídicamente independiente al empleador como coempleador para la aplicación de una norma concreta laboral o también debe tenerse en consideración para ello los eventuales mecanismos de control indirecto o potencial sobre dichas materias. De momento, todo hace pensar que la primera alternativa ha vencido sobre la segunda.

Varias lecciones jurídicas pueden extraerse a partir de los giros del estándar del *jointemployer* de la NLRB:

- La posición empleadora plural es una cuestión controvertida en la medida que tiene un eventual alcance subjetivo a muchísimos tipos de vinculaciones empresariales y consecuentemente resulta relativamente fácil la aparición de lobbys y “tomas y dacas jurídicas” que pueden generar inseguridad al conjunto de los operadores jurídicos.

Por tanto, a nuestro parecer, una eventual legislación de la posición empleadora plural en España, tanto como mecanismo *ex post* como *ex ante*, debe intentar concretar con la mayor precisión posible qué tipo de control (directo, indirecto o potencial) es necesario para ser considerado empleador, teniendo en cuenta además que las estrategias de “tomas y dacas jurídicas” no son ajenas del todo al funcionamiento de los tribunales españoles, pudiendo ser ejemplo paradigmático los vaivenes en el despido colectivo de Celsa Atlantic en el Tribunal Supremo (Molina, 2014).

- A pesar de que la eficiencia de una norma jurídica (en sentido amplio) *ex ante* no viene determinada por si se está ante un sistema de *common law* o de *civil law* (Garoupa, Gómez & Melón, 2017, pp. 14-21), cuando existe alta probabilidad de graves “tomas y dacas jurídicas” y acción lobbyista muy potente, puede llegar a resultar finalmente más adecuada una visión de *civil law*.

Como consecuencia, estimamos que la posición empleadora plural debe tender a su legislación jurídica y no dejarla a criterio judicial atendiendo a que es una cuestión que atañe a una opción no solo jurídica sino intrínsecamente política, como se ha puesto de manifiesto en el estándar del *jointemployer* de la NLRB.

- En la medida que el *jointemployer* es una doctrina instrumental para conseguir la efectividad de una concreta norma laboral y no verdaderamente conformarse una posición empleadora plural a todos los efectos, puede llegar a resultar no adecuado que los tribunales españoles acojan criterios similares si dichos efectos pueden ser conseguidos en y mediante la institución de la contrata (o su eventual reforma).

Para ello sería necesario la consolidación de la contrata como un verdadero mecanismo de protección global de carácter objetivo ante todo fenómeno de descentralización productiva, con independencia de las razones jurídico-económicas subyacentes que justifiquen la responsabilidad laboral de un empresario que toma una posición líder frente a otro, puesto que pueden ser múltiples, de variada naturaleza e interconectadas (Davidov, 2015).

BIBLIOGRAFÍA

- Alcalá Díaz, M.Á. (2003). Aspectos económicos e instrumentos jurídico-mercantiles de descentralización empresarial (outsourcing). *Revista de Derecho Social*, (23), 61–99.
- Bender, J.T. (2015). Barking up the wrong tree: the NLRB's joint-employer standard and the case for preserving the formalities of business format franchising. *Franchise Law Journal*, 35(2), 209–235.
- Bigiavi, W. (1954). *L'imprenditore occulto*. Padova: CEDAM-Casa Editrice Dott. Antonio Milani.
- Blumberg, P.I. (1987). *The law of corporate groups: tort, contract, and other common law problems in the substantive law of parent and subsidiary corporations*. Boston and Toronto: Little, Brown & Company.
- Calabresi, G. (1984). *El coste de los accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Carvell, S.A. & Sherwyn, D.S. (2015). It is time for something new: a 21st century joint-employer doctrine for 21st century franchising. *American University Law Review*, 5(1), 5–36.
- Cruz Villalón, J. (1999). Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales. En Rodríguez-Piñero Royo, M.C. (Coord.), *El empleador en el Derecho del Trabajo. XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho de Trabajo y Relaciones Laborales* (pp. 29–57). Madrid: Editorial Tecnos - Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.
- Davidov, G. (2016). *A purposive approach to labour law*. Oxford: Oxford University Press.
- Davidov, G. (2015). Indirect Employment Should Lead Companies Be Liable? *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 37, 5–36
- De los Cobos Orihuel, F.P. (1998). El desvelo de los grupos de empresa. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 5 (BIB 1998/424).
- Embid Irujo, J.M. (1987). *Los grupos de sociedades y accionistas minoritarios: la tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*. Madrid: Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia.
- Falguera Baró, M.À. (2015). *La externalización y sus límites: reflexiones sobre la doctrina judicial y el marco normativo. Propuestas de regulación* (1ª ed.). Albacete: Editorial Bomarzo.

- Fernández López, M.F. (2004). El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar. En Fernández López, M.F. (Coord.), *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas* (pp. 21–92). Madrid: Editorial Trotta.
- Galiatsos, C.B. (2015). Beyond joint employer status: a new analysis for employers' unfair practice liability under the NLRA. *Boston University Law Review*, 95, 2083–2116.
- Gárate Castro, J. (2018). Descentralización productiva y Derecho del Trabajo. En Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Coord.), *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial - XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018* (pp. 25-68). Madrid: EdicionesCinca.
- Grow, A.R. & Saltz, A.L. (2018). Effectiveness of the legislative response to joint employer liability. *Franchise Law Journal*, 37(3), 349–377.
- Martínez Girón, J. (1992). *El empresario aparente*. Madrid: Editorial Civitas.
- Molina Navarrete, C. (2014). El «culebrón» del despido colectivo en CelsaAtlantic, SA: ¿A la segunda irá la vencida? *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, (377–378), 191–197.
- Monereo Pérez, J.L. (2011). Nuevas formas de organización de la empresa, entre centralización y descentralización (I). La empresa en transformación permanente. *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 27(6) (LA LEY 3440/2011).
- Monereo Pérez, J.L. y Molina Navarrete, C. (2002). *El modelo de regulación jurídico-laboral de los grupos de empresas: una propuesta de reforma*. Albolote (Granada): Editorial Comares.
- Garoupa, N., Gómez Ligüerre, C. & Melón, L. (2017). *Legal origins and the efficiency dilemma*. London [etc.]: Routledge - Taylor & Francis.
- Olmo Gascón, A.M. (2003). *La franquicia: un procedimiento de descentralización productiva desregulado laboralmente*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Piore, M.J. y Sabel, C.F. (1990). *La segunda ruptura industrial*. Madrid: Alianza Editorial.
- Robé, J.P. (2011). The Legal structure of the firm. *Accounting, Economics, and Law*, 1(Article 5), 1–86.
- Rubin, P.H. (1978). The theory of the firm and the structure of the franchise contract. *Journal of Law and Economics*, 21(1), 223–233.

- Ruiz Peris, J.I. (2012). Un Derecho específico para las redes empresariales. En Ruiz Peris, J.I. (Dir.), *Nuevas perspectivas del Derecho de redes empresariales* (pp. 73–124). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sanguinetti Raymond, W. (2018). Fragmentación de la empresa y empleador plural. *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, (41), 9–14.
- U.S. Chamber Commerce & International Franchise Association. (2016). *Main Street in Jeopardy: The Expanding Joint Employer Threat to Small Businesses*. International Franchise Association - U.S. Chamber of Commerce.
- Weil, D. (2014). *The fissured workplace: why work became so bad for so many and what can be done to improve it*. Cambridge, Massachusetts (USA): Harvard University Press.

CANALES DE REPRESENTACIÓN DEL PERSONAL EN LOS NUEVOS MODELOS DE GESTIÓN EMPRESARIAL

Luis Antonio Fernández Villazón

Universidad de Oviedo, Spain

Resumen:

La atomización del trabajo y la economía digital son dos fenómenos económicos y sociales que están alterando profundamente las formas de gestión empresarial, haciendo surgir nuevos modelos de empresa muy alejados del concepto tradicional de empresa, inspirado en la idea “fordista” de industria. Esta transformación tiene consecuencias de gran relevancia para todo el Derecho del Trabajo, y la participación y representación de los trabajadores no es una excepción. La presente comunicación pretende analizar la regulación española sobre esta materia para, por un lado, identificar las disfunciones originarias del sistema y, por otro, exponer los retos que las nuevas formas de empresa están planteando en el momento actual. Tras dicho análisis, se proponen algunas alternativas de solución.

Palabras clave: libertad sindical, representación de los trabajadores en la empresa, economía de plataformas, fissured workplace

Abstract:

The fissured workplace and the digital economy are two social and economic phenomena what are deeply changing the ways of business management, making appear new company models far away of traditional ones, inspired in the Fordist industry. This transformation has severe consequences for the whole Labour Law, and participation and representation of employees at company level is not an exception. Present paper pretends to analyze the Spanish legal regulation on this matter with the objective of, by one side, identify the original disfunctions of the system and, by other side, expose the challenges created by new company models in the present time. After that analysis, some alternatives of solution are proposed.

Keywords: Trade union freedom, employees’ representation at company level, platform economy, fissured workplace

ÍNDICE

1. La construcción del modelo español de representación de los trabajadores en la empresa y su evolución
2. Déficits “originarios” del sistema español de representación y participación de los trabajadores en la empresa
3. Los retos planteados por las nuevas fórmulas de organización empresarial

1. LA CONSTRUCCIÓN DEL MODELO ESPAÑOL DE REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA Y SU EVOLUCIÓN

El análisis de los posibles canales de representación de los trabajadores en las nuevas realidades empresariales requiere, en primer lugar, de un previo y somero análisis de las circunstancias en que surge y se conforma el actual sistema de participación en nuestro país. Ello nos hará identificar los problemas o deficiencias que dicho sistema presenta desde su implantación, lo que permitirá, a su vez, distinguirlos de aquéllos que, efectivamente, aparecen como consecuencia de la implantación de nuevos modelos de gestión empresarial. Sobre dicha base, trataremos de apuntar algunas posibles soluciones que permitan mejorar la eficacia de un modelo, que es de implantación relativamente reciente en términos históricos, pero que ha alcanzado un alto grado de consolidación y arraigo en nuestro sistema de relaciones laborales.

Decimos que es un modelo de implantación reciente, porque su conformación, como sucede con la mayoría de los elementos básicos de nuestro ordenamiento democrático, se remonta a los primeros años del régimen constitucional de 1978. En concreto, ya desmontada la organización sindical franquista y reconocidos los derechos a la libertad sindical y de huelga durante la transición, se plantea la necesidad de articular un canal de representación de la plantilla, homologable con los existentes en otras democracias de nuestro entorno y que desarrolle la previsión del artículo 129 CE: “los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa”. En este contexto se plantearon dos alternativas, coincidentes con las dos fórmulas de actuación sindical presentes entonces y representadas por las dos grandes confederaciones sindicales. Por un lado, estaría CC. OO, partidaria de mantener un modelo de representación unitaria similar al de los viejos Jurados de Empresa, en los que había conseguido participar desde la ilegalidad a través de su política de infiltración en la Organización Sindical franquista. Por otro la UGT, recientemente llegada del exilio, y partidaria de un modelo de acción directa del sindicato y de sus afiliados en la empresa (OLIET PALÁ, A. 2000, p. 475 y 476).

La regulación provisional de la transición, establecida en el RD 3149/1977, de 6 de diciembre, sólo preveía un modelo de representación unitaria, centrado en los Comités de Empresa y los Delegados de Personal, desconociendo por completo los sindicales. Probablemente ello se

debió al recelo inicial de los gobiernos de centro-derecha hacia la acción directa del sindicato en los centros de trabajo. Serán los grandes pactos entre los actores sociales realizados en los años 1979 y 1980 los que articularán una representación sindical adicional, articulada ya de forma muy similar a cómo la conocemos hoy (AGUT GARCÍA, 1997, p. 136). Esa doble vía quedará consagrada en el texto del Estatuto de los Trabajadores, que, aunque regula principalmente en su Título IV la representación unitaria, reconoce la convivencia con ella de la representación sindical. El cuadro se cerrará pocos años después, cuando se apruebe la Ley Orgánica de Libertad Sindical, incluyendo una regulación completa y detallada de ésta última, a través de las Secciones y los Delegados Sindicales.

El proceso descrito explica que tengamos que hablar de la conformación en España de un sistema dual de representación de los trabajadores, pues esta se encauza efectivamente a través de dos figuras. Por un lado, la representación unitaria, obligatoria, elegida a través de elecciones en las que participa toda la plantilla y que debe destinar sus actuaciones a todos los trabajadores con independencia de su afiliación. Por otro, la representación sindical, articulada en torno a los afiliados de un determinado sindicato en la empresa y concebida como una manifestación de la libertad de autoorganización interna del sindicato. Ambos canales de representación se encuentran conectados a través de las elecciones a órganos de representación unitaria. La representatividad sindical, clave para la actuación de las organizaciones sindicales, se mide en España por los resultados obtenidos en dichas elecciones. Ello supone un fuerte incentivo para que los sindicatos presenten candidaturas y, de hecho, copen la mayoría de los puestos elegidos, lo que ha acabado provocando una fuerte sindicalización de la representación unitaria, que se ha convertido en parte central de la estrategia sindical.

Este modelo dual debe completarse con la representación especializada en prevención de riesgos, introducida por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 1995. Dicha representación no supone ninguna alteración sustancial de los mecanismos de participación y representación ya existentes, pues se articula más como una ampliación o especificación de competencias que como una representación adicional. En efecto, el artículo 43.2 LPRL señala que la defensa de los intereses de los trabajadores en materia de prevención corresponde a “los Comités de Empresa, a los Delegados de Personal y a los representantes sindicales” en los términos que les reconocen las respectivas leyes que los regulan. Es verdad que se crea una nueva figura, la del Delegado de Prevención, con funciones específicas en materia de prevención, pero al elegirse éstos “por y entre los representantes del personal” (art. 35.2) se configuran como un instrumento de especialización, sin que impliquen aumento en el número de representantes ni en las facilidades y garantías que se les atribuyen.

Con todo, la LPRL sí introdujo un elemento novedoso: la posibilidad de que por convenio colectivo se establezcan órganos de representación diferentes a los previstos en la Ley, con competencias y ámbitos de actuación también pactados (art. 35.4). El dato no es baladí, pues implica reconocer a la negociación colectiva una capacidad de disposición sobre esta representación especializada que contrasta con las limitaciones que pesan sobre ella en las otras dos. Efectivamente, sobre todo en lo que se refiere a los representantes unitarios, nuestro ordenamiento desarrolla una regulación legal muy detallada e imperativa, que limita enormemente las posibilidades de adaptación que podría asumir la autonomía colectiva. Por

añadida, esas posibilidades han sido constreñidas aún más por una jurisprudencia excesivamente restrictiva, como tendremos ocasión de exponer más adelante.

Por último, el cuadro no estaría completo sin aludir a las llamadas comisiones *ad hoc*, introducidas en las reformas laborales de 2011 y 2012. Con esta figura se trata de permitir a las organizaciones empleadoras que carecen de representación de personal, principalmente las de tamaño muy reducido, la posibilidad de adoptar decisiones de gestión de personal para las que la Ley exige negociación con los representantes de la plantilla. Es el caso de los periodos de consultas en las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensión y extinción de contratos de trabajo por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción y en los supuestos de descuelgue del convenio colectivo. En esas circunstancias, serán los trabajadores los que deban decidir si encomiendan su representación a una comisión compuesta, bien por miembros elegidos por los sindicatos más representativos, bien por trabajadores de la propia plantilla, elegidos democráticamente. La actuación de tales comisiones no es permanente y se limita al concreto periodo de consultas para el que son designadas, pudiendo actuar sólo en los supuestos expresamente previstos por la Ley, de ahí que se las califique como *ad hoc*.

Este es el sistema de participación y representación que lleva funcionando en nuestro país desde los años 80 sin apenas modificaciones. Como hemos dicho, ha alcanzado un fuerte grado de arraigo y consolidación en el ámbito de las relaciones laborales y es preciso reconocer que ha desarrollado sus funciones con eficacia y sin mostrar excesivas disfunciones. Puede concluirse, por tanto, que su funcionamiento en estas décadas ha sido razonablemente satisfactorio. Con todo, el sistema presenta desde su implantación algunos problemas que, por el momento, están pendientes de resolver. Al análisis de tales disfunciones se dedica el epígrafe siguiente.

2. DÉFICITS “ORIGINARIOS” DEL SISTEMA ESPAÑOL DE REPRESENTACIÓN Y PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA.

Como hemos señalado ya, nuestro sistema arrastra desde su creación algunos déficits que podemos llamar por ello “originarios” y que conviene identificar adecuadamente para distinguirlos de aquéllos que han surgido más recientemente, derivados de las nuevas realidades de gestión empresarial. En este sentido, se ha señalado como uno de esos déficits la inexistencia de una clara distinción entre las funciones de participación de los trabajadores (centradas en un modelo colaborativo en el que los representantes reciben información relevante y contribuyen de alguna manera a la toma de decisiones), con las funciones que podemos llamar reivindicativas (de vigilancia del cumplimiento de la normativa, negociación de condiciones de trabajo y empleo y, en su caso, recurso al conflicto). Todas ellas se encuentran encomendadas indistintamente a ambos canales de representación, sin que exista una distribución de competencias ni reglas claras de preeminencia para los casos previsibles de solapamiento (SALA FRANCO y LAHERA FORTEZA, 2018, p. 43 y 44). Lo que acaba sucediendo *de facto* es que el sindicato, en la medida que controla la representación unitaria, opta por uno u otro canal en función de la estrategia del momento.

En efecto, no hay duda de que el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores encomienda a los representantes unitarios derechos de información y consulta y competencias propias de la dimensión que hemos llamado “participativa”, pero buena parte de tales competencias se atribuyen también a los delegados sindicales que tienen derecho a acceder “a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del Comité de Empresa” (art. 10.3 Ley Orgánica de Libertad Sindical). Del mismo modo, el artículo 87 ET atribuye competencia en materia de negociación colectiva, tanto al Comité de Empresa o Delegados de Personal, como a las secciones sindicales. Igualmente, la capacidad para convocar una huelga se reconoce a “los trabajadores, a través de sus representantes” en el artículo 3.2 a) del Real Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo, lo que vuelve a encomendar dicha competencia indistintamente a ambos tipos de representación.

Con todo, esta confusión de funciones no es precisamente el defecto más grave de nuestro ordenamiento y, de hecho, no deja de tener sus ventajas prácticas. De entrada, la división entre funciones participativas y reivindicativas no es tan sencilla. Por ejemplo, aquí hemos incluido la negociación entre las reivindicativas, por su relación tradicional con la reivindicación y el conflicto, pero no puede negarse que también tiene un elemento participativo evidente. Por otra parte, en un contexto en el que ambos canales de representación no tienen necesariamente el mismo ámbito de actuación y, en consecuencia, no tienen por qué coincidir ambos en la misma empresa, resulta eminentemente práctico que, de existir uno sólo, disponga de todas las competencias de participación y representación reconocidas en la Ley. De hecho, ya se han producido en la práctica situaciones en las que, conviviendo en una misma empresa los dos canales de representación, la paralización o bloqueo de uno de ellos era salvada por el ejercicio de las competencias por el otro²³². Así pues, no creemos que el problema radique en la falta de distribución de competencias, sino, más bien, en la ausencia de reglas de solución para los casos de solapamiento o, incluso, enfrentamiento, entre ambas representaciones. En este sentido, del artículo 87 ET efectuada por el Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, que dió prioridad en la negociación colectiva a las secciones sindicales si éstas, disponiendo de la mayoría de los miembros del Comité, así la cuerda, marca una línea de solución que debería extenderse a otros ámbitos de la representación de los trabajadores.

Mucho más problemática en nuestra opinión resulta la excesiva relevancia que nuestro sistema otorga al centro de trabajo como unidad de referencia de la representación de los trabajadores, especialmente en el caso de la representación unitaria. Este modelo, unido a la exigencia de un determinado número de trabajadores para poder articular la representación, centra la atención en empresas de cierto tamaño y corte “tradicional” fordista, lo que genera disfunciones tanto para las organizaciones pequeñas y medianas como para las grandes. En efecto, las microempresas, que suponen una parte muy relevante de nuestro tejido productivo, quedan fuera de este sistema de representación. También quedan fuera empresas con un elevado número de trabajadores empleados, pero que se articulan en una pléyade de

²³² Así sucede en el supuesto de hecho de la STS 14-3-2014 (Ar. 2522), donde bloqueada tras las elecciones la constitución del comité de empresa por incomparecencia de los miembros electos de una candidatura, el sindicato CGT constituye sección sindical y designa delegados, entre otras razones, para poder ejercitar las facultades de la representación de los trabajadores que dicho comité no podía ejercer.

centros de trabajo de reducido tamaño y, en consecuencia, sin representación de personal. Las fórmulas que el propio Estatuto de los Trabajadores prevé para permitir una representación por encima del centro de trabajo son muy limitadas y no permiten salvar este obstáculo. Así, el Comité intercentros debe ser creado por convenio colectivo, lo que apunta a la necesidad de tener ya implantada una representación de personal con capacidad para negociar. De tal manera, la Ley parece limitarlo de nuevo a empresas que dispongan de centros de trabajo con tamaño suficiente para disponer de su propio comité. De hecho, los integrantes del comité intercentros han de ser designados “de entre los componentes de los distintos comités de centro” (art. 63.3 ET). Lo mismo puede decirse del comité conjunto del artículo 63.2 ET. Éste se encuentra constreñido a dos supuestos legales, que están muy lejos de cubrir todas las necesidades de representación de una empresa atomizada en múltiples centros de trabajo con escaso número de trabajadores.

Esta limitación de las fórmulas de representación que superan el centro de trabajo se ha visto acrecentada por la interpretación que ha hecho de las disposiciones legales la jurisprudencia. En efecto, las resoluciones de los tribunales han optado por una interpretación restrictiva que ha cercenado considerablemente las posibilidades ya escasas que permitía la literalidad del artículo 63. Así, por ejemplo, se ha impedido aplicar analógicamente la figura del comité conjunto a los delegados de personal²³³ y se ha establecido que los centros de trabajo de menos de diez trabajadores, aquéllos no obligados a tener representación unitaria, no pueden tenerse en cuenta a la hora de conformar aquél órgano, por lo que éste queda reducido a los supuestos en que en una misma provincia o municipios limítrofes existen centros de trabajo que no llegan a los 50 trabajadores pero superan los diez (y juntos alcanzan los 50)²³⁴. En definitiva, las posibilidades de articular esta figura alternativa quedan fuertemente constreñidas.

Tampoco se encuentra adecuadamente resuelta la figura del grupo de empresas. Pese a que se trata de un fenómeno empresarial muy frecuente y que lleva entre nosotros mucho tiempo, las normas laborales han sido hasta el momento muy reacias a regularlo. En materia de representación de personal, de hecho, las únicas previsiones que se han incorporado lo son por necesidad de transposición del Derecho comunitario, como es el caso de la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria. No deja de ser llamativo que no exista en nuestro ordenamiento una solución similar para los grupos de dimensión nacional. Obviamente, la ausencia de previsión legal de un comité de grupo no puede interpretarse de plano como una prohibición de representación unitaria en dicho ámbito. Es posible defender la actuación de la negociación colectiva en este punto articulando las “otras formas de representación” a las que alude el artículo 61 ET (PALOMO VÉLEZ, 2017, p. 81), pero el silencio legislativo es cuanto menos, llamativo.

El canal de representación sindical es algo más flexible, pues la organización de las secciones sindicales se considera parte del derecho de autoorganización del sindicato, por lo que su configuración y distribución es, en principio, libre. Cierto es que, si la sección desea contar con

²³³ STS 31 de enero de 2001 (Ar. 2138)

²³⁴ STS 20 de febrero de 2008 (Ar. 1901), STS de 7 de febrero de 2012 (Ar. 3752).

un delegado sindical con los derechos y atribuciones que ello supone, debe ajustarse a los requisitos del artículo 10 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical. No obstante, ese mismo artículo señala que el delegado sindical puede constituirse en “las empresas o, en su caso, en los centros de trabajo que ocupen más de 250 trabajadores”, lo que parece dejar a la propia organización la decisión de tomar como punto de referencia el centro de trabajo o la empresa.

En la interpretación de este precepto se ha producido una curiosa evolución jurisprudencial que podría haber significado una importante rigidificación del desarrollo de la representación sindical en la empresa. En efecto, las primeras sentencias que interpretaron por primera vez el artículo 10 LOLS no duraron en hacerlo en una línea flexibilizadora, otorgando al propio sindicato la facultad de optar por un nivel u otro de referencia²³⁵. Sin embargo, sentencias posteriores iniciaron un cambio de doctrina que trataba de equiparar las secciones sindicales a la representación unitaria, señalando que para éstas también el centro de trabajo debía ser el campo de actuación preferente, permitiendo sólo tomar toda la empresa como ámbito en los supuestos en que los representantes unitarios en dicha empresa también se articulaban en esa dimensión (a través de un comité intercentros)²³⁶. Este incomprensible giro fue corregido por la STS de 18 de julio de 2014 (Ar. 4781) que vuelve de nuevo a la interpretación flexibilizadora inicial, basada en la autonomía de autoorganización del sindicato, mantenida desde entonces por las sentencias posteriores²³⁷.

Con todo, el elevado número de trabajadores que deben tener la empresa o el centro de trabajo para que las secciones sindicales dispongan de un delegado sindical (250) relega este tipo de representación a las administraciones públicas y a las grandes empresas. Ello lleva aparejado otro efecto colateral: una gran desigualdad en la articulación de la representación de los trabajadores en las empresas españolas. Mientras que en muchas organizaciones no se dan los requisitos para constituir ningún tipo de representación, en otras, por el contrario, se constituyen y superponen todas las previstas legalmente.

El último de los déficits tradicionales de nuestro sistema que queremos destacar aquí se encuentra en el hecho de que desincentiva la afiliación sindical. Dado que la representación unitaria, por definición, lo es de todos los trabajadores con independencia de su afiliación, y teniendo en cuenta que la negociación colectiva estatutaria alcanza también a todos los empleados con independencia de dicho dato, son pocas las ventajas que el sindicato puede ofrecer a sus afiliados en relación con el resto de los trabajadores. El incentivo de la propia organización por aumentar dicha afiliación es también escaso, pues sabemos que su representatividad no depende de ella, sino de los resultados de las elecciones sindicales. Todo ello, unido a la fuerte institucionalización de nuestro sistema, parece haber propiciado un cierto distanciamiento entre el sindicato y sus representados, que fomenta la burocratización de la organización e influye negativamente en la percepción social de su legitimidad como institución democrática.

²³⁵Vid., por todas, STS 28 de noviembre de 1997 (Ar. 8919)

²³⁶Vid. SSTS 10-11-1998 (Ar. 9545), 18-11-2005 (Ar. 10134) o 24-11-2009 (Ar. 8018) entre otras muchas.

²³⁷Vid., por ejemplo, STS 8-2-2018 (Ar. 822).

3. LOS RETOS PLANTEADOS POR LAS NUEVAS FÓRMULAS DE ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL.

Como hemos apuntado ya en las páginas anteriores, además de los problemas que hemos calificado de “originarios”, nuestro modelo de representación de los trabajadores en la empresa se enfrenta a retos adicionales, como consecuencia del surgimiento de nuevas fórmulas de organización empresarial que, por un lado, han hecho surgir problemas también nuevos y, por otro, han ahondado en algunos de los ya existentes. Sin duda, es necesario reconocer que el modelo, hoy por hoy, describe un marco de relaciones laborales en buena medida superado, que muestra su inadaptación a los cambios socio-productivos y tecnológicos que se han sucedido a lo largo de su vigencia y que no han tenido correspondencia en la escasas reformas legislativas que le han afectado. El resultado es la aparición de dificultades notables que afectan a la efectividad de los derechos de representación de los trabajadores (CASAS BAAMONDE, 2017, p. 89)

De entre esas nuevas fórmulas de organización empresarial, fruto de los cambios sociales, tecnológicos y productivos, cabe destacar, en primer lugar, el llamado *fissured workplace*. Se trata de un fenómeno que es el resultado de una larga evolución y que hunde sus raíces en procesos ya bien conocidos por la doctrina laboralista, como son la descentralización productiva o el *outsourcing*, si bien su desarrollo a lo largo de los años ha llevado a consecuencias difíciles de prever en un primer momento. En efecto, lo que comenzó siendo una fórmula de mejora de la eficiencia, a través del abandono por las organizaciones de actividades instrumentales que desviaban recursos, para poder centrar toda su energía en las actividades claves o centrales del proceso productivo, ha acabado convirtiéndose en una completa transformación de la empresa y el centro de trabajo tal y como se conocían, con numerosas y profundas consecuencias en el mundo de las relaciones laborales. Frente a las grandes corporaciones del pasado, con fronteras precisas y con más empleo localizado dentro de su organización que fuera, han surgido grandes negocios que se asemejan más a un pequeño sistema solar, con una firma líder en el centro y organizaciones más pequeñas orbitando a su alrededor. Cuanto más nos alejamos en ese sistema de la firma líder, los márgenes de beneficio de los negocios satélites disminuyen, a la vez que aumenta la competencia entre ellos, generándose una fuerte presión a la baja en los salarios y en otras condiciones de trabajo (WEIL, 2014, p. 43)

Cundo hablamos de descentralización productiva no nos referimos exclusivamente a la ya tradicional subcontratación, sino a toda una pléyade de variantes de lo que podemos llamar “colaboración empresarial” (MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ SAÑUDO, GARCÍA MURCIA, 2018, p. 252) y que adopta formas como las empresas multiservicios, las franquicias, las cadenas de suministro y un largo etcétera. En todos ellos se producen los efectos antes descritos, a los que hay que unir, en lo que a nosotros ahora interesa, dificultades para la configuración de la representación de los trabajadores. El legislador no ha sido ajeno a dichas dificultades y ha introducido cierta regulación en la materia en el artículo 42 ET, referido a las contratadas y subcontratadas de la propia actividad de la empresa. Así, los números 4 y 5 de dicho artículo obligan, tanto a la empresa principal como al a subcontrata, a proporcionar cierta información a los trabajadores y a sus representantes. Por su parte, el número 6 permite a los trabajadores

de la subcontrata acudir a la representación de los trabajadores de la empresa principal, cuando no disponen de una propia, y siempre en cuestiones relacionadas con las condiciones de ejecución de la actividad laboral. Finalmente, el número 7 prevé ciertas fórmulas de coordinación entre las representaciones de la empresa principal y de las contratistas o subcontratistas. Se trata de un tímido avance limitado, sin embargo, no sólo por el escaso alcance de su contenido, sino especialmente porque el ámbito de aplicación de los mencionados preceptos se reduce a las contrata y subcontratas de la propia actividad de la empresa principal. Quedan fuera, en consecuencia, un gran número de contrata y subcontratas que no encajan en dicha categoría. Obviamente, tampoco se extiende a las otras fórmulas de descentralización a las que hemos hecho referencia.

Una segunda nueva fórmula de organización empresarial con efectos en el modelo de representación de los trabajadores viene dada por la llamada economía colaborativa. La Comisión Europea ha definido este fenómeno como un modelo de negocio en el que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares. La economía colaborativa implicaría, según la Comisión, a tres categorías de agentes: los prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias (y que pueden ser particulares que ofrecen servicios de manera ocasional o prestadores de servicios que actúen a título profesional); los usuarios de dichos servicios; y los intermediarios que, a través de una plataforma en línea, conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos²³⁸. Aunque la economía “colaborativa” o a demanda se basaba en prácticas de trueque o intercambio, las nuevas tecnologías han impuesto un fuerte ritmo de evolución, acelerado por la aparición de plataformas digitales que intervienen en el mercado con ánimo de lucro, lo que ha generado el surgimiento de un nuevo sector en el que determinadas compañías se convierten en proveedoras de bienes o servicios (RAMOS QUINTANA, 2018).

Lo cierto es que la economía bajo demanda es un término “paraguas” que recoge un conjunto de modelos de negocio bastante diferentes entre sí, aunque compartiendo el elemento común de una plataforma digital que actúa como intermediario entre los consumidores y los proveedores de bienes y servicios. Por ello, se hace necesario diferenciar la economía colaborativa propiamente dicha de las fórmulas de *crowdsourcing* en las que se articula una auténtica prestación de servicios profesional y donde la plataforma no se limita a ser un simple intermediario, sino que se implica directamente en garantizar la calidad de dicho servicio (TODOLÍ SIGNES, 2017). En esta línea, recientes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea han señalado que la conocida plataforma Uber no se limita a ser una simple intermediadora entre proveedores del servicio y clientes, sino que ella misma debe considerarse una empresa de servicio en el ámbito del transporte, siendo clave para llegar a esta conclusión el hecho de que la plataforma ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por los conductores. Estas resoluciones, aunque centradas en cuestiones económico-empresariales, pueden tener influencia en el ámbito jurídico- laboral (GOERLICH PESET, 2018).

²³⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 2 de junio de 2016: Una Agenda Europea para la economía colaborativa (COM(2016) 356 final).

En lo que a nosotros ahora interesa, la representación y participación de los trabajadores en la empresa, las nuevas fórmulas de organización descritas potencian tres fenómenos que afectan directamente a la configuración y eficacia de dicha representación. No se trata en realidad de circunstancias de reciente aparición, sino más bien de elementos ya existentes que se han visto potenciados de forma exponencial en los últimos años. A continuación, trataremos de describir con cierto detalle tales fenómenos y la forma en que afectan a nuestro modelo de representación. El primero de ellos viene dado por lo que podemos llamar en general el aumento de la precariedad laboral. Ya hemos visto como el *fissured workplace* tiene una fuerte incidencia a la baja sobre las condiciones de trabajo. Esa situación más precaria, dificulta la defensa por parte de la plantilla de sus derechos laborales y la organización colectiva. Dato que se agrava por el hecho de que la atomización del trabajo y la irrupción de las plataformas llevan aparejada otra consecuencia añadida: el cada vez mayor aislamiento de los trabajadores entre sí, lo que supone un obstáculo evidente para la organización y la acción colectiva (ÁLVAREZ ALONSO, D., 2018).

Pero no se trata sólo de precariedad en los contratos de trabajo. La aparición de formas de prestación de servicios no laborales, pero con similares niveles de dependencia o subordinación se ha disparado en la actualidad de la mano de las nuevas formas de organización descritas. La economía de plataformas se articula precisamente sobre la base de que los prestadores de servicios no son trabajadores asalariados, sino simples autónomos, TRADES o, directamente, personas que realizan un trabajo puramente informal y, en consecuencia, al margen de toda regulación. Algo parecido sucede con la descentralización productiva. Obviamente, si estamos hablando de figuras no laborales, la articulación de una representación unitaria, tal y como la configura nuestro ET, queda totalmente descartada. Algo más de recorrido podría tener la representación sindical, que no se encuentra cerrada, como sabemos, a los trabajadores autónomos (art. 3.1 LOLS). No obstante, la posible actuación de los sindicatos en este ámbito se enfrenta al obstáculo que representa el distanciamiento de los trabajadores de la nueva economía hacia las organizaciones sindicales tradicionales. Sobre este punto volveremos a reflexionar más adelante. Por último, no puede obviarse tampoco que en algunas ocasiones la descentralización productiva o la economía de plataformas se utilizan como pantalla para ocultar auténticas relaciones laborales y evitar la obligada aplicación de las normas del Derecho del Trabajo. La figura del falso autónomo y la necesidad de luchar seriamente contra el fraude aparecen aquí con toda su crudeza.

El segundo de los fenómenos que queremos analizar es la incidencia que las nuevas formas empresariales tienen sobre la figura del centro de trabajo, clave como sabemos para la articulación de la representación de los trabajadores. Las fórmulas de descentralización productiva tienden a atomizar los centros de trabajo, lo que hace cada vez más difícil articular la representación unitaria en ellos. De hecho, estas fórmulas de descentralización, en sus diversas variantes han hecho aumentar el número de empresas caracterizadas por tener un número elevado de empleados en su conjunto repartidos en centros muy pequeños, lo que provoca que se constituyan en ellas muy escasos órganos de representación. En el caso de las contratistas y subcontratistas, se ha planteado la alternativa entre considerar que la empresa contratista tiene un único centro de trabajo radicado donde tiene sus oficinas centrales, constituyéndose la unidad electoral con todos los trabajadores de la empresa; o entender que la unidad electoral está formada por el conjunto de trabajadores adscritos a cada concreto

contrato de subcontratación. Incluso, si el empresario principal tiene varios centros de trabajo, podrían tomarse éstos también como centros de trabajo de la empresa contratista. La doctrina ha advertido una tendencia de la jurisprudencia a inclinarse por la primera opción, lo que facilita la articulación de las representaciones en este ámbito. No obstante, dicha opción podría tener efectos no deseados en los casos de sucesión de contratistas, a la hora de determinar si la unidad productiva transmitida justifica o no el mantenimiento del mandato de los representantes conforme al artículo 44.5 ET, en los casos en que dicho artículo sea aplicable (ROLDÁN MARTÍNEZ, 2018).

Pero no es sólo el centro de trabajo lo que se atomiza, sino también las propias organizaciones. Al lado de la gran empresa dispersada en pequeños centros de trabajo, aparecen también empresas cada vez más pequeñas que se ven obligadas a competir entre sí (y con las grandes) dentro de ese “sistema solar” en que se han convertido muchos procesos productivos al aplicar las técnicas del *fissured workplace*. Aquí, tomar la empresa como punto de referencia no soluciona el problema de falta de representación, porque es la propia entidad empresarial la que no supera los umbrales que permiten la instauración de los órganos representativos. En muchos casos, los trabajadores de estas pequeñas empresas subcontratistas coinciden, no obstante, en un mismo lugar de trabajo y aúnan sus esfuerzos para conseguir un fin productivo común. Sin embargo, la rigidez formal de nuestro sistema legal de representación no permite reflejar esa realidad material que supera la personalidad jurídica de cada una de las entidades participantes. Es por ello, que la posibilidad de articular representaciones de carácter interempresarial se ha convertido en un nuevo reto que debe ser considerado desde el punto de vista de la *legue ferenda*. Es esta una línea de actuación abierta como sabemos, aunque de forma todavía muy tímida y claramente insuficiente, por el artículo 42.7 ET.

La atomización del lugar de trabajo acaba siendo simple y llana desaparición en el modelo de la economía de plataformas. En efecto, este modelo de negocio no necesita la existencia de un lugar de trabajo propiamente dicho, sino que la comunicación entre la plataforma y las personas que prestan los servicios se realiza por medios digitales, asumiendo estas últimas la obligación principal de mantenerse *on line* para recibir los pedidos y poder responder a ellos. En este contexto, la determinación de la existencia de un centro de trabajo, tal y como lo define el artículo 1.5 ET, encuentra enormes dificultades, lo que hace que las herramientas colectivas de representación de los trabajadores pierdan puntos de anclaje (ESTEBAN LEGARRETA, 2018, p. 5). Precisamente por ello, se ha defendido una interpretación flexible del citado artículo que permita su aplicación a estas nuevas realidades empresariales. La propia configuración de las plataformas en torno a una aplicación, que deviene el elemento tecnológico organizativo que dota de unidad al conjunto de actividades desarrolladas por los trabajadores que prestan servicios a distancia, constituiría el elemento determinante de dicha interpretación; de modo que el centro de trabajo habría de referirse al lugar desde el que se dirige la operatividad de la aplicación (PASTOR MARTÍNEZ, 2018)

Finalmente, debemos hacer referencia a un tercer fenómeno al que podemos nominar como “relato del emprendimiento”. Decimos relato precisamente para diferenciarlo de la “cultura” del emprendimiento. De sobra es conocido que en los últimos tiempos se está haciendo un gran esfuerzo desde los poderes públicos para potenciar esta última con el objetivo de dinamizar la economía, aumentar el empleo y empoderar a las personas. Sin embargo, esta

tendencia, que empieza a ahondar raíces en nuestro tejido social y cultural, está siendo utilizada en ocasiones para crear una pantalla que oculta verdaderas situaciones de explotación y abuso. Dentro de la economía digital la cultura del emprendimiento se funde con los principios de la economía colaborativa o participativa para crear un potente relato de personas emprendedoras, colaboradoras y libres que toman el control de sus vidas gracias a la tecnología.

Desgraciadamente, ese relato es aprovechado por algunas organizaciones para ofrecer comercialmente servicios al mercado eludiendo no sólo la normativa laboral, sino la de carácter fiscal y la que asegura la libre competencia. De esta manera, se recurre al uso de falsos autónomos o falsos trabajadores informales que no saben que lo son (y a los que se califica de “colaboradores”), se elude la aplicación de numerosos impuestos y se juega con ventaja desleal frente a la competencia. Con ello se busca un espacio “virtual” ajeno al Derecho en general y al Derecho del Trabajo en particular (RAMOS QUINTANA, 2018). Obviamente, no todas las plataformas actúan de esta manera, pero el fenómeno existe de manera incontestable²³⁹. Una sociedad responsable y abierta debe plantearse como objetivo prioritario distinguir claramente entre la *smart economy* -sostenible, inclusiva y que crea riqueza- de la *smart exploitation* -que esconde los viejos perros de la explotación laboral con nuevos y tecnológicos collares-.

La consecuencia, desde el punto de vista de los derechos de los trabajadores, es que se producen abusos palmarios sin que las propias víctimas, que han interiorizado el relato, sean conscientes de ello. Para defender y reclamar los derechos que la Ley reconoce a los trabajadores asalariados es necesario, en primer lugar, ser consciente de que se tiene tal condición. También es necesario conocer la importancia de la acción y representación colectivas. A nadie se esconde que las personas que prestan servicios en las plataformas muestran un claro desapego hacia las organizaciones sindicales “clásicas” (ESTEBAN LEGARRETA, 2018, p. 6). Es este un dato que responde a numerosas circunstancias sociales y culturales, y a las que no son ajenos los errores de estrategia de dichas organizaciones, pero al que contribuye también en gran medida el falso relato del emprendimiento. Todo ello constituye, en definitiva, un obstáculo adicional a las posibilidades de articulación de mecanismos de representación y participación en la nueva economía.

4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.

Los nuevos modelos de organización empresarial están suponiendo un reto de primer orden para toda la disciplina jurídica del trabajo. La participación y representación de los trabajadores en la empresa no es una excepción. Hemos comprobado cómo el modelo español de representación presenta desde sus inicios algunas deficiencias cuya relevancia e incidencia no ha hecho más que aumentar, a medida que el paso de los años y la evolución de la realidad

²³⁹Un amplio estudio sobre las condiciones laborales de los trabajadores en las plataformas digitales, que muestra bajos salarios, inseguridad, dificultades para desarrollar una carrera profesional, falta de protección frente al despido y ausencia de estándares laborales de protección puede consultarse en el reciente informe OIT (2018), *Digital labour platforms and the future of work. Towards decent work in the online world*, Ginebra: OIT (https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_645337/lang--en/index.htm).

social han puesto de relieve una creciente obsolescencia de la regulación legal. No se trata, sin embargo, de cuestionar todo el sistema. Que las reglas sobre representación colectiva sean, dentro de nuestro Derecho del Trabajo, uno de los grupos normativos que menos modificaciones ha experimentado a lo largo de la historia reciente no es casualidad. Se trata de un sistema consolidado, con amplia aceptación social y que, en general, alcanza unos niveles razonables de eficacia y fiabilidad. No es necesario, así pues, en nuestra opinión, realizar una enmienda a la totalidad de la regulación vigente. Parece más razonable realizar algunos ajustes que permitan a ésta ser más flexible y adaptarse a los retos, preexistentes o novedosos, que se le plantean.

En este sentido, es necesario resaltar que la mayoría de los estudios doctrinales que han abordado la posición en que queda el Derecho del Trabajo frente a esas nuevas fórmulas de organización de la empresa se han centrado principalmente en la perspectiva de los trabajadores en ellas empleados. Parece una perspectiva razonable, no sólo por que ese ha sido siempre el punto de vista principal de nuestra disciplina, sino porque buena parte de esa nueva problemática apunta al propio concepto de trabajador asalariado y a la devaluación de las condiciones en que las prestaciones de servicios se realizan. Ello, no obstante, cabe destacar que los fenómenos descritos obligan necesariamente, hoy por hoy, a un similar replanteamiento del concepto de empleador del Estatuto de los Trabajadores. Recordemos que éste, en su artículo 1.2, ha consagrado un concepto reflejo del de trabajador asalariado, configurado de la forma más neutral posible, sin señalar notas o características que lo configuren, más allá del dato de dar empleo a personas que tiene la consideración de trabajadores.

La neutralidad del concepto legal de empleador responde a buenas razones de fondo. La primera, sin duda, es el respeto a la libertad de empresa, reconocida constitucionalmente, que impone la necesidad de no establecer trabas innecesarias a la creación de empresas y a su configuración más adecuada a las exigencias del mercado. La otra razón de peso es la imprescindible búsqueda de un centro de imputación de responsabilidades laborales. Es decir, la necesidad de facilitar lo más posible la identificación de quien ha de asumir las obligaciones que la normativa laboral asocia a la posición de empleador, evitando en lo posible las elusiones y fraudes. Un concepto neutro y ajeno a las diversificaciones organizativas y económicas ha cumplido satisfactoriamente hasta el momento dicha función. Sin embargo, si algo han puesto de relieve los fenómenos derivados de la nueva economía, es que la forma que adopte la empresa ya no es neutra para la aplicación de las normas laborales, porque es evidente que algunas de esas formas favorecen la elusión y el fraude de ley. Se hace imprescindible, en consecuencia, prestar más atención a esta otra dimensión del problema. El caso de las plataformas digitales es paradigmático, pues en ellas, no sólo se plantea la concurrencia o no de las notas de laboralidad en la prestación de servicios, sino que ha de resolverse también la cuestión acuciante sobre si la plataforma es un simple intermediario tecnológico o actúa como proveedor de servicios en el mercado.

En definitiva, la tradicional neutralidad del concepto de empleador debe combinarse ahora con una mayor atención a las realidades que se disciplinan y a su creciente diversidad. Lo exigen así motivos de justicia social, pero también razones de eficiencia del mercado de trabajo. Es esta una realidad que afecta a todos los aspectos de la disciplina, pero que cobra especial

relevancia en el que es objeto de esta comunicación. Un sistema eficaz y justo de representación de los trabajadores debe ser sensible a los diferentes modelos de empresa que existen y ser capaz de adaptarse de forma flexible a cada uno de ellos. Sólo así podrán atenderse las necesidades de participación y representación de los empleados que prestan servicios en entidades y organizaciones cada vez más diferentes entre sí y que escapan al modelo tradicional fordista en el que se inspira el Título II del Estatuto de los Trabajadores. De lo contrario, asistiremos (asistimos ya, de hecho) a una gradual pero cada vez más acelerada fractura entre la realidad de las relaciones laborales y la regulación legal, lo que tendrá como consecuencia ineludible una jibarización cada vez mayor del ámbito de actuación de los representantes de los trabajadores y una paralela multiplicación del porcentaje de empleados que no disponen de ese tipo de representación. Se describen a continuación algunas propuestas encaminadas a revertir esa tendencia.

Sin duda, la primera y más importante de ellas es la potenciación del papel de la negociación colectiva a la hora de articular los órganos de representación. Ya hemos puesto de relieve como nuestro ordenamiento diseña un sistema excesivamente rígido y predeterminado por la Ley. Rigidez que la interpretación efectuada por los tribunales no ha hecho sino aumentar. En un mundo económico cada vez más flexible y mutable la regulación sobre la representación de los trabajadores debe ser, a su vez, lo más flexible y adaptable posible. El único instrumento jurídico capaz de realizar esa adaptación con posibilidades de éxito es el convenio colectivo. Sería conveniente establecer por Ley una regulación dispositiva, aplicable en defecto de los establecido por la negociación, sobre la que los convenios colectivos tendrían capacidad de actuación para adaptarla a las circunstancias y necesidades de los sectores productivos y de las empresas (CASAS BAAMONDE, 2017, p. 113-119). El principal obstáculo para esta configuración vendría dado por las consecuencias que ello podría tener sobre la medición de la representatividad de las organizaciones sindicales, que sabemos depende de los resultados electorales. La creación de nuevos órganos de representación no previstos en la Ley podría ser utilizada para alterar artificialmente dichos resultados. Por eso nos parece razonable la propuesta que plantea que la representatividad se mida por los porcentajes de voto obtenidos en las elecciones y no, como hasta ahora, por el número de representantes obtenidos (SALA FRANCO, LAHERA FORTEZA, 2018, p. 50). Sería esta una fórmula sencilla de evitar el riesgo descrito.

La segunda línea de actuación pasaría por superar el centro de trabajo como unidad electoral. El nuevo nivel de referencia debería ser la empresa en su conjunto, lo que facilitaría la constitución de representación del personal en la mayoría de las organizaciones. No obstante, la opción por la empresa como unidad electoral debe hacerse con carácter preferente y no exclusivo, pues debe evitarse caer en las rigideces de las que adolece la regulación actual. Además, es necesario no perder de vista otros ámbitos de referencia. Así, en primer lugar, debería preverse la articulación de un sistema de representación en los grupos de empresa. También sería conveniente permitir la puesta en marcha de órganos multiempresariales, allí donde coinciden en un mismo lugar de trabajo empleados de diversos empleadores. Finalmente, la opción de la empresa como unidad electoral debe combinarse con el necesario criterio de proximidad, para evitar que órganos de representación con ámbito excesivamente amplio queden desvinculados de sus representados o demasiado distantes de los ámbitos donde surgen los problemas o deben tomarse las decisiones. Ello puede conseguirse, bien

permitiendo la constitución de órganos de representación en niveles más reducidos, incluido el centro de trabajo, allí donde resulte necesario; bien estableciendo estructuras intermedias de conexión entre el órgano representativo de empresa y los ámbitos más próximos a los trabajadores. En esa labor sería decisiva la actuación del convenio colectivo, en el ejercicio de las competencias que asumiría en virtud de la disponibilidad y flexibilidad del sistema que aquí se propone.

Un tercer elemento de actuación vendría dado por la potenciación de la representación sindical. Ésta presenta una mayor potencialidad para adaptarse a los retos planteados en las nuevas fórmulas de organización de la empresa. No sólo, porque en ella sí se ha reconocido flexibilidad para optar en su articulación por la empresa o el centro de trabajo según considere oportuno el propio sindicato, sino también porque sabemos que legalmente puede extender su actuación hacia prestaciones de servicios no asalariadas, especialmente a los trabajadores autónomos. Tiene, así pues, esta representación mimbres suficientes para afrontar las nuevas realidades. De hecho, se advierte en los últimos años un fortalecimiento de este tipo de representación frente a la unitaria, lo que podría coadyuvar a cubrir los déficits descritos (FERRÁN CARAMÉS, C. 2018). Esa labor, no obstante, se enfrenta a dos obstáculos relevantes que han de ser abordados. El primero depende directamente del legislador y consiste en la exigencia de un mínimo de 250 trabajadores para que las secciones sindicales puedan disponer de un Delegado Sindical, con las competencias y garantías de un representante de los trabajadores (art. 10.1 LOLS). Entendemos dicha exigencia excesivamente elevada, aun cuando se tome como referencia la empresa y no el centro de trabajo, pues, como ya pusimos de relieve, limita la figura a las empresas de cierta entidad y a las Administraciones Públicas. El segundo obstáculo depende de la acción directa de los sindicatos. Se refiere al “despego” o distancia con el que los nuevos trabajadores, especialmente, en el ámbito de la economía digital parecen contemplar al sindicato. Es evidente que superarlo exigirá la planificación de una estrategia adecuada de actuación por parte de las organizaciones sindicales.

Por último, en un mundo cada vez más digital, resulta imprescindible que se regule por Ley el derecho de los representantes de los trabajadores a comunicarse con sus representados a través de medios electrónicos de la empresa. Ya hemos visto como las nuevas técnicas organizativas generan un cada vez mayor aislamiento de los trabajadores, que ya no concurren en un mismo lugar de trabajo y que utilizan cada vez más como único medio de comunicación con la empresa a las nuevas tecnologías. En ese contexto, que el Estatuto de los Trabajadores y la Ley Orgánica de Libertad Sindical se limiten a hablar de tablones de anuncios analógicos o de distribución de información en el lugar de trabajo resulta extremadamente anacrónico. Es cierto que nuestro Tribunal Constitucional abrió la puerta a la utilización por los representantes de los trabajadores del correo electrónico de la empresa para comunicarse con la plantilla. Pero no es menos cierto que lo hizo con algunas limitaciones, derivadas de la falta de previsión legal expresa y del alcance del contenido esencial del derecho a la libertad sindical²⁴⁰, que una ponderada reforma legal debería superar, permitiendo una mayor holgura en la utilización. (ESTEBAN LEGARRETA, 2018, p. 10).

²⁴⁰ Básicamente, esas limitaciones suponen que los medios electrónicos deben ser preexistentes, que su uso no ha de entorpecer el normal funcionamiento de la actividad productiva ni suponer gravámenes adicionales a la empresa, y que esta última puede

Obviamente, al valorar la procedencia o no de las propuestas aquí efectuadas, no debe olvidarse en ningún momento que la reforma del Derecho Colectivo del Trabajo afecta a una materia especialmente sensible para nuestro sistema democrático. La mención de las organizaciones sindicales y patronales, justo después de los partidos políticos, en el Título Preliminar de nuestra Constitución (art. 7), supone un reconocimiento de su condición de piezas clave del modelo constitucional de 1978. Cualquier modificación de los aspectos legales que afecten a sus funciones dentro de dicho modelo debe tomarse con extrema prudencia y afán de diálogo y negociación. Sólo una reposada reflexión y un amplio consenso, que abarque a todas las fuerzas políticas y a las propias organizaciones afectadas, puede garantizar que las modificaciones que se introduzcan lleguen a buen puerto y alcancen el objetivo perseguido que, en el tema que ahora nos ocupa, no debería ser otro que conseguir una representación de los trabajadores en la empresa adaptada a sus necesidades y realmente eficaz.

BIBLIOGRAFÍA

- Agut García, C. (1997), *El sindicato en la empresa (secciones y delegados sindicales)*, Valencia: Tirant lo Blanch
- Álvarez Alonso, D., (2018) “Nuevas formas de organización empresarial más allá de la descentralización productiva: la «atomización del trabajo» y su impacto sobre el sistema de relaciones laborales”, en VV. AA., *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, Madrid: Cinca
- Casas Baamonde, M^a. E (2017)., “La necesaria reforma del Título II del Estatuto de los Trabajadores”, en CRUZ VILLALÓN, J., MENÉNDEZ CALVO, R., NOGUEIRA GUSTAVINO, M., (Coords.), *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales. Libro homenaje a Ricardo Escudero Rodríguez*, Albacete: Bomarzo
- Esteban Legarreta, R. (2018), “Cuestiones sobre la articulación de la representación del personal al servicio de las plataformas colaborativas”, en VV. AA., *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, Madrid: Cinca
- Ferrán Cadamés, C. (2018), “La representación de los trabajadores en empresas de la economía colaborativa”, en VV. AA., *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, Madrid: Cinca
- Goerlich Peset, J. M^a. (2018), “La prestación de servicios a través de plataformas ante el Tribunal de Justicia: el caso Uber y sus repercusiones laborales”, *Trabajo y Derecho*, n^o. 43
- Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., García Murcia, J. (2018), *Derecho del Trabajo*, Madrid: Tecnos (27^a. Ed.)

constitucionalmente predeterminar las condiciones de uso de la herramienta informática, siempre que no la excluya en términos absolutos. Cfr. STC 281/2005, de 7 de noviembre (BOE 13 diciembre).

- Oliet Palá, A. (2000), "La concertación social en la transición: la génesis de un modelo de intercambio", *Revista Espacio Tiempo y forma, Serie V, Historia Contemporánea*, nº. 13
- Palomo Vélez, R. I., (2017) *El Modelo español de representación de los trabajadores en la empresa*, Valencia: Tirant lo Blanch
- Pastor Martínez, A. (2018), "La descentralización y su incidencia en la conformación de los órganos de representación de los trabajadores. La representación colectiva de los trabajadores a distancia y en entornos virtuales", en VV. AA., *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, Madrid: Cinca
- Ramos Quintana, M. (2018), "Un soporte jurídico para el trabajo digital, ¿qué trabajo?", *Trabajo y Derecho*, nº. 47
- Roldán Martínez, A. (2018), "Mantenimiento del mandato de los representantes legales de los trabajadores en los casos de sucesión de contratatas y concesiones administrativas", en VV. AA., *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, Madrid: Cinca
- Sala Franco, T., y Lahera Forteza, J. (2018), "La representación de los trabajadores en la empresa", en VV.AA., *Propuestas para un debate sobre la reforma laboral* (SALA FRANCO, T., Coord.), Madrid: Francis Lefebvre
- Todolí Signes, A. (2017), "El trabajador en la «Uber economy»: ni dependiente ni autónomo, sino todo lo contrario", *Trabajo y Derecho*, nº. 25
- Weil, D. (2014). *The Fissured Workplace. Why work became so bad for so many and what can be done to improve it*, Cambridge-London: Harvard University Press

EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA DELIMITACIÓN DE LOS SUJETOS DE LA RELACIÓN LABORAL: ¿EL FIN DEL TRABAJO SUBORDINADO “TÍPICO”?

Josep Moreno Gené

Universidad de Lleida, Spain

Resumen:

Las múltiples posibilidades prácticas que ofrecen las diferentes innovaciones tecnológicas permiten poner de manifiesto, sin grandes dificultades, la incidencia generalizada de este proceso en todos los sectores económicos y en todas las tareas que en los mismos se desarrollan y, por tanto, en la disciplina que hasta el momento de un modo predominante ha regulado este trabajo, es decir, el Derecho del Trabajo. En este contexto, el principal impacto de las nuevas tecnologías en las relaciones individuales de trabajo consiste en que las mismas han contribuido de un modo decisivo a difuminar los ya de por sí tenues contornos de los propios sujetos de la relación laboral, es decir, de empresarios y trabajadores. Precisamente, en esta comunicación se pretende efectuar el alcance de este fenómeno, así como la mejor manera en que el Derecho del Trabajo lo debe afrontar.

Palabras clave: nuevas tecnologías, empresario, trabajador, contrato de trabajo, trabajo atípico

Abstract:

The multiple practical possibilities offered by the different technological innovations make it possible to highlight, without great difficulties, the generalized incidence of this process in all economic sectors and in all the tasks that take place in them and, therefore, in the discipline that until now, in a predominant way, this work has been regulated, that is, Labor Law. In this context, the main impact of new technologies in individual work relationships is that they have contributed in a decisive way to blur the already tenuous contours of the subjects of the labor relationship themselves, that is to say, businessmen and workers. Precisely, this communication is intended to make the scope of this phenomenon, as well as the best way in which Labor Law should address it.

Key words: new technologies, businessman, worker, work contract, atypical work

ÍNDICE

1. La aparición disruptiva de las nuevas tecnologías en el ámbito de las relaciones laborales
2. La incidencia de las nuevas tecnologías en la cantidad y calidad del empleo
3. Nuevas tecnologías y determinación de los sujetos de la relación laboral
 - 3.1 La difuminación de los contornos del empresario
 - 3.2 La difuminación de los contornos del trabajador
4. La necesaria adecuación del derecho del trabajo a las nuevas formas atípicas de trabajo por cuenta ajena impulsadas por las nuevas tecnologías

1. LA APARICIÓN DISRUPTIVA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES LABORALES.

En los últimos años, tal vez ya décadas, la innovación tecnológica y, especialmente, la generalización de las nuevas tecnologías de la información y el conocimiento, han experimentado un desarrollo impresionante que ha sorprendido incluso a sus más firmes partidarios, de modo que se puede afirmar, sin especiales dificultades y sin riesgo de cometer ninguna exageración, que nos encontramos ante una nueva revolución industrial, ya la cuarta según muchos autores, que nos conduce a la era de la digitalización de la economía (MERCADER, 2017, pp. 24 y ss. y TRILLO, 2016, p. 59). A tal efecto, no nos encontramos únicamente ante nuevos avances tecnológicos, sino ante un avance radical de la tecnología que con toda probabilidad comportará una transformación disruptiva en los modos y formas de entender en el futuro próximo la idea de trabajo (MERCADER, 2017, p. 217).

Como exponente de esta situación, la Estrategia 2020 de la UE para la robótica define la situación actual del modo siguiente: “la tecnología robótica llegará a ser dominante durante la próxima década. Influirá sobre todos los aspectos del trabajo y del hogar. La robótica tiene el potencial necesario para transformar las vidas y las prácticas laborales, para elevar los niveles de eficiencia y de seguridad, para ofrecer mejores servicios y para crear empleo. Su impacto será cada vez mayor, a medida que se multipliquen las interacciones entre los robots y las personas”.

Este trascendental fenómeno de la innovación tecnológica comprende, en principio, cualquier descubrimiento científico, si bien, cabe destacar especialmente, todas aquellas innovaciones que tienen incidencia directa en el desarrollo de la actividad productiva, ya sea en la prestación de servicios que se lleva a cabo por parte de trabajadores a favor de un empresario en el marco de una relación laboral o la desarrollada por cuenta propia. Nos referimos, fundamentalmente, a la informática, la robótica, la ofimática, la cibernética, la telemática, la digitalización, el big data, la inteligencia artificial, etcétera. Se observa como uno de los elementos fundamentales de estas manifestaciones de la innovación tecnológica la posibilidad de tratamiento de importantes cantidades de información, que puede ser procesada, almacenada y comunicada sin límites de tiempo, distancia, cantidad, forma, etcétera. Estos avances tecnológicos han posibilitado además el desarrollo de la economía digital y, singularmente, las denominadas “tecnologías de plataforma” (MERCADER, 2017, p. 31).

Estas innovaciones tecnológicas han contribuido, además, de un modo decisivo, a consolidar el proceso de globalización económica ya iniciado hace varios lustros (CEDROLA, 2017, p. 7). Este fenómeno puede ser definido como la interdependencia económica creciente del conjunto de los países del mundo, provocada por un proceso de progresiva ampliación de los mercados en gran número de bienes y servicios, así como de flujos internacionales de capitales, consecuencia de la difusión acelerada y generalizada de las tecnologías de la comunicación y el transporte y de unas políticas impulsoras del libre comercio entre países, así como la liberalización de las diversas economías nacionales. En este punto, sin lugar a dudas, va a tener importantes consecuencias la adopción de los diferentes Tratados de Libre Comercio que ya han sido ratificados por la Unión Europea, así como los que ya se encuentran en un proceso de negociación avanzada. Valga en este punto de muestra el Acuerdo Económico y de Comercio Glogal (CETA) firmado entre la UE y Canadá.

La principal manifestación de este proceso de globalización ha sido la aparición y desarrollo de la empresa global, que es aquella que vende sus productos en todos los mercados clave del mundo y tiene sus actividades integradas en todos los mercados nacionales. A tal efecto, la empresa global opera sucesiva y simultáneamente donde le conviene y como le interesa en cada momento y circunstancias, configurándose como una empresa que, aunque tenga su sede en un país determinado, es apátrida, transnacional o mundial. Pues bien, en este contexto, las nuevas tecnologías permiten que cualquier persona ubicada en un lugar del mundo resulte cliente o usuario de bienes y servicios de forma inmediata, a los que anteriormente, no hubiera podido acceder por razones de distancia (CEDROLA, 2017, p. 8)

La globalización económica no viene acompañada, sin embargo, de una dimensión laboral, lo que impide considerar el papel de la justicia social y el reconocimiento de los derechos laborales, como elemento crucial de equilibrio para una globalización integral de los procesos productivos (LANTARÓN, 2017, p. 41 y ss y GÓMEZ, 2014, p. 425). En consecuencia, este proceso de globalización dificulta la tutela de los derechos de los trabajadores pese a la tupida, aunque a todas luces ineficiente, red de garantías de protección de los mismos que se va tejiendo. En cualquier caso, cabe recalcar que el causante de este debilitamiento de los derechos de los trabajadores no es por si sola la globalización económica, sino las deficiencias en su gobernanza. A tal efecto, el establecimiento de una nueva gobernanza de la globalización debe venir inexorablemente desde el plano internacional.

Las múltiples posibilidades prácticas que ofrecen las diferentes innovaciones tecnológicas y los cambios en la organización de la empresa que las mismas comportan, permiten poner de manifiesto, sin grandes dificultades, la incidencia generalizada de este proceso en todos los sectores económicos y en todas las tareas que en los mismos se desarrollan y, por tanto, en la disciplina que hasta el momento de un modo predominante ha regulado este trabajo, es decir, el Derecho del Trabajo (CRUZ, 2018, p. 15). A tal efecto, resulta indiscutible que en las últimas décadas el desarrollo tecnológico ha producido y va a seguir produciendo múltiples cambios en el mundo del trabajo, las condiciones laborales, las estructuras de representación y en las formas de diálogo social tradicional. En otros términos, las nuevas tecnologías inciden en todos los ámbitos tradicionales de esta disciplina jurídica, tanto en las relaciones individuales como colectivas del trabajo, si bien, la estructura jurídica de la relación individual de trabajo

constituye el terreno donde aún en la actualidad se manifiestan estos efectos con mayor claridad (PÉREZ DE LOS COBOS, 1990).

2. LA INCIDENCIA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA CANTIDAD Y CALIDAD DEL EMPLEO.

El fenómeno de la innovación tecnológica, como no podía ser de otro modo, ha impactado tanto en la cantidad como en la calidad del empleo (ESTRADA y PUMARADA, 2018). Estos dos aspectos están muy interrelacionados, puesto que, aunque la incidencia de la innovación tecnológica en el volumen de la ocupación no forma parte, propiamente, del contenido de la relación laboral, un hipotético incremento del desempleo tendría la virtualidad de ser al mismo tiempo efecto de la implantación de las nuevas tecnologías, pero también, un factor coadyuvante de los efectos que la innovación tecnológica tiene en materia de precariedad laboral. En otros términos, están íntimamente ligados los dos efectos que produce la introducción de nuevas tecnologías sobre el trabajo, es decir, los efectos sobre el volumen de empleo y los efectos sobre la calidad en el mismo.

La incidencia de las nuevas tecnologías en el volumen de empleo ha sido uno de los primeros aspectos que han centrado los estudios sobre la materia, y únicamente después, los mismos se han centrado en otros posibles ámbitos de influencia de la innovación tecnológica. Ello se debe a la preocupación que tradicionalmente ha despertado la posibilidad de que la situación de falta de empleo y de estancamiento económico se puedan ver agravados por la introducción de nuevas tecnologías, con el consiguiente impacto que ello tendría en las ya depauperadas arcas de la Seguridad Social (POQUET, 2017, p. 71 y ss y MOLINA, 2017, pp. 6 y ss.).

En esta dirección, es evidente que en muchos ámbitos el trabajo humano puede verse sustituido por la innovación tecnológica y los cambios que la misma provoca en la organización del aparato productivo (RIFKIN, 1998). A tal efecto, la informática, la robótica, la ofimática, la cibernética, la telemática, la digitalización, el big data, la inteligencia artificial, etcétera, han comportado la destrucción de no pocos empleos (desempleo tecnológico). En este punto, no ha nace falta ser muy imaginativo para deducir, por ejemplo, los efectos que la introducción de sistemas robotizados en una planta de producción comporta, sin ningún género de dudas, en la ocupación.

A estos supuestos de destrucción real de empleos cabe añadir, además, la contribución de las nuevas tecnologías, especialmente las tecnologías de la información, a los fenómenos de deslocalización, en los que si bien no se destruye necesariamente el empleo existente en términos cuantitativos, sí que el mismo se desplaza, allá donde sea más económico.

Paralelamente, sin embargo, también se constata que la innovación tecnológica constituye un factor primordial de crecimiento económico y, por tanto, de crecimiento de la ocupación, de modo que algunos de los sectores económicos más dinámicos están directamente relacionados con las nuevas tecnologías (informática, telecomunicaciones, plataformas virtuales, robótica, etcétera). En otros términos, la experiencia demuestra que cada innovación tecnológica genera nuevas oportunidades de trabajo (innovación de productos).

En esta dirección, la Comisión Europea, en diferentes Comunicaciones, estima que la economía digital y, en especial, la economía colaborativa, supondrán una importante contribución al empleo y al crecimiento económico, siempre que se incentive y desarrolle en una manera responsable. En otros términos, los desequilibrios en el corto plazo que suponen las innovaciones tecnológicas –desempleo, pobreza, desigualdad etcétera- se compensarán en el medio-largo plazo, si hay políticas de empleabilidad tecnológica adecuadas para amortiguar los perjuicios en corto y optimizar las oportunidades en el medio plazo. A título de ejemplo, países como Estados Unidos y Alemania, dos de los países con mayor índice de robotización, han marcado máximos históricos en creación de empleo. En definitiva, el principal reto consiste en cómo reinventarse, cómo integrar al máximo número de personas en el nuevo ecosistema tecnológico.

En definitiva, la introducción de la innovación tecnológica produce un efecto contradictorio sobre el volumen de empleo, no en vano, mientras que es posible que la introducción de las nuevas tecnologías reduzca el empleo en algunos circuitos de la producción, también lo es que puede comportar un aumento del mismo en otros (MERCADER, 2017, pp. 229 y ss). A tal efecto, cabe diferenciar entre los trabajos de alto riesgo de supervivencia, los trabajos con poco riesgo de desaparición y los nuevos trabajos (RASO, 2017, p. 8).

Tampoco se puede dar una respuesta unívoca en relación con el impacto de las nuevas tecnologías en la calidad del empleo, no en vano, la innovación tecnológica ha contribuido a la segmentación del mercado laboral, permitiendo distinguir entre los vencederos y los perdedores de estas transformaciones, lo que ha desembocado en una “polarización de la ocupación” (MERCADER, 2017, p. 231). Entre los primeros, encontramos los trabajadores altamente cualificados y con buenas condiciones de trabajo y, entre los segundos, trabajadores menos cualificados que se han visto afectados por los procesos de externalización y subcontratación con condiciones laborales precarias. En otros términos, la economía digital liberará a determinados trabajadores de trabajos repetitivos o penosos, para dedicarse a otros que desarrollan el potencial creativo humano, pero en otros casos, nada infrecuentes, los perpetúa, incluso los agudiza, manteniendo el paradigma de trabajo servil, pobre e inseguro. En estos supuestos urge la mediación normativa-institucional.

Tanto aquellos que han perdido su empleo, como quienes han visto empeorar sus condiciones de trabajo constituyen en la actualidad colectivos vulnerables, que en caso de cronificarse su situación podrían verse abocados a la exclusión social. En este punto, una vez más corresponde al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social garantizar unas condiciones laborales dignas a todos los trabajadores en activo y una adecuada protección social a quienes se han visto expulsados del mercado laboral como consecuencia de las transformaciones sociales descritas.

Más allá de la incidencia de las nuevas tecnologías en el volumen y en la calidad del empleo, las mismas inciden en todos y cada uno de los ámbitos tradicionales del Derecho del Trabajo, alcanzando tanto a las relaciones individuales como a las relaciones colectivas de trabajo, si bien, en los apartados siguientes nos limitaremos al análisis del impacto de las nuevas tecnologías en la delimitación de los sujetos de la relación laboral, a fin de poder contestar a la

cuestión de si las mismas están suponiendo el fin del trabajo subordinado, tal cual lo hemos conocido hasta el momento, es decir, del trabajo subordinado típico.

3. NUEVAS TECNOLOGÍAS Y DETERMINACIÓN DE LOS SUJETOS DE LA RELACIÓN LABORAL.

El principal impacto en las relaciones individuales de trabajo de las nuevas tecnologías y de los cambios en la organización de la empresa que de las mismas se derivan consiste en que las mismas han contribuido de un modo decisivo a difuminar los de por sí ya tenues contornos de los propios sujetos de la relación laboral, es decir, de empresarios y trabajadores. En otros términos, la innovación tecnológica participa activamente en la progresiva indefinición de los propios sujetos de la relación laboral, a través de nuevas formas de organización empresarial por parte de las empresas y de nuevas formas de prestación de servicios por parte de los trabajadores (CRUZ, 2018, p. 15).

Esta circunstancia obliga a analizar en qué consisten estas transformaciones y, especialmente, qué elementos contiene el ordenamiento jurídico laboral para sobreponerse a esta indefinición de los sujetos de la relación laboral, en tanto que la identificación del empresario y del trabajador son los elementos esenciales para identificar una relación laboral y, por tanto, aplicar a la misma las normas laborales.

3.1. LA DIFUMINACIÓN DE LOS CONTORNOS DEL EMPRESARIO.

La identificación del empresario no ha quedado al margen de los efectos de la innovación tecnológica, dado que las posibilidades que las mismas han incorporado (prestación de trabajo al margen de la organización productiva, externalización de servicios, potenciación del sector servicios, teletrabajo, incremento del trabajo autónomo económicamente dependiente, etcétera), han producido importantes cambios en la organización empresarial (RASO, 2017, pp. 3 y ss.) La descentralización productiva o la externalización de actividades (outsourcing) desde hace ya algún tiempo ha permitido a las empresas concertar con otras terceras o colaboradores externos, desde las tareas auxiliares más sencillas o elementales –limpieza, seguridad, mantenimiento, mensajería, facturación o similares-, hasta las labores más especializadas y complejas, incluso las que integran el núcleo duro de la propia actividad de la empresa. Pero es que ahora, la innovación tecnológica da una vuelta de tuerca a la transformación de la empresa, de modo que la propia empresa desaparece, se volatiliza y pierde dimensiones físicas y humanas (RASO, 2017, p. 4), culminando de este modo la “fragmentación del polo patronal” a la que ya hace muchos años se refiriera SUPLOT, con las consiguientes dificultades del Derecho del Trabajo para identificar al verdadero empleador.

Estos procesos de descentralización productiva son el resultado, en ocasiones, de las ineficiencias detectadas en los procesos de concentración empresarial. A tal efecto, se ha considerado que la concentración en grandes empresas industriales de producción en serie ha comportado notables problemas de organización y gestión técnica e incluso burocrática, lo que se traduce en ausencia de motivación, participación y responsabilidades directas para los mismos directivos y cuadros de la empresa, además de problemas de disciplina y de

governabilidad de las relaciones derivadas de la presencia de sindicatos en la empresa. Asimismo, se ha considerado que la concentración de mano de obra en un centro de trabajo facilita el asociacionismo, la resistencia obrera, la contestación y la movilización de los trabajadores y sindicatos, lo que supone para la dirección de la empresa un elemento de presión salarial y, por tanto, una subida de los costes laborales a la que cabe añadir las rigideces del sistema de contratación del trabajo y las dificultades de movilidad de las plantillas que contribuyen a perturbar y retardar las medidas de ajuste necesarias (MARTÍN, 1995, p. 24).

Otras veces, por el contrario, las causas de estos procesos de descentralización productiva se encuentran en la búsqueda de los beneficios o ventajas que por sí mismo comportan estos procesos de flexibilización. A tal efecto, se considera que las pequeñas empresas aportan flexibilidad, en tanto que pueden producir en series cortas dada su tecnología y el trabajo artesanal, con lo que se adaptan más fácilmente a las fluctuaciones del mercado, tienen más facilidades para adaptar el volumen de ocupación necesario según las variaciones de producción, ofrecen bajos costes salariales y la mano de obra es más dúctil (MARTÍN, 1995, pp 48 y 49).

Como ya se ha anticipado, entre los factores que han incidido en el auge de la descentralización productiva, sin lugar a dudas, juega un papel fundamental la introducción de las nuevas tecnologías y, en especial, de las tecnologías de la información y el conocimiento. Ello es así por diferentes motivos (CRUZ, 1994, pp. 12-16):

- Permiten la especialización de las empresas auxiliares no exclusivamente en base a un uso intensivo de la mano de obra, sino en base a su mayor capacidad de flexibilidad tanto en lo productivo como en lo organizativo;
- Permiten superar en algunas fases, aunque todavía no en todas, las formas de producción taylorista de elaboración en masa de productos idénticos en base a fórmulas de economía de escala, siendo sustituida por la fabricación de series cortas, en las que prima la capacidad de flexibilidad y de adaptación a los nuevos modelos de trabajo;
- Posibilitan que en determinados productos desaparezca la competencia en los precios propia de la producción en masa, para ser sustituida por la competencia en la innovación;
- Permiten que en determinados campos, las empresas descentralizadas se especialicen en determinados aspectos de la producción, pero sin perder su flexibilidad y capacidad de adaptación al cambio (especialización flexible).
- Permiten un contacto más ágil y rápido entre las diferentes empresas que en conjunto elaboran las diversas fases de un mismo producto, lo que supone un ahorro de los costes de transacción. A tal efecto, se ha indicado que las nuevas tecnologías constituyen el instrumento idóneo para conseguir la adaptabilidad de los procesos productivos a los cambios turbulentos del mercado, donde los sistemas de “just in time” que permiten prácticamente ajustar oferta y demanda, eliminando la existencia de altos volúmenes de stocks, serían impensables sin las tecnologías de la información y el conocimiento.

Como consecuencia de todas estas circunstancias, se está produciendo un doble proceso de descentralización que comporta una división del trabajo entre empresas: a) una descentralización del ciclo productivo, a través del cual una empresa decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas fases o actividades del proceso productivo, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales, con las que establece acuerdos de cooperación de diversa índole; b) una descentralización de funciones tradicionalmente realizadas en el interior de las empresas, como la publicidad, la comercialización, el marketing, la asistencia técnica, etcétera, dando lugar a la aparición de un conjunto de pequeñas empresas que constituyen el sector terciario avanzado o sector cuaternario (PÉREZ DE LOS COBOS, 1990, p. 19).

Como resultado de estos procesos de descentralización productiva, aquella entidad empleadora que controlaba todo el ciclo productivo ha sido sustituida por otra realidad fragmentada y dispersa, lo que ha introducido una tremenda complejidad en cuanto al ámbito en que se desarrollan las relaciones laborales. En el panorama de las nuevas tendencias organizativas “de riesgo” cabe hacer referencia, siquiera brevemente, al *fissured workplace* (WEIL, 2014, p. 7 y ÁLVAREZ, 2017, pp. 145 y ss) que podría traducirse como la fragmentación empresarial, con resultado en forma de atomización del trabajo. Es esta una realidad a la que conducen las cadenas de subcontratas, franquicias, plataformas virtuales u otras manifestaciones de la empresa en red, con elementos añadidos como la digitalización y la *Gig economy* (TRILLO, 2016). A tal efecto, las empresas que con apoyo de las nuevas tecnologías afloran en la “nueva economía” nacen ya con una estructura plenamente mimetizada con la economía del “trabajo atomizado” (ÁLVAREZ, 2018, p. 48).

Estos procesos de descentralización productiva, como no podía ser de otro modo, han provocado una desorganización en la acción colectiva. A tal efecto, los sujetos colectivos, en particular los sindicatos, no se encuentran con un estrato social cohesionado y proclive a movilizarse en defensa de unos intereses comunes, sino que se enfrentan a múltiples figuras, dispersas, con intereses singulares y muchas veces contrapuestos, que es difícil coordinar. Ello ha contribuido a que, en las manifestaciones más extremas y exacerbadas del fenómeno haya tenido lugar una sustancial degradación de las condiciones de trabajo –fundamentalmente, aunque no únicamente, las salariales– (MONEREO, 2016 y ÁLVAREZ, 2017, pp. 49 y 50), al punto de situar a los trabajadores afectados por estos procesos en la órbita de la llamada “pobreza laboriosa” (RODRÍGUEZ-PIÑERO, 2009 y MARTÍNEZ, 2017). Nos referimos, fundamentalmente, a las llamadas “externalizaciones salvajes”, a través de las cuales se sustituye un empleo con derechos por un empleo rayano en la explotación (CAÑADA, 2015). La ventaja competitiva que proporcionan las externalizaciones, sobre todo estas “salvajes” o extremas, consiste, entre otras cosas, en el ahorro de costes que supone desplazar la regulación de condiciones de trabajo del convenio del sector “madre” –construcción, hostelería, o cualquier otro aplicable a la empresa principal– a otro convenio más precario, o, simplemente, al vacío de regulación convencional (MARTÍNEZ, 2017).

Hasta hace bien poco tiempo, la contratación de todos estos servicios o prestaciones se llevaba a cabo con empresas auxiliares especializadas, pertenecientes al propio sector productivo y, con más frecuencia, a otros afines o interconectados. Sin embargo, en los últimos años esta forma de organización de la actividad empresarial ha experimentado una vuelta de tuerca con

la irrupción en el mercado de las contratas de las denominadas empresas multiservicios. Se trata de empresas frecuentemente pertenecientes a grupos vinculados con el trabajo temporal o con actividades más tradicionales como seguridad o la limpieza, a veces constituidas en el marco del grupo justamente con el específico fin de prestar al resto de organizaciones esta multiplicidad de servicios.

Este nuevo giro o vuelta de tuerca que ha experimentado la colaboración entre empresas que se produce con la irrupción en el mercado de las contratas de las llamadas empresas “multiservicios”, ha comportado numerosos efectos no deseados (VICENTE, 2016). Como ya se ha indicado, los principales efectos no deseados para las relaciones laborales desarrolladas en el marco de estas empresas han sido, de nuevo, en el plano individual la precarización y degradación de las condiciones de trabajo, sobre todo en cuanto al nivel de salarios, y en el plano colectivo la “huida del convenio colectivo” y las repercusiones sobre el derecho de huelga.

Así pues, es preciso acometer -con el mayor detalle y profundidad posibles- la articulación jurídica del nuevo paradigma de la descentralización productiva y la empresa-red, si no se quiere que, en lugar de propiciar una flexibilidad razonable, se termine por consentir que el trabajador quede al albur de los caprichos productivos y sus servicios no se presten en las condiciones que se reconocen a un trabajo decente (VALDÉS, 2010).

A todo ello, cabe añadir que la descentralización productiva es hoy una realidad desbordante a la que ha contribuido la globalización que ha traído consigo la deslocalización de empresas (offshoring). A tal efecto, en la actualidad nos encontramos ante una de las manifestaciones de esa globalización conocida como “cadenas mundiales de suministro” o “redes mundiales de producción”. Estas son –en palabras de la propia OIT (*El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro*. Informe IV OIT, Conferencia Internacional de Trabajo, 105ª reunión, 2016) estructuras organizativas complejas, variadas, fragmentadas, dinámicas y evolutivas, mediante las cuales se organiza con carácter transnacional toda la actividad necesaria para la producción de bienes y servicios, y para hacer llegar estos últimos a los consumidores, aprovechando los distintos insumos en las diversas fases del proceso. Amén de la depauperación de las condiciones de trabajo, esta nueva forma de descentralización productiva supone de por sí un mayor riesgo de desactivación de las libertades asociativas de naturaleza sindical y del derecho a la negociación colectiva (MARTÍNEZ, 2018 y LANTARÓN, 2017, p. 48).

El fenómeno de la deslocalización de empresas puede tener aspectos positivos, como el incremento de oportunidades para el empleo en los países en desarrollo, así como la transferencia de conocimientos, tecnología y competencias laborales. Pero habría que atajar los negativos, como que el empleo creado no sea de calidad y pueda llegar a encontrarse por debajo de los estándares mínimos internacionales. Por ello, la propia OIT describe posibles medidas para promover el trabajo decente en aquellas cadenas. Entre las iniciativas de los interlocutores sociales - o “gobernanza social”- destaca el papel de los Acuerdos Marco Internacionales o AMI. Se trata de instrumentos negociados entre las empresas multinacionales y las federaciones sindicales internacionales, para establecer normas sociolaborales mínimas y mejorar las condiciones de trabajo en el plano mundial, que estarían

llamados a tener la máxima relevancia. Si el proceso de globalización dificulta la tutela de los derechos de los trabajadores pese a la tupida, aunque a todas luces ineficiente, red de garantías de protección de los mismos que se va tejiendo, cabe recalcar que el causante de este debilitamiento de los derechos de los trabajadores no es por sí sola la globalización económica, sino las deficiencias en su gobernanza. Los AMI podrían servir para combatir una de las carencias compartidas tanto por la gobernanza pública como por la gobernanza social: su carácter marcadamente territorial y la consiguiente incapacidad para salvar los inconvenientes que presenta la transnacionalización de las operaciones económicas y la deslocalización de actividades (MARTÍNEZ, 2018).

Todas estas transformaciones, motivadas en parte por las nuevas tecnologías, hacen del todo imprescindible un replanteamiento de la definición laboral de la figura del empresario laboral, que pese a formar parte de aquellas materias laborales que a veces pasan desapercibidas a los juristas del derecho del trabajo, constituye un elemento de gran incertidumbre jurídica en relación a la aplicación de la norma laboral. En esta dirección, debe exigirse que la normativa y la jurisprudencia prevean todas estas manifestaciones de la descentralización productiva, procediendo simultáneamente a la tipificación y, por tanto, normalización de este fenómeno, de modo que al mismo tiempo que sea admitido por el ordenamiento jurídico, para asegurar la eficacia de la empresa, se contemplen límites y garantías frente al poder empresarial (CRUZ, 1994). Es preciso, por tanto, que ya sea por vía legal o por interpretación jurisprudencial se establezcan lazos de garantías entre empresas en los casos de subcontratación, intermediación, suministro de mano de obra, etcétera, reforzando el cumplimiento de los compromisos laborales con relación al sujeto trabajador, mediante la extensión de responsabilidades (RASO, 2017, p. 4), y garantizando en todos estos supuestos el principio de igualdad de trato de los trabajadores implicados (GINÉS FABRELLAS, 2016, p. 13).

3.2. LA DIFUMINACIÓN DE LOS CONTORNOS DEL TRABAJADOR.

Las posibilidades que las nuevas tecnologías introducen en la prestación de servicios (trabajo al margen de la organización productiva, externalización de servicios, ausencia de control directo, etcétera) también han acentuado la tendencia ya generalizada de configurar relaciones de actividad productiva no sometidas en todo o en parte a las reglas del Derecho del Trabajo, contribuyendo decisivamente al fenómeno de la huida del Derecho del Trabajo (RODRÍGUEZ-PIÑERO, 1992).

Esa huida del Derecho del Trabajo tiene mucho que ver, en general, con las nuevas formas de empleo. En su sentido más amplio, la cuestión no es nueva, no en vano, el debate europeo en el campo de las relaciones laborales en los ochenta del siglo pasado ya estaba centrado en ella, anunciando que el contrato estable y a jornada completa “deja de ser la estrella polar del Derecho del Trabajo” (ROMAGNOLI, 1997). En el marco de esta tendencia, seguramente sin retorno, la más reciente Resolución del Parlamento Europeo de 19 de enero de 2017, sobre “Un pilar europeo de derechos sociales” pone de manifiesto que “los mercados de trabajo europeos están evolucionando hacia formas de empleo “atípicas” o “no convencionales”, como el trabajo temporal, el trabajo a tiempo parcial involuntario, el trabajo ocasional, el trabajo de temporada, el trabajo a la carta, el trabajo por cuenta propia dependiente o el

trabajo por intermediación de plataformas digitales”. En algunos casos esto puede ser beneficioso, pero “sin embargo, algunas de las formas de empleo no convencionales implican una inseguridad económica prolongada y malas condiciones de trabajo, y, en particular, ingresos inferiores y menos estables, falta de posibilidades de defender los derechos propios, carencia de seguridad social y cobertura sanitaria, falta de identidad profesional, ausencia de perspectivas profesionales, y dificultades para conciliar el trabajo a la carta con la vida privada y familiar”. Demandando la Resolución “a los interlocutores sociales y a la Comisión que colaboren para presentar una propuesta de Directiva marco sobre unas condiciones de trabajo dignas en todas las formas de empleo, por la que se amplíen las normas mínimas existentes a los nuevos tipos de relaciones laborales”.

La Comisión Europea, por su parte, en su “Propuesta para una proclamación interinstitucional sobre el pilar europeo de derechos sociales” de 26 de abril de 2017 [COM(2017) 251 final], en su capítulo II, “condiciones de trabajo justas”, habla de un “empleo seguro y adaptable” en el que “deberá garantizarse la flexibilidad necesaria para que los empresarios puedan adaptarse con rapidez a los cambios en el contexto económico” (capítulo II.5.b), pero también “deberán evitarse las relaciones laborales que den lugar a unas condiciones de trabajo precarias, en particular prohibiendo la utilización abusiva de contratos atípicos” (capítulo II.5.d).

En este contexto, la innovación tecnológica ha contribuido decisivamente en la irrupción de nuevas formas de prestación de servicios que sin las nuevas tecnologías no serían posibles. Estas nuevas formas de prestación de servicios reciben la denominación de formas de trabajo atípicas, en la medida en que suponen variaciones de lo que tradicionalmente se ha venido considerando como un modelo central y normal de la relación de trabajo (RODRÍGUEZ-PIÑERO, 1992).

Esta disminución del trabajo típico, fruto de la proliferación de las nuevas tecnologías, se manifiesta esencialmente en dos ámbitos diferenciados:

a) En primer lugar, ha afectado al propio objeto del Derecho del Trabajo y, por tanto, al mismo ámbito de aplicación del mismo. Así pues, la introducción de las nuevas tecnologías ha contribuido a la transformación del trabajo por cuenta ajena en trabajo autónomo, es decir, ha permitido un incremento, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo de formas de trabajo no subordinadas o, en cualquier caso, parasubordinadas.

b) En segundo lugar, aunque sin cuestionarse el carácter laboral de la prestación de servicios desarrollada por el trabajador, las nuevas tecnologías también han provocado una alteración de la morfología típica de este trabajo subordinado, es decir, el que ejecuta un trabajador contratado por una empresa de tamaño medio o grande, a tiempo completo y mediante un contrato de duración indeterminada y que realiza su trabajo en las instalaciones de la propia empresa que lo contrata (PÉREZ DE LOS COBOS, 1990). En este sentido, se están imponiendo cada vez con más consistencia, prestaciones de servicios que se realizan a jornada parcial y con una duración determinada y que, incluso, ya no se desarrollan en las instalaciones de la empresa contratante. En este sentido, es paradigmático, si bien no el único ejemplo, la prestación de servicios que se desarrolla por los teletrabajadores.

3.2.1. Nuevas tecnologías e impulso del trabajo no subordinado o parasubordinado.

Por lo que respecta a la primera manifestación de la disminución del trabajo típico, es decir, el incremento del trabajo no subordinado o parasubordinado, la misma, como fácilmente puede constatar, resulta extremadamente relevante, no en vano, cuestiona y dificulta la identificación del trabajador y, por tanto, la existencia de una relación laboral y, en definitiva, el propio ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo.

Este incremento del recurso al trabajo autónomo responde a dos finalidades bien diferenciadas: a) en primer lugar, para excluir del Derecho del Trabajo a los trabajadores poco cualificados y en situación de precariedad, apareciendo el trabajo autónomo como forma fraudulenta de desregulación; y b) en segundo lugar, para liberar la capacidad de innovación y adaptación de los trabajadores realmente autónomos, flexibilizando la prestación de servicios en los relativo al tiempo, al lugar de prestación de servicios, al coste, etcétera (SUPIOT, 1999).

Las causas que han motivado este incremento del trabajo autónomo se tienen que buscar en las mismas causas que, como se acaba de poner de manifiesto, han dado lugar a la descentralización productiva. Así pues, al mismo tiempo que se ha llevado a cabo un proceso de descentralización productiva han aparecido también trabajadores independientes que, al menos de forma aparente, trabajan por cuenta propia con su propia organización y asumiendo los riesgos y beneficios.

Si bien, inicialmente las nuevas tecnologías supusieron el auge de nuevas maneras de trabajar individualmente mediante el teletrabajo, trabajo casual y dirección interina, actualmente, posibilitan nuevas maneras de trabajar colectivamente a través de las plataformas virtuales, dando lugar a una verdadera eclosión de la economía colaborativa (“on demand economy”).

A tal efecto, la economía colaborativa en la actualidad ya permite intercambios que hace unos pocos años eran impensables: alquilar la casa de un desconocido para irse de vacaciones (Airbnb), tener acceso al coche de otra persona por unos días o unas semanas (Drive), ir a cenar a casa de un extraño (Chefly), compartir gasto de gasolina en un viaje entre ciudades con un desconocido (Bla bla car), acceder a ropa o accesorios (StyleLend) o a una plaza de parquin (Parquo). Asimismo, gracias a las plataformas virtuales es muy sencillo ofrecer servicios como limpiador de casas (GetYourhero), cuidador de personas dependientes (CUIDUM), profesor particular (Sharing academy), electricista, pintor, fontanero (Etece), transportista de pasajeros (Uber), repartidor (Delivero), de servicio de comidas a domicilio (Glovo), de guías turísticos (Sandeman), etcétera. Como fácilmente puede deducirse, esta modalidad de prestación de servicios que se puede englobar en la “on demand economy” (economía bajo demanda) o “Gig” economy, es la que afecta en mayor medida al ámbito laboral (TODOLÍ, 2017, p. 15).

Como puede observarse, una parte fundamental de esta economía colaborativa, también conocida como “Ubereconomy”, se basa en plataformas virtuales o digitales cuyo objetivo declarado es el contacto directo entre clientes y prestadores de servicios, poniéndose en cuestión de este modo la forma de entender y comprender el tradicional modo de prestación de servicios laborales. Como no podía ser de otro modo, esta nueva forma de prestación de servicios está transformando radicalmente lo que significa tener un trabajo y por extensión la

protección laboral y social que hasta el momento se habían vinculado a la existencia de un empleo laboral (MERCADER, 2017, p. 80, TRILLO, 2016, p. 64, GINÉS y GÁLVEZ, 2016, p. 4 y 33).

Aunque no puede darse una respuesta unívoca al fenómeno de la economía colaborativa, todas estas prácticas obligan a replantearse los criterios utilizados para la calificación de la relación de trabajo, donde criterios como los de la dependencia jurídica pueden aparecer ocultos detrás de las formas más novedosas de organización empresarial y donde, por tanto, cabría replantearse el uso de criterios que no pongan el énfasis tanto en la capacidad del empresario de incidir en la forma y contenido de la prestación como en la situación que respecto del mercado se colocan las partes de aquella relación de trabajo (MERCADER, 2017, pp. 99 y ss. y TRILLO, 2016, p. 82).

Como se acaba de indicar, entre los criterios delimitadores de la relación laboral, el más afectado por las nuevas tecnologías es el de la dependencia, en tanto que cada vez aparecen más situaciones donde se dan de diversa manera las manifestaciones o indicios de dependencia o subordinación, lo que puede llevar a cuestionar incluso el valor de la dependencia como concepto unitario unificador del ámbito de la tutela del Derecho del Trabajo.

Esta circunstancia, como no podía ser de otro modo, ha reabierto el viejo debate sobre si la dependencia o subordinación continúan siendo criterios válidos y suficientes para delimitar cuando nos encontramos en presencia de una relación laboral, cuestionándose si estamos ante una crisis de la subordinación como categoría jurídica válida para identificar una relación laboral o, si bien, únicamente nos encontramos ante la obsolescencia de algunos de los indicios utilizados hasta el momento para identificarla y, en este caso, cuáles deben ser los criterios utilizados a partir de ahora para constatar la existencia de subordinación (CRUZ, 2018, p. 33).

Este debate, sin embargo, no alcanza a todos los cambios introducidos por las nuevas tecnologías, sino que, por el contrario, debe ponerse de manifiesto que la innovación tecnológica no siempre supone una disminución o atenuación de la subordinación, de modo que aún existen muchas organizaciones empresariales que a pesar de haber introducido la innovación tecnológica como una herramienta de innovación, siguen manteniendo casi inalterados ciertos elementos constitutivos de la relación laboral, como son las relaciones de subordinación entre prestadores/productores de los bienes y servicios y aquellos que ofrecen estos servicios en el mercado. En otros términos, debe señalarse que la innovación tecnológica no siempre supone una disminución o atenuación de la subordinación, sino que debe distinguirse entre los procesos de descualificación y fragmentación del empleo existente antes de la innovación tecnológica, en los que se produce un aumento cuantitativo y cualitativo del control externo sobre el mismo, y los trabajos directamente creados por la innovación tecnológica, que ven los vínculos propios de la subordinación bastante atenuados.

De este modo, aunque *a priori* pueda parecer una contradicción, la innovación tecnológica, en no pocas ocasiones, también ha comportado un aumento del poder de control del empresario sobre la prestación de servicios y, por tanto, sobre el propio trabajador, lo que se pone de manifiesto en dos aspectos:

a) La sustitución del control periférico, discontinuo y parcial realizado por la jerarquía humana, por un control centralizado y objetivo, incorporado a la máquina y que se verifica en tiempo real, es decir, son los mismos instrumentos de trabajo los que realizan el control, sin necesidad de una presencia humana del empresario. Este cambio supone un salto cualitativo en las posibilidades de control, en tanto que no solo los elementos controlables son más numerosos, detallados y precisos, sino que afectan a aspectos de la actividad laboral que no se alcanzaban con los sistemas tradicionales. Así, por ejemplo, un trabajador que trabaja con una terminal grava su trabajo –su rendimiento laboral-, pero también, los descansos, ausencias y errores (PÉREZ DE LOS COBOS, 1990).

b) La aparición de un nuevo tipo de control que consiste en la reconstrucción del perfil del trabajador, a través del almacenamiento y la reelaboración de una serie de datos aparentemente inocuos. A tal efecto, con la informática, la vigilancia electrónica, los exámenes genéticos y toxicológicos, etcétera, se multiplica la capacidad de acumulación de información y se permite al empresario reconstruir a partir de estos datos el perfil del trabajador (CARDONA, 1998). Estas posibilidades, a su vez, se ven incrementadas de forma exponencial en las diferentes manifestaciones de la economía colaborativa (TODOLÍ, 2016, pp. 116 y ss.).

Centrándonos ahora en aquellas relaciones laborales que como consecuencia de la innovación tecnológica han visto reducido o, al menos matizado, el poder de control del empresario y, consecuentemente, la subordinación del trabajador, si se analizan con detenimiento muchos de estos supuestos, se constata que lo que realmente está sucediendo es que las nuevas tecnologías están poniendo en crisis alguno de los indicios que hasta el momento se habían utilizado para apreciar la dependencia o subordinación, pero al mismo tiempo se están perfilando otros indicios que también denotan la existencia de dependencia o subordinación, lo que pone de manifiesto que no se puede prescindir de esta categoría jurídica. En consecuencia, la dependencia sigue siendo un instrumento válido para delimitar las relaciones laborales.

En esta dirección, en el seno de la doctrina y los tribunales laborales se están elaborando nuevos criterios de identificación de la dependencia o subordinación que vienen a sustituir a los criterios tradicionales. Así, por ejemplo, “la inserción material en la unidad productiva” puede sustituirse por la “inserción del trabajo en el sistema informático y telemático de la empresa”; el “sometimiento del trabajador a las directrices y control del empresario” puede ser sustituido por “el análisis del programa que determina, canaliza y controla la prestación de trabajo”; la “presencia del empresario en el seguimiento de la prestación” puede cambiarse por la “integración del trabajador en la empresa tecnológicamente innovada”, etcétera (PÉREZ DE LOS COBOS, 1990). En otros términos, se ha indicado que en el contexto de la digitalización, puede convertirse cada vez en más relevante “la imposición por el empleador de que el trabajo de sus empleados se ejecute conforme a determinados programas informáticos, habitualmente proporcionados por la empresa”, no en vano, ello “determina de manera indirecta, pero muy precisa y detallada, multitud de órdenes e instrucciones sobre la prestación de servicio, que viene a convertirse en el modo implícito de ejercicio del poder de dirección del empleador” o que “las tecnologías de la información y las comunicaciones aplicadas al trabajo refuerzan con inusitada intensidad la capacidad de control “just in time”

del trabajo que está ejecutando el trabajador, tanto por lo que se refiere a los tiempos como en lo que afecta al modo y perfección del mismo” (CRUZ, 2018, p. 40). En este sentido, ya no es tan importante el cómo y durante cuánto tiempo se produce, sino el qué y cuanta cantidad se produce.

El problema que se plantea es que estos criterios de identificación de la dependencia o subordinación no han sido incorporados de un modo expreso por el legislador, el cual ha mantenido una actitud totalmente neutra frente a estas nuevas realidades, dejando que sea la jurisprudencia la que elabore y, consecuentemente, aplique estos nuevos criterios que permitirán identificar la subordinación o dependencia y, por extensión, la existencia de una relación laboral.

En definitiva, como sucedía con el fenómeno de la descentralización productiva, aunque de forma muy lenta y dubitativa, el ordenamiento jurídico y, en particular, la jurisprudencia, empiezan a asumir y a incorporar los cambios producidos por las nuevas tecnologías en la prestación de servicios, para que los mismos no permitan excluir del ámbito de aplicación y, por tanto, de protección del Derecho del Trabajo, a los colectivos de trabajadores afectados por los mismos. Ello necesariamente va a comportar una cierta remodelación y/o flexibilización del tradicional test de laboralidad para adaptarlo a la nueva economía (MERCADER, 2017, p. 113), de modo que con ello se haga posible que el Derecho del Trabajo siga amparando estas nuevas formas de prestación de servicios.

3.2.2. Nuevas tecnologías y transformaciones en la morfología “típica” del trabajo subordinado.

Como ya se ha anticipado, la disminución del trabajo típico, fruto de la proliferación de las nuevas tecnologías, también se constata en el hecho de que las mismas, aun sin llegar a cuestionar el carácter laboral de la prestación de servicios desarrollada por el trabajador, están desencadenando una alteración de la morfología hasta el momento “típica” del trabajo subordinado, que ya hemos descrito en los siguientes términos: trabajador contratado por una empresa a tiempo completo y mediante un contrato de duración indeterminada y que presta sus servicios en las instalaciones de la propia empresa que lo contrata. En este sentido, “gracias” a las nuevas tecnologías, se están imponiendo cada vez con más consistencia, prestaciones de servicios por cuenta ajena que se realizan a jornada parcial y con una duración determinada y que, incluso, ya no se desarrollan en las instalaciones de la empresa contratante.

Veamos a continuación, de modo muy breve, como se manifiestan estas mutaciones del trabajo subordinado típico.

a) Procesos de selección y nuevas tecnologías.

Las nuevas tecnologías pasan a ser determinantes en los procesos de selección del personal, en los que las redes sociales cada vez juegan un papel más fundamental a la hora de reclutar y buscar trabajo, pasando además a ser los empleados el principal departamento de marketing de la empresa a la hora de captar el talento, no en vano, tienen un móvil o un ordenador con

el que contar a los demás en sus redes si se trata de una buena empresa, si paga bien o hay un buen ambiente de trabajo. Conseguir el mejor talento para la empresa ya no depende exclusivamente de lo que la empresa busca o dice, sino de cuánto y qué se escribe en las redes sociales sobre la misma. Igualmente, el curriculum vitae, la entrevista de trabajo, las referencias, etcétera, pasan a un segundo plano a la hora de seleccionar a los trabajadores, pudiendo alcanzar una gran relevancia para ello la información que de los mismos que el empresario pueda obtener en las redes sociales (TASCÓN, 2010 pp. 139 y 140 y pp. 142 y ss. y LLORENS, 2014). La reputación “on line” se convierte de este modo en uno de los principales criterios a la hora de tomar decisiones de contratación (TODOLÍ, 2016, p. 112).

Además, no únicamente cambian los medios de selección de personal, sino también los criterios que se tienen en cuenta para su selección, de modo que los criterios más importantes pasan a ser las habilidades personales y las actitudes, les seguirán las competencias transversales, mientras que resultan cada vez menos relevantes la formación académica y la experiencia previa (MERCADER, 2017, pp. 233 y 234). En otros términos, la formación deja de ser considerada como una actividad para pasar a ser vista como una actitud (VACAS 2010, p. 131).

b) El impacto de las nuevas tecnologías en las modalidades contractuales empleadas.

La incidencia de las nuevas tecnologías en las modalidades contractuales utilizadas por empresarios y trabajadores para formalizar la relación laboral es fruto, sin lugar a dudas, de los efectos que las nuevas tecnologías han tenido en la forma de prestar el trabajo. A tal efecto, como ya se ha avanzado, las nuevas tecnologías han provocado una alteración de la morfología típica de este trabajo subordinado, de manera que se ha pasado de un trabajador contratado por una empresa a tiempo completo y mediante un contrato de duración indeterminada y que realiza su trabajo en las instalaciones propias de la empresa que lo contrata, a un trabajador que realiza una jornada parcial y durante un tiempo determinado y que, incluso, ya no desarrolla su actividad en las instalaciones de la empresa contratante. En este punto, se vislumbra una cierta correlación entre la introducción de nuevas tecnologías y la utilización de formas precarias de trabajo, entendiendo *a priori* por estas el trabajo a tiempo parcial y por tiempo determinado y, también, el retorno a viejas modalidades como el trabajo a distancia (PÉREZ DE LOS COBOS, 1990). A tal efecto, probablemente una de las mayores manifestaciones de este tipo de impactos se encuentre en la proliferación del contrato de “cero horas” (*zero hours contracts*) (ESTEVE, 2018).

En este sentido, las modalidades más utilizadas para la contratación de trabajadores en aquellos sectores con un amplio componente tecnológico son el contrato a tiempo parcial (art. 12 ET) y los contratos de duración determinada (art. 15 ET) y, también, respecto a la modalidad específica del teletrabajo, se ha producido el resurgimiento del contrato de trabajo a distancia (art. 13 ET).

c) Cambios en la clasificación profesional de los trabajadores derivados de las nuevas tecnologías.

La incidencia de las nuevas tecnologías sobre la cualificación profesional del trabajador comprende diversos aspectos: En primer lugar, se ha producido un efecto contradictorio, ya

que en tanto que algunos trabajos, principalmente, los que existían con anterioridad a la innovación tecnológica han sufrido un proceso de descualificación profesional, otros, principalmente, los vinculados a la misma innovación tecnológica, exigen una gran cualificación profesional. En segundo lugar, la adaptación constante a la innovación y a los cambios impuestos por el mercado, exigen un perfil profesional más flexible, variado y genérico, donde prima la polivalencia. En definitiva, se busca un trabajador con habilidad artesanal y capacidad teórica, capaz de manipular e interpretar información abstracta y capaz también de decidir por el mismo (PRADAS, 1997). Y, finalmente, gran parte del personal realiza su prestación de servicios con independencia de cual sea el contenido de los mismos, a través de algún sistema tecnológico, lo que ha provocado la homogenización de la prestación de servicios prestados por los diversos colectivos de trabajadores. En este sentido, tanto los diseñadores de un producto, como el operario que pone en marcha una cadena de montaje, como el contable que gestiona los recursos económicos lo hacen a través del ordenador, variando únicamente el software utilizado.

Como consecuencia del impacto de las nuevas tecnologías en esta materia, el ordenamiento jurídico-laboral español ya ha ido incorporando a través de sucesivas reformas legislativas un modelo flexible por lo que hace referencia a la clasificación profesional, la movilidad funcional de los trabajadores e, incluso, en materia de despido.

d) Afectaciones de la innovación tecnológica en el lugar y tiempo de trabajo.

Las innovaciones tecnológicas inciden cada vez más en las variables de lugar y tiempo de trabajo. Así, por ejemplo, en la nueva economía, la mayoría de trabajos que se llevan a cabo con un ordenador conectado a una red del tipo que sea pueden ser realizados en lugares diferentes del centro de trabajo habitual. En todos estos supuestos, además, el trabajo en el propio domicilio ya no es una exigencia, en tanto que el lugar de trabajo puede ser cualquier lugar que tenga cobertura en la red, como pueden ser las cafeterías, los lobbies de los hoteles, etcétera, que se convierten en auténticas “oficinas satélite” (MERCADER, 2017, p. 28 y VACAS, 2010, p. 135). Nos encontramos, en definitiva, ante los que se conoce como los “nuevos nómadas tecnológicos” (VACAS, 2010, pp. 134 y ss.).

Igualmente, las nuevas tecnologías permiten diluir en gran medida el sometimiento del trabajador a una jornada y a unos horarios laborales rígidos. A tal efecto, la extensión de formas de horario flexible, unida a formas de trabajo por objetivos o bien de retribución por tareas favorecen la extensión de nuevas formas de prestación del trabajo (CRUZ, 2018, p. 39). Asimismo, también como consecuencia de que los trabajadores de la nueva economía se caracterizan por sus capacidades de innovación, de polivalencia y de la mayor disponibilidad posible, se difumina de forma sustancial la separación entre el espacio privado y profesional del trabajador. Ello hace del todo necesario articular nuevos derechos dirigidos a estos trabajadores, como es el caso, por ejemplo, del derecho a la desconexión tecnológica o digital ya reconocido en algún ordenamiento jurídico (MERCADER, 2017, p. 160, VALLECINO, 2017 y USHAKOVA, 2016). En este contexto, el trabajo tiene que dejar de ser considerado solamente como aquello que se realiza dentro de un espacio de tiempo, para comenzar a ser contemplado como todo lo que se hace para alcanzar unos objetivos fijados de antemano.

En todo caso, los efectos que se derivan de la introducción de nuevas tecnologías y, en especial, del desarrollo de la economía colaborativa, en la delimitación del lugar y del tiempo de trabajo, no supone una ruptura radical con el modelo anterior. Así, por ejemplo, aunque en estos supuestos parece partirse de una libertad absoluta de quien presta los servicios para poner a disposición de la empresa una cantidad determinada de tiempo de trabajo, como si de un trabajador autónomo se tratara, en la práctica dicha libertad se diluye notablemente, de modo que, por ejemplo, deben aceptarse un número prefijado de servicios, lo que a la postre puede desencadenar en la existencia de jornadas de trabajo superiores incluso a las legalmente establecidas. En definitiva, lo relevante para el empleador pasa a ser la capacidad de control del modo de realización del trabajo y del resultado del mismo (CRUZ, 2018, p. 39).

4. LA NECESARIA ADECUACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO A LAS NUEVAS FORMAS ATÍPICAS DE TRABAJO POR CUENTA AJENA IMPULSADAS POR LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.

El entorno socioeconómico que constituye el sustrato sobre el que se aplica el Derecho del Trabajo del Trabajo y de la Seguridad Social siempre ha tenido un carácter cambiante, pero en los últimos años, de la mano de las constantes innovaciones tecnológicas, estos cambios se están mostrando, aún más radicales y vertiginosos, llegando a hacer temblar los propios cimientos sobre los que tradicionalmente se ha sustentado esta disciplina.

En este punto, no cabe duda que reflexionar sobre cuál es el futuro de las relaciones laborales contribuye a ayudar a construir el nuevo Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que tendrá que regularlas. Para ello, resulta del todo trascendental reflexionar sobre el impacto que la implantación de las nuevas tecnologías ha tenido, está teniendo y seguirá teniendo en el futuro en las relaciones laborales y, por extensión, en la disciplina del Derecho del Trabajo a la que, al menos por el momento, aún le corresponde regularlas. A tal efecto, el Derecho del Trabajo no puede suponer un lastre para la modernización económica, pero tampoco puede suponer que esta rama del ordenamiento jurídico abdique de las funciones que le son propias en aras a favorecer dicha modernización económica. En otros términos, las innovaciones tecnológicas no pueden comportar la obsolescencia del ordenamiento jurídico laboral, sin perjuicio de que el mismo debe adaptarse a los cambios que las mismas suponen.

Como ya se ha expuesto a lo largo de este trabajo, las nuevas tecnologías inciden en todos los ámbitos tradicionales de esta disciplina jurídica, tanto en las relaciones individuales como colectivas del trabajo, si bien, la estructura jurídica de la relación individual de trabajo constituye el terreno donde aún en la actualidad se manifiestan estos efectos con mayor claridad. A tal efecto, las nuevas tecnologías han impactado tanto en la cantidad como en la calidad del empleo.

Por lo que respecta a la cantidad del empleo, es cierto que en muchos ámbitos el trabajo humano puede verse sustituido por la innovación tecnológica y los cambios que la misma provoca en la organización del aparato productivo, pero al mismo tiempo, no se puede cuestionar que la innovación tecnológica también genera nuevas oportunidades de trabajo, no en vano, algunos de los sectores económicos más dinámicos están directamente relacionados con las nuevas tecnologías (informática, telecomunicaciones, plataformas virtuales, robótica, etcétera).

Tampoco se puede dar una respuesta unívoca en relación con el impacto de las nuevas tecnologías en la calidad del empleo. A tal efecto, la incorporación de las nuevas tecnologías ha supuesto, por una parte, la proliferación de trabajos altamente cualificados y con buenas condiciones de trabajo, pero también, han favorecido el desarrollo de trabajos ahora mucho menos cualificados, que se han visto afectados por los procesos de externalización y subcontratación con condiciones laborales precarias. En definitiva, las innovaciones tecnológicas originan verdaderos procesos de polarización de la ocupación.

Más allá de la afectación de las nuevas tecnologías en la cantidad y calidad de trabajo, el principal impacto de las mismas en las relaciones individuales de trabajo ha consistido en que han contribuido de un modo decisivo a difuminar los ya de por sí tenues contornos de los propios sujetos de la relación laboral, es decir, de los empresarios y de los trabajadores. En otros términos, la innovación tecnológica participa activamente en la progresiva indefinición de los propios sujetos de la relación laboral, a través de nuevas formas de organización empresarial por parte de las empresas y de nuevas formas de prestación de servicios por parte de los trabajadores.

Por lo que respecta a la figura del empresario, las posibilidades que incorporan las nuevas tecnologías han producido importantes cambios en la organización empresarial, contribuyendo de un modo decisivo al vertiginoso auge de la descentralización productiva. Como resultado de estos procesos de descentralización productiva, aquella entidad empleadora que controlaba todo el ciclo productivo ha sido sustituida por otra realidad fragmentada y dispersa, lo que ha introducido una tremenda complejidad en cuanto al ámbito en que se desarrollan las relaciones laborales. Es esta una realidad a la que contribuyen las cadenas de subcontratas, franquicias, plataformas virtuales u otras manifestaciones de la empresa en red, con elementos añadidos como la digitalización y la *Gig economy*. A todo ello, cabe añadir que la descentralización productiva es hoy una realidad desbordante a la que ha contribuido la globalización económica que ha traído consigo la deslocalización de empresas y, con ella, la descentralización internacional del trabajo.

Todas estas transformaciones de la organización empresarial, acentuadas en gran medida por las nuevas tecnologías, hacen del todo necesario un replanteamiento de la definición laboral de la figura del empresario laboral, en tanto que, en la actualidad, esta cuestión constituye un elemento de gran incertidumbre jurídica en relación a la aplicación de la norma laboral. En esta dirección, debe exigirse que la normativa y la jurisprudencia prevean todas estas manifestaciones de la descentralización productiva, procediendo simultáneamente a la tipificación y, por tanto, normalización de este fenómeno, de modo que al mismo tiempo que sea admitido por el ordenamiento jurídico, para asegurar la eficacia de la empresa, se contemplen mayores límites y garantías de los trabajadores frente al poder empresarial.

Por lo que respecta a la figura del trabajador, las posibilidades que las nuevas tecnologías introducen en la prestación de servicios también han acentuado la tendencia ya generalizada de configurar relaciones de actividad productiva no sometidas en todo o en parte a las reglas del Derecho del Trabajo, contribuyendo decisivamente al fenómeno de la huida del Derecho del Trabajo. En particular, las innovaciones tecnológicas han afectado al propio objeto del Derecho del Trabajo y, por tanto, al mismo ámbito de aplicación del mismo, en la medida en

que han contribuido a la transformación del trabajo por cuenta ajena en trabajo autónomo, es decir, han permitido un incremento, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo, de formas de trabajo no subordinadas o, en cualquier caso, parasubordinadas. A tal efecto, si bien, inicialmente las nuevas tecnologías supusieron el auge de nuevas maneras de trabajar individualmente mediante el teletrabajo, trabajo casual y dirección interina, actualmente, posibilitan nuevas maneras de trabajar colectivamente a través de las plataformas virtuales, dando lugar a una verdadera eclosión de la economía colaborativa (“on demand economy”).

Pero además, la disminución del trabajo típico, fruto de la proliferación de las nuevas tecnologías, también se constata en el hecho de que las mismas, aun sin llegar a cuestionar el carácter laboral de la prestación de servicios desarrollada por el trabajador, están desencadenando una alteración de la morfología hasta el momento “típica” del trabajo subordinado. A tal efecto, las nuevas tecnologías están incidiendo en que cada vez se estén imponiendo con mayor consistencia prestaciones de servicios por cuenta ajena que se realizan a jornada parcial y con una duración determinada y que, incluso, ya no se desarrollan en las instalaciones de la empresa contratante, ni en una jornada laboral preestablecida.

Todas estas mutaciones en el trabajo típico, no pueden llevarnos necesariamente a excluir estas prestaciones del ámbito del Derecho del Trabajo, sino que, tan solo, resulta necesario un replanteamiento de los criterios utilizados hasta el momento para la calificación de la relación de trabajo, donde criterios como los de la dependencia jurídica pueden aparecer ocultos detrás de las formas más novedosas de organización empresarial y donde, por tanto, cabría replantearse el uso de criterios que no pongan el énfasis tanto en la capacidad del empresario de incidir en la forma y contenido de la prestación, como en la situación en que respecto del mercado se colocan las partes de aquella relación de trabajo.

En definitiva, la ineludible necesidad de adaptación del Derecho del Trabajo a las nuevas realidades socioeconómicas no debe suponer necesariamente que el mismo se encuentre en crisis, bien al contrario, de llevarse cabo la adaptación del Derecho del Trabajo a estas nuevas formas de trabajo atípico de un modo plenamente satisfactorio, no cabe duda que esta disciplina jurídica se verá reforzada, dotando de cobertura y protección a un gran número de prestaciones de servicios que en la actualidad carecen de la misma.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Alonso, D. (2013). Labor Law and “Atomization of Work”: Legal Responses to the “Fissured Workplace” in Spain, en AAVV (BLANPAIN, R./ HENDRICKX, F./ NAKAKUBO, H./ ARAKI, T., Eds.), *The Notion of Employer in the Era of the Fissured Workplace, Bulletin of Comparative Labour Relations*, Vol. 95, Wolters Kluwer.

Álvarez Alonso, D. (2018). El ordenamiento laboral ante los desafíos de la “fragmentación empresarial” y la “atomización del trabajo”. *Trabajo y Derecho*, núm. 38.

Cañada, E. (2015). *Las que limpian los hoteles. Historias ocultas de precariedad laboral*. Icaria Antrazyt.

- Cardona Rubert, M.B. (1998). Tutela de la intimidad informática en el contrato de trabajo. *Revista de Derecho Social*, núm. 6.
- Casas Baamonde, M.E. (2015). El derecho del trabajo ante las nuevas formas de trabajo. *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 7.
- Cavas Martínez, F. (2017). Las prestaciones de servicios a través de las plataformas informáticas de consumo colaborativo: un nuevo desafío para el derecho del trabajo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 406.
- Cedrola Spremolla, G. (2017). El trabajo en la era digital: reflexiones sobre el impacto de la digitalización en el trabajo, la regulación laboral y las relaciones laborales. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 5, núm. 1.
- Cruz Villalón, J. (1994). Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 13.
- Cruz Villalón, J. (2018). El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo. *Revista de Derecho Social*, núm. 83.
- Esteve Segarra, A. (2018). Zero hours contracts: hacia la flexibilidad absoluta del trabajo en la era digital. *Revista de Derecho Social*, núm. 82.
- Estrada López, B. y Pumarada, M. (2018). *La digitalización de la economía española y sus repercusiones en el empleo*. Fundación Alternativas.
- Falguera Baró, M.A. (2016). Nuevas tecnologías y trabajo (I): perspectiva contractual. *Trabajo y Derecho*, núm. 19-20.
- Ginés i Fabrellas (2016). *Externalización productiva y elusión de compromisos laborales: la necesidad de revisar la normativa europea en materia de subcontratación y sus consecuencias laborales*. Ponencia al Encuentro organizado por ADAPT "Futuro del Trabajo: una cuestión de sostenibilidad". Bèrgamo.
- Ginés i Fabrellas, A. y Gálvez Durán, S. (2016). *Sharing economy vs. uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital*". *INDRET. Revista para el Análisis del Derecho*.
- Gómez Rodríguez, J.M. (2014). Hacia una dimensión laboral en la globalización, retos y perspectivas. *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 37.
- Guerrero Vizueté, E. (2018). La economía digital y los nuevos trabajadores: un marco contractual necesitado de delimitación. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 6, Núm. 1.
- Lantarón Barquín, D. (2017). *Estándares laborales internacionales en la era de la globalización*. *Trabajo y Derecho*, núm. 28.
- Llorens Espada, J. (2014). El uso de Facebook en los procesos de selección de personal y la protección de los derechos de los candidatos. *Revista de Derecho Social*. núm. 68.

- Martín Artiles, A. (1995). *Flexibilidad y relaciones laborales. Estrategias empresariales y acción sindical*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- Martínez Moreno, C. (2017). El riesgo de exclusión social de los trabajadores pobres: análisis de las reglas jurídicas conectadas con este nuevo fenómeno. En Moreno Gené, J y Fernández Villazón, L. (Dir.), *Crisis de empleo, integración y vulnerabilidad social*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- Martínez Moreno, C. (2018). Externalización productiva, creación de empleo y trabajo decente desde la perspectiva de la OIT, en MONEREO PÉREZ, J.L. y PERÁN QUESADA, S. (Dir.), *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial: aspectos laborales y de Seguridad Social*. Granada: Comares.
- Mercader Uguina, J.R. (2017). *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Molina Navarrete, C. (2017). ¿El futuro del trabajo, trabajo sin futuro? Los “mitos finalistas” en la era digital del “neo-mercado”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 408.
- Monereo Pérez, J.L. (2016). La garantía de los derechos de los trabajadores en la subcontratación empresarial. *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2.
- Monereo Pérez, J.L. (2018). Identidad de las empresas multiservicios: régimen jurídico y responsabilidades. En *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial*. Madrid: Ediciones Cinca.
- Palomeque López, M.C. (2015). El futuro del trabajo y las mutaciones del empleo. *Trabajo y Derecho*, núm. 11.
- Pérez de Los Cobos Orihuel, F. (1990). *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Poquet Català, R. (2017). Interrogantes abiertos de la robótica en el Derecho del Trabajo. *Revista de Información Laboral*, núm. 11.
- Pradas Montilla, R. (1997). Organización del trabajo y nuevas tecnologías. *Documentación Laboral*, núm. 53.
- Raso Delgue, J. (2017). La empresa virtual: nuevos retos para el Derecho del Trabajo. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol 5, núm. 1.
- Rifkin, J. (1998). *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puesto de trabajo: el nacimiento de una nueva era*. Barcelona: Paidós.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (1992). La huida del Derecho del Trabajo. *Relaciones Laborales*, núm. 12.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (2009). Trabajadores pobres y Derecho del Trabajo. *Relaciones Laborales*, núm. 2.

- Romagnoli, U. (1997). *El Derecho, el trabajo y la historia*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- Supiot, A. (1999). *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*. Tirant lo Blanch: Valencia.
- Tascón López, R. (2010). El trabajo humano (y su derecho) ante el imparable fenómeno de las redes sociales de internet. *Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. CEF, núm. 340.
- Todolí Signes, A. (2017). *El trabajo en la era de la economía colaborativa*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Trillo Párraga, F. (2016). Economía digitalizada y relaciones de Trabajo. *Revista de Derecho Social*, núm. 76.
- Ushakova, T. (2016). De la conciliación a la desconexión tecnológica. Apuntes para el debate. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 192.
- Vacas Aguilar, F. (2010). *La transformación del trabajo en la era de internet. Organizaciones abiertas, trabajo en red y autonomía funcional*. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 339.
- Vallecino Gámez, M.R. (2017). El derecho a la desconexión: ¿“Novedad digital” o esnobismo del “viejo” derecho al descanso? *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 408.
- Valdés Dal-Ré, F. (2010). Nuevas formas de organización de la empresa, globalización y relaciones laborales, en LAHERA FORTEZA, J. y VALDES DAL-RÉ, (Dir.), *Relaciones laborales, organización de la empresa y globalización*. Madrid: Ediciones Cinca.
- Vicente Palacio, M^a A. (2016). *Empresas multiservicios y precarización del empleo: el trabajador subcedido*. Barcelona, Atelier.
- Weil, D. (2014). *The Fissured Workplace: Why Work Became So Bad for So Many and What Can Be Done to Improve It*. Harvard University Press.

EL PROYECTO DE CURRÍCULUM VITAE ANÓNIMO: BREVE ANÁLISIS PARA EL DEBATE

Antonio Fernández García²⁴¹

Universitat Oberta de Catalunya (UOC), Spain

Resumen:

Este trabajo analiza el proyecto impulsado en 2017 por el anterior Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad para implantar el currículum vitae anónimo (CVA) en las empresas y entidades que deseen adherirse. El CVA tiene como finalidad evitar sesgos discriminatorios de género en los procesos de selección de personal. Tras un examen del proyecto y de la normativa aplicable a los procesos de selección, analizamos las características tecnológicas y técnico-jurídicas que debe tener el CVA para resultar efectivo, tanto para evitar la discriminación de género como otras discriminaciones. También valoramos cómo se ha desarrollado esta medida en una importante empresa y la posibilidad de implantar el CVA a través de la negociación colectiva y de los planes de igualdad.

Palabras clave: currículum vitae anónimo, derecho a la no discriminación, plan de igualdad, selección de personal.

Abstract: This paper analyses the implementation of blind recruitment processes in companies or organisations, a project that was sponsored in 2017 by the previous administration of the Ministry of Health, Social Services and Gender Equality. The Anonymous or Blind Curriculum Vitae (ACV) aims at removing any gender bias or discrimination in the recruitment processes. After a close evaluation of the project and the current legislation, this paper places the focus on the technological and techno-juridical aspects involving a recruitment process based on ACV to effectively remove gender discrimination from the equation, as well as any other type of bias. This paper also portrays the experience of a big company in implementing a type of

²⁴¹ ORCID ID: 0000-0003-1382-4407. El autor es miembro del grupo de investigación consolidado reconocido por la Generalitat de Catalunya «Fiscalidad, relaciones laborales y empresa». Ref. 2017 SGR 258.

recruitment and, finally, explores the possibility of expanding the use of ACV through collective bargaining and gender equality programmes.

Keywords: Anonymous Curriculum Vitae, right to non-discrimination, gender equality programme, recruitment.

ÍNDICE

1. **Introducción**
2. **El proyecto de currículum vitae anónimo**
3. **Estado de la normativa sobre discriminación en los procesos de selección**
4. **La eficacia del currículum vitae anónimo**
 - 4.1. **Tecnología y diseño del proceso de selección**
 - 4.2. **Implantación del currículum vitae anónimo en la empresa Ikea Ibérica S.A.**
 - 4.3. **La prueba de la discriminación y el currículum vitae anónimo**
5. **El currículum vitae anónimo y los planes de igualdad**
6. **Conclusiones**

1. INTRODUCCIÓN

En el año 2017, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (actual Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social), a través del Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades anunció un proyecto con la finalidad de implantar el denominado currículum vitae anónimo o ciego (en adelante, CVA) en las empresas y entidades que celebrasen un convenio al efecto.

Se admite por parte del Ministerio que persisten sesgos discriminatorios de género en los procesos de selección de personal (también en la promoción profesional) para acceder a puestos de trabajo tanto en el ámbito público como en el privado, lo que provoca que se descarte con mayor frecuencia a «mujeres o a personas que tienen determinadas circunstancias familiares, edad, apariencia u otras» que pueden inducir a pensar que no son personas idóneas para determinados puestos. Para evitar estas prácticas propone una medida innovadora, el CVA, que puede incorporarse progresivamente en función de las características de cada empresa o entidad y avanzar de este modo «de manera decidida en la consecución del objetivo de igualdad de trato y oportunidades, así como a una participación equilibrada de mujeres y hombres».

Este trabajo pretende analizar la medida propuesta mediante el examen del modelo de protocolo y otra información disponible en la web del Ministerio, así como observar algún caso de implantación del CVA en empresas adheridas a este proyecto. Pretendemos dar respuesta a las siguientes preguntas: ¿resulta efectivo el CVA para evitar la discriminación por razón de sexo en los procesos de selección de personal? ¿y para otro tipo de discriminaciones? ¿la

metodología propuesta por el Ministerio es adecuada o sería más apropiado recurrir a la negociación colectiva? ¿Qué relación existe entre esta medida y los planes de igualdad?

2. EL PROYECTO DE CURRÍCULUM VITAE ANÓNIMO

Mediante el modelo de protocolo²⁴² y otra información disponible en la web del Ministerio podemos distinguir las siguientes características de este proyecto cuyo nombre oficial es el de «Protocolo general para el diseño, implantación y valoración de un proyecto de currículum vitae anónimo para la selección de personal».

En primer lugar, como se ha indicado, el proyecto se celebra mediante la firma de un convenio vía lo dispuesto en el art. 47.1 de Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Intervienen, por un lado, la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad²⁴³ y por el otro «empresas y otras entidades que participan activamente en los procesos de selección de personal», incluyendo «agentes sociales, universidades, escuelas de negocio, colegios profesionales, empresas de selección de talento» (cláusula cuarta del Protocolo general). Hasta la fecha se han adherido a este proyecto 92 entidades: empresas privadas (banca, seguros, consultoría, alimentación, telecomunicaciones, abogacía, energía, construcción, automoción, etc.), asociaciones, fundaciones, sindicatos (CCOO, UGT, FETICO), empresas de trabajo temporal (Randstad, Selección Selectiva ETT, Synergie), un portal de empleo (Infojobs), un ayuntamiento (Alcorcón), una cámara de comercio (Huesca) y una universidad (Universitat Politècnica de València)²⁴⁴.

En segundo lugar, el convenio se firma para el diseño, elaboración, y seguimiento de un proyecto para promover la implantación de procesos de selección despersonalizados o CVA. De este modo, se pretenden evitar los posibles sesgos de género en los procesos de selección de personal y, en su caso, promoción profesional.

Un currículum vitae es un documento que elabora el propio candidato en el que constan sus datos personales, titulaciones académicas obtenidas, su experiencia laboral y profesional, conocimientos de idiomas, etc (Fernández García, 2013: 119). Cuando hablamos de CVA nos referimos a la definición que se encuentra en la cláusula segunda del Protocolo: «el que suprime referencias personales tales como el nombre y apellidos, sexo o edad, y no incluye

²⁴² Modelo de protocolo disponible en http://www.igualdadenaempresa.es/novedades/noticias/docs/Protocolo_cv_anonimo.pdf.

²⁴³ Se alega que a este órgano superior le corresponde «desarrollar las políticas del Gobierno en materia de igualdad, de prevención y eliminación de toda clase de discriminación de las personas por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o ideología, orientación o identidad sexual, edad, discapacidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social», en virtud del Real Decreto 200/2012, de 23 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. Asimismo, se indica que de la Secretaría depende el Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades que conforme a lo dispuesto en el art. 17 de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, y al Real Decreto 926/2015, de 16 de octubre «tiene como finalidad primordial la promoción y el fomento de las condiciones que posibiliten la igualdad social de ambos sexos y la participación de la mujer en la vida política, cultural, económica y social, así como la prevención y eliminación de toda clase de discriminación de las personas por razón de ...sexo...». A este Instituto le corresponde específicamente, entre otras funciones «realizar cuantas actividades favorezcan la participación de las mujeres en la actividad económica y en el mercado de trabajo, de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo», así como la promoción profesional de las mujeres y la potenciación de su acceso a puestos de responsabilidad y dirección en los ámbitos público y privado. Finalmente, se pone en marcha este proyecto de CVA en coherencia con lo dispuesto en el Compromiso estratégico para la igualdad entre mujeres y hombres 2016-2019 de la Comisión Europea y en el Pacto Europeo por la Igualdad de Género (2011-2020), aprobado en 2011 por el Consejo de la Unión Europea.

²⁴⁴ Listado disponible en <https://www.mscbs.gob.es/ssi/igualdadOportunidades/iEmpleo/cvanonimo/cvanonimol.htm>.

tampoco fotografía, ni cualquier otro dato que pudiera dar lugar a cualquier sesgo discriminatorio en un proceso de selección de personal, con el fin de centrarlo en lo único que a priori tendría que ser relevante a la hora de acceder a un empleo o puesto, como serían la formación, cualificación, capacidades y perfil del candidato o candidata que mejor se adapta a la función a desarrollar».

En tercer lugar, el proyecto se organiza a través de grupos de trabajo que diseñarán, teniendo en cuenta las características, tamaño, sector y particularidades de las distintas entidades adheridas, los procedimientos y modelos más adecuados para facilitar la implantación del CVA; las fases del proceso de selección en los que cabe implantarlo; la forma de implantación y los indicadores estadísticos que deberán recoger las empresas para poder evaluar la efectividad del mismo, así como recomendaciones para la mejora del proyecto. Estos grupos de trabajo estarán formados por representantes de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad y por representantes de las empresas y entidades interesadas. Los primeros se encargarán de coordinarlos y dinamizarlos y los segundos participarán en el grupo que les corresponda en función de sus características. También se prevé la posibilidad de participación de «personas expertas en materia de selección de personal sin sesgos de género, a petición de cualquiera de las partes» y se indica que se salvaguarda la libertad de las entidades firmantes para promover, impulsar e implantar las medidas de acción positiva que consideren más adecuadas para facilitar la participación equilibrada de mujeres y hombres en los distintos niveles y ámbitos de su organización

En cuarto lugar, la duración del proyecto será de 24 meses pudiendo prorrogarse de forma expresa en cualquier momento antes de su finalización. Además, puede implantarse en su totalidad o en parte y las partes podrán acordar cuantas modificaciones consideren oportunas para mejorar el desarrollo del proyecto, que se define como «flexible, abierto y dinámico». Cabe resolución por mutuo acuerdo entre las partes o denuncia con tres meses de antelación, así como por incumplimiento grave de cualquiera de las partes de los acuerdos del convenio.

3. ESTADO DE LA NORMATIVA SOBRE DISCRIMINACIÓN EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN

La discriminación en los procesos de selección de personal se produce en el momento del acceso al empleo, esto es, en las diversas fases precontractuales o de colocación como pueden ser la intermediación laboral, la emisión y difusión de una oferta de empleo, las entrevistas y otras pruebas selectivas, la negociación previa a la contratación, etc. Estos momentos previos a la celebración de un contrato de trabajo se caracterizan por una escasa regulación primando así el derecho a la libertad de empresa (art. 38 Constitución Española, en adelante CE) para seleccionar y contratar a los trabajadores que se considere más adecuados (STC 147/1986, de 25 de noviembre). Dicha libertad del empresario queda únicamente sujeta a unos límites marcados especialmente por los diferentes derechos constitucionales, entre los que destaca el derecho a no sufrir discriminaciones, reconocido en el art. 14 CE, en el art. 5 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOI), en los arts. 4.2 c) y 17.1 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 (en adelante, ET) y el art. 34 y ss de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Asimismo, proscribió la discriminación durante el acceso al empleo diferente normativa comunitaria, a saber: la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, sobre aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación²⁴⁵; la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (religión, convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual); y, finalmente, la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio, sobre aplicación del principio de igualdad de trato a las personas independientemente de su origen racial o étnico.

Nuestro Alto Tribunal ha definido la discriminación como una conducta que «se cualifica por el resultado peyorativo para el sujeto que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia en él de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, por su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (artículo 10.1 CE)» (STC 173/1994, de 7 de junio). La discriminación en un proceso de selección puede ser directa o indirecta. La discriminación directa se materializa en una diferencia de trato intencionada que origina un perjuicio y cuya única justificación es la circunstancia o factor personal o social del candidato. Se habla de discriminación directa abierta cuando esta es perceptible en un conocimiento superficial de la situación. Por ejemplo, cuando un empleador declara públicamente que no contrata a homosexuales (STJUE de 25 de abril de 2013, C-81/12, asunto *Asociația Accept*), extranjeros o personas de determinado origen racial o étnico porque a sus clientes no les agrada este perfil de trabajador (STJUE de 10 de julio de 2008, C-54/07, asunto *Feryn*). Como es de suponer, en multitud de ocasiones la actitud discriminatoria suele ser más velada, hablándose entonces de discriminación directa oculta o encubierta. En estos casos, la causa determinante del tratamiento peyorativo sigue siendo una de las prohibidas, solo que se ha tratado de esconder bajo denominaciones o instituciones en las que la trascendencia de dicho factor es secundaria o no es en absoluto evidente (Pérez del Río, 2003: 287). El ejemplo sería el de descartar a un candidato en una entrevista de selección alegando falta de experiencia profesional cuando en realidad se le está descartando por pertenecer a una determinada etnia, por su sexo, estado de embarazo, edad, etc.

Por su parte, la discriminación indirecta la constituye «toda disposición normativa heterónoma, cláusula convencional o contractual, pacto individual o decisión unilateral que, aparentemente neutra, ocasione una desventaja particular a una persona respecto de otras por las referidas razones, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para su consecución no sean adecuados y necesarios» (STSJ Cantabria de 14 de noviembre de 2005, rec. nº 905/2005).

Debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia comunitaria ha ido ampliando el concepto de discriminación por razón de sexo y discapacidad. Así, el concepto de discriminación se ha ampliado a la derivada del embarazo, la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil (art. 3 y 8 LOI). Por otro lado, la protección frente al trato peyorativo discriminatorio se extiende a los familiares de las personas con discapacidad (STJUE de 17 de julio de 2008, C-303/06, asunto *Coleman*).

²⁴⁵Véase también la STJCE de 21 de mayo de 1985, C-248-83, asunto Comisión contra República Federal de Alemania.

Por lo tanto, se entiende que una persona ha sido discriminada en el acceso a un empleo cuando se la ha excluido durante cualquiera de las fases previas a la contratación por la concurrencia en ella de alguno de los factores tasados en la normativa sin que exista una justificación amparada por la misma. Dichas justificaciones aparecen en diversos preceptos normativos. Por ejemplo, en relación al factor sexo, el art. 5 LOI establece que «no constituirá discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado». En similares términos se expresa el art. 4 Directiva 2000/78/CE respecto a una diferencia de trato basada en una característica relacionada con la religión, las convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual. En el caso de la edad, el art. 6 de la mencionada Directiva indica que las diferencias de trato admitidas pueden incluir: el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas; el establecimiento de condiciones mínimas en lo que se refiere a la edad para acceder al empleo o a determinadas ventajas vinculadas al mismo; y, el establecimiento de una edad máxima para la contratación, que esté basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación²⁴⁶.

En este punto debe recordarse que existe posibilidad de establecer medidas de acción positiva, tanto de origen estatal como convencional. En el acceso al empleo son destacables las relacionadas con el factor sexo que se establecen «en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres» que tendrán una duración temporal mientras subsistan dichas situaciones y deberán ser «razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso» (art. 11 LOI). En similar sentido se expresa el art. 17 ET al permitir que puedan establecerse por ley «las exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente» y puedan regularse «medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo». También previa consulta con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas podrán otorgarse «subvenciones, desgravaciones y otras medidas para fomentar el empleo de grupos específicos de trabajadores que encuentren dificultades especiales para acceder al empleo».

Por su parte, las medidas de acción positiva que pueden implantarse mediante la negociación colectiva, son las referidas a «favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres» (art. 43 LOI). El art. 17.4 ET habla de «favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones» para lo que permite negociar el establecimiento de «reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo profesional de que se trate».

²⁴⁶ Este último sería el caso de la STS de 30 de mayo de 2012 (rec. nº 63/2010) que no considera discriminatoria la edad máxima de acceso establecida para el personal de tropa y marinería de las Fuerzas Armadas.

Las pocas disposiciones normativas que establecen obligaciones específicas relacionadas con los procesos de selección de personal son las que se refieren a las infracciones por publicar ofertas de empleo discriminatorias (arts. 15.5 y 16.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social). También el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo (en adelante, LE) considera discriminatorias «las ofertas referidas a uno de los sexos, salvo que se trate de un requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar» y siempre se «considerará discriminatoria la oferta referida a uno solo de los sexos basada en exigencias del puesto de trabajo relacionadas con el esfuerzo físico» (art. 35.2 LE)²⁴⁷.

Tras lo expuesto, queda claro que el legislador ha dejado la regulación de los procesos de selección de personal al ámbito de la negociación colectiva²⁴⁸. No puede hablarse de éxito en esta materia pues pocos convenios introducen mecanismos efectivos de erradicación de conductas discriminatorias y menos aún de medidas de acción positiva. Se viene a perpetuar la tendencia clásica, es decir, la exigua regulación del ingreso al trabajo con el consiguiente elevado margen de discrecionalidad empresarial (Fernández García y Ureña Martín, 2018: 59).

Finalmente, una de las manifestaciones de la negociación colectiva como son los planes de igualdad (Capítulo III de la LOI), también pueden incluir medidas tendentes a evitar la discriminación en el acceso al empleo. Veremos esta cuestión con más detalle en un próximo epígrafe.

4. LA EFICACIA DEL CURRÍCULUM VITAE ANÓNIMO

4.1. Tecnología y diseño del proceso de selección

La implantación garantista de un sistema de CVA necesita, en nuestra opinión, dos pilares básicos: tecnología y diseño técnico-jurídico del proceso de selección.

Puesto que estamos hablando de un currículum vitae donde no deben figurar datos personales como el nombre y apellidos, sexo, edad, etc. ni una fotografía del candidato, y que debe ser evaluado atendiendo a la información puramente académica y profesional, el proceso de recogida de esos datos debe ser realizado de forma anónima. Además, si el objetivo de esta medida es evitar sesgos discriminatorios involuntarios del seleccionador así como conductas discriminatorias conscientes, el proceso debe quedar libre de la intervención humana. Por lo tanto, para garantizar esa evaluación anónima y objetiva debe emplearse la tecnología informática desde la fase consistente en la recepción de los datos del candidato.

²⁴⁷ Anuncios que contengan diversas menciones y referencias al sexo masculino sin que se expresen unas condiciones para el desempeño del trabajo que justifiquen la exclusión de las mujeres para el puesto de trabajo descrito, caso de la STSJ de Cataluña de 10 de octubre de 2005 (rec. nº 476/2000) o el ejemplo extraído de la STJUE de 22 de abril de 1997, C-180/95, asunto Draehmpaehl: «buscamos para nuestra empresa de distribución una colaboradora de la Dirección con experiencia».

²⁴⁸ Una extensa enumeración de cláusulas convencionales sobre selección de personal puede verse en Alameda Castillo (2014: 196) y en diferentes capítulos de la obra Sánchez Trigueros, C. (dir.), Kahale Carrillo, D.T. y Velasco Portero, T. (coord.). (2016). *El principio de igualdad en la negociación colectiva*. Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

Lo más adecuado parece usar una plataforma web donde el candidato introduce sus datos personales y profesionales mediante un formulario o aplicación que permite anonimizar esa información. A continuación, un algoritmo informático con criterios establecidos analiza y cruza esos datos con los requisitos del puesto de trabajo ofrecido. Un algoritmo es un código software que procesa un conjunto limitado de instrucciones (Monasterio Astobiza, 2017: 186) y que, según se diseñe, puede servir para evaluar el grado de adecuación de un candidato a una oferta. El resultado final es la continuación o el descarte del proceso de selección basado en datos objetivos y no discriminatorios. Dicho resultado se comunica al candidato mediante correo electrónico y, si ha sido declarado apto, se le cita automáticamente a una entrevista final con los encargados de selección de personal donde se acabará perfeccionando el contrato de trabajo, si ambas partes consienten.

Con este sistema de CVA evitamos un foco importante de conductas discriminatorias que se producen en la fase de criba inicial de currículum vitae. Además, la propia plataforma web puede incluir diversas pruebas de selección como test psicotécnicos, pruebas de conocimientos, etc. que mejoran el proceso y reducen los gastos asociados a este tipo de pruebas cuando se llevan a cabo de forma presencial. No obstante, reconocemos la dificultad que existe para diseñar un proceso de selección libre de intervención humana si se desean cubrir determinados puestos de trabajo técnicamente complejos.

En este punto debemos señalar que determinados riesgos para los derechos fundamentales debido al uso de algoritmos informáticos, inteligencia artificial, macrodatos y tomas de decisiones automatizadas han sido advertidos recientemente²⁴⁹. Se sabe que los algoritmos reproducen comportamientos discriminatorios (origen racial, etnia, género)²⁵⁰ incluso pueden favorecer la discriminación indirecta por razón de sexo (Ballester Pastor, 2018). De hecho, en ocasiones ni siquiera el propio creador del algoritmo es capaz de prever las consecuencias de su uso y su repercusión en los derechos fundamentales (Monasterio Astobiza, 2017: 186).

Esto significa que el diseño de la plataforma, los formularios, el algoritmo, las pruebas, etc. debe llevarse a cabo con la máxima atención a la normativa y jurisprudencia que hemos mencionado en el anterior epígrafe, utilizándose baremos libres de sesgos discriminatorios. Una herramienta útil para evitar estos sesgos es la evaluación de impacto incorporada por el nuevo Reglamento (UE) 679/2016, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos, en adelante RGPD). Dicha evaluación de impacto debe realizarse con carácter previo al tratamiento de datos, cuando sea probable que, por su naturaleza, alcance, contexto o fines, entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas. En este sentido, el uso de algoritmos informáticos que evalúan datos de candidatos (experiencia profesional, edad, sexo, localización geográfica, etc.) conformando perfiles de estos consideramos que exigirá la realización de una evaluación de impacto en los términos del art. 35.3 a) RGPD (Preciado Domènech, 2017: 164).

²⁴⁹Véase la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2017, sobre las implicaciones de los macrodatos en los derechos fundamentales: privacidad, protección de datos, no discriminación, seguridad y aplicación de la ley.

²⁵⁰Ejemplos de discriminaciones por esos factores pueden verse en Monasterio Astobiza (2017: 198).

De hecho, el proceso para implantar el CVA en una organización debe estar presidido no solo por la normativa antidiscriminatoria sino también por la relativa a la protección de datos de carácter personal. Así, los arts. 25.1 y 25.2 RGDP consideran la necesidad de tener en cuenta la privacidad en todo el ciclo de vida de la tecnología, desde la fase de diseño hasta su fin, tanto de los sistemas de información, como de las arquitecturas y redes de comunicación, los procesos productivos y de negocio desde el momento en que se diseña e inicia la gestión y ciclo de vida del tratamiento de datos (Mercader Uguina, 2017: 208). Son los principios de privacidad por defecto y en el diseño, medidas preventivas donde debe integrarse la protección frente a la discriminación (Cotino Hueso, 2017: 139). Recuérdese también que el art. 22.3 RGPD establece que, ante decisiones automatizadas basadas en tratamientos de datos personales, el responsable del tratamiento «adoptará las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión», en nuestro caso, de descarte de un proceso de selección de personal.

Además del aspecto tecnológico debemos estar al cumplimiento de la normativa antidiscriminatoria que, como se ha visto en el epígrafe anterior, resulta un tanto generalista, contiene excepciones no siempre clarificadas y ha sido matizada por la jurisprudencia en determinados aspectos. Estas características provocan dificultades a la hora de implantar un proceso de CVA.

Por ejemplo, a la hora de establecer unos requisitos para el puesto de trabajo ofertado se corre el peligro de caer en discriminaciones indirectas. El supuesto más extendido es el de solicitar una titulación académica o profesional (requisito «neutro») que pocas mujeres poseen sin que este requisito esté justificado para el puesto a ocupar²⁵¹. El último caso destacable es la existencia de discriminación indirecta por razón de sexo al exigirse una altura determinada para el acceso de las mujeres a la profesión de policía (STJUE de 18 de octubre de 2017, C-409/16, asunto Kalliri).

Respecto a la existencia de puestos de trabajo específicos destinados exclusivamente para mujeres u hombres, recuérdese que el art. 5 LOI establece que «no constituirá discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado».

La jurisprudencia comunitaria, ha venido estableciendo ciertos parámetros para determinar si nos encontramos ante este tipo de excepciones a la hora de establecer un perfil para un puesto de trabajo: en primer lugar, la excepción debe ser interpretada de forma restrictiva; en segundo lugar, debe seguirse un criterio de proporcionalidad en su regulación; y finalmente, debe revisarse periódicamente para ponerla en consonancia con la evolución social (López Balaguer, 2010: 87). Así pues, aplicando dichos requisitos se ha considerado que no se ajusta a

²⁵¹Véanse los casos de la STS de 4 de mayo de 2000 (rec. nº 3708/1999) y la STSJ de Cantabria de 14 de noviembre de 2005 (rec. nº 905/2005).

derecho la exclusión total de las mujeres para el acceso a empleos militares que impliquen el uso de armas (STJUE de 11 de enero de 2000, C-285/98, asunto Kreil), trabajo en minas (STJUE de 1 de febrero de 2005, C-203/03, asunto Comisión contra Austria), tareas de buceo o en medios hiperbáricos (STJUE de 1 de febrero de 2005, C-203/03, asunto Comisión contra Austria) y trabajo nocturno (STJUE de 12 de julio de 1984, C-184/83, asunto Hoffmann, y de 25 de julio de 1991, C-345/89, asunto Stoecktel, entre otras).

Parece ser que los empleos relacionados con el mundo artístico, como modelos de ropa, de pintura, actores o figurantes de cine o teatro, etc., junto con ciertas actividades en hospitales, centros penitenciarios, o similares, en las que haya que preservar la intimidad personal, serán los que más fácilmente puedan justificar una diferencia de trato por razón de sexo, amparándose en la propia naturaleza de la actividad profesional concreta (Charro Baena y San Martín Mazzucconi, 2007: 88). No cabe apelar a la costumbre, la tradición o cualquier otro motivo «social» para justificar la licitud de una oferta de empleo destinada únicamente a un sexo, pues precisamente han sido los motivos sociales o culturales los que han causado y causan la discriminación hacia el género femenino (Fabregat Monfort, 2008: 92)²⁵².

En cuanto a establecer una edad mínima o máxima para el puesto de trabajo, las justificaciones a la diferencia de trato estipuladas en la Directiva son amplias pero debe estarse al sector o puesto de trabajo concreto. En cualquier caso, existen diversos incentivos económicos a la contratación de trabajadores mayores de 52 años²⁵³, jóvenes menores de 25 años²⁵⁴, personas con discapacidad²⁵⁵, etc. por lo que si la empresa desea acogerse a ellos debe contemplarse esta posibilidad a la hora de diseñar el algoritmo informático, por ejemplo, otorgando prioridad o preferencia por los candidatos que cumplan con estas características. Lo que no resulta tolerable es exigir un rango de edad no contemplado para dichos incentivos económicos, por ejemplo, «edad entre 35 y 45 años» (STSJ de Cataluña de 10 de noviembre de 2006, rec. nº 276/2002).

La misma modificación de los criterios del algoritmo deberá efectuarse para adaptar las posibles medidas de acción positiva acordadas mediante negociación colectiva.

Vemos, pues, la ardua tarea de diseñar un proceso de CVA efectivo donde entendemos que resultará de gran ayuda la intervención prevista en el convenio de los técnicos de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad así como de los expertos en la materia.

4.2. Implantación del currículum vitae anónimo en la empresa Ikea Ibérica S.A.

Como se dijo en los primeros epígrafes, 92 entidades han suscrito el convenio con el Ministerio para la implantación del CVA. La empresa que más difusión ha hecho de esta medida ha sido Ikea Ibérica S.A., a través de notas de prensa publicadas en su web (Ikea, 2018) y apariciones

²⁵² En ese sentido, se produce discriminación por razón de sexo cuando se desestima la contratación de una desempleada enviada por un servicio público de empleo autonómico a una empresa ya que esta, a su criterio, «consideraba que era más apropiado para el puesto de trabajo, un hombre» (STSJ de Andalucía, Granada, de 22 de febrero de 2012, rec. nº 2880/2011).

²⁵³ Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad.

²⁵⁴ Art. 3 Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

²⁵⁵ Entre otros, los incentivos previstos en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo.

en diversos medios de comunicación. La empresa tiene varias tiendas de muebles por toda España y ha implantado el CVA como prueba piloto en tiendas de Madrid, Sevilla y Sabadell (Barcelona). La experiencia piloto finalizará en enero de 2019 y se realizará una evaluación final de su funcionamiento.

El proceso utiliza una plataforma web desarrollada por una consultora de recursos humanos especializada en transformación digital, evaluación psicométrica, ingeniería de software y marketing digital²⁵⁶. El proceso se divide en varias fases:

En primer lugar, el candidato se registra en dicha plataforma y aporta datos personales que se anonimizan ya que, según informa la web, «solo los utilizaremos para extraer estadísticas al final del proceso de selección» y «en los procesos de selección ocultaremos toda información que pueda generar algún sesgo (...) no podremos saber tu nombre, apellidos, género, edad, estado civil, correo electrónico o cualquier otro dato personal o de contacto». El candidato puede también adjuntar un currículum vitae tradicional aunque eliminando los datos personales y la fotografía.

En segundo lugar, el candidato responde a unas preguntas a través de un formulario sobre la experiencia profesional en sectores como hostelería, almacén, comercio y retail, preferencias de áreas (ventas, logística, etc.) y tiendas Ikea donde trabajar (Madrid, Sevilla, Sabadell), número de horas, turnos y días con disponibilidad para trabajar, y retribución económica deseada. El formulario incluye alguna pregunta sobre vida privada del candidato («¿Qué sueles hacer en tu tiempo libre?») y sobre su «situación actual» (estudiante, desempleado, pluirempleado, otros).

En tercer lugar, se lleva a cabo una evaluación a través de la propia web con la finalidad de que el candidato pueda «mostrar sus habilidades». Aquí finalizaría la parte anónima del proceso donde el análisis de la empresa se centraría en las habilidades y competencias del candidato, evaluadas a través de dichas pruebas.

En cuarto y último lugar, se invita al candidato a «pasar un día en nuestras tiendas para que conozcas tu próximo lugar de trabajo y las personas con las que compartirás tu día a día». Se entiende que en esta fase el candidato es entrevistado personalmente ya que así se desprende de la nota de prensa donde se muestran los primeros resultados de este proyecto de CVA.

Ikea Ibérica S.A. afirma que durante la primera semana de activación del proyecto cerca de 330 candidatos se registraron a través de la web «y en las primeras entrevistas personales, realizadas en la tienda del Ensanche de Vallecas, se ha recogido una tasa de éxito del 83,3%, pues de los 18 candidatos seleccionados para esta fase, 15 se han incorporado finalmente a la plantilla».

A nuestro juicio, se ha llevado a cabo de forma bastante óptima el proceso de implantación del CVA pues se utiliza la tecnología para anonimizar los datos personales y para evaluar a los candidatos a través de pruebas sin intervención humana. No obstante, observamos algunas deficiencias en el formulario establecido que pueden viciar el proceso.

²⁵⁶<https://comienzatuaventuraenikea.thekeytalent.com/>

En primer lugar, las preguntas relativas a las aficiones del candidato deben ser eliminadas. Según una construcción doctrinal, el derecho a la intimidad del candidato (art. 18.1 CE) puede ser lesionado durante el transcurso de un proceso de selección si se intenta obtener información sobre aspectos no relacionados directamente con la aptitud profesional requerida por el puesto de trabajo a desempeñar (Goñi Sein, 1988: 49).

En segundo lugar, las preguntas sobre jornada y turnos de trabajo pueden provocar discriminaciones indirectas por razón de sexo si el algoritmo que evalúa a los candidatos se diseña sin atender a criterios antidiscriminatorios. Se sabe que algunas disposiciones normativas relacionadas con el trabajo a tiempo parcial han sido fuente de discriminaciones indirectas hacia el colectivo femenino²⁵⁷. También las preguntas sobre la situación de desempleo del candidato debieran evitarse pues, además de no estar relacionadas con el puesto a cubrir, se ha demostrado que los candidatos que llevan más tiempo desempleados tienen más posibilidades de ser descartados (Ghayad y Dickens, 2012).

4.3. La prueba de la discriminación y el currículum vitae anónimo

Una crítica al uso del CVA es que únicamente sirve para evitar la discriminación en la primera fase de un proceso de selección. Así, al llegar a la fase de entrevista personal el seleccionador obtendría información que le permitiría tomar una decisión discriminatoria. En nuestra opinión, cuanto más avanza un candidato en un proceso de selección más posibilidades tiene de demostrarse la discriminación.

Piénsese que, en un proceso no anónimo, si se desea discriminar a determinados colectivos (mujeres, por ejemplo), pueden descartarse esos currículum vitae en el momento en que se reciben en la empresa, quedando tal discriminación totalmente oculta. En cambio, si el candidato «no deseado por la empresa» es discriminado durante la fase de entrevista, las posibilidades de probar dicha conducta son más elevadas, lo que puede dar lugar a la interposición de una demanda judicial con garantías y la obtención de una indemnización por daños y perjuicios, así como a la intervención de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Este último supuesto se produce en la STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 7 de abril de 2014 (rec. nº 923/2012): en el transcurso de una entrevista de trabajo los seleccionadores formularon preguntas a una candidata relacionadas con su situación personal (marido, hijos) y le comentaron las dificultades que tendría para encontrar colegio para sus hijas y para que su marido consiguiera trabajo en la zona además de advertirle que «no querían a alguien que se cogiera una baja por maternidad». La propia aspirante informó en ese momento que se había ligado las trompas y que no podía tener más hijos; sin embargo, fue descartada del proceso de selección mientras que otra candidata fue contratada tras indicar en la entrevista que no tenía pareja ni hijos. El juzgador es contundente en sus argumentos²⁵⁸ y declara que la

²⁵⁷ Véase la STJUE de 9 de noviembre de 2017, C-98-15, asunto Espadas Recio, relativa a la prestación por desempleo derivada del trabajo a tiempo parcial.

²⁵⁸ «El hecho de someter a una candidata a preguntas familiares y personales totalmente ajenas al trabajo a desempeñar, sea cual sea el lugar de prestación de los servicios (pues ya había manifestado su disponibilidad a desplazarse), supone una conducta discriminatoria, puesto que la trabajadora se ha visto obligada a revelar sus planes familiares y datos médicos pertenecientes a

indemnización que corresponde abonar a la candidata por daños y perjuicios asciende a 3.000 euros.

Otro ejemplo en el que se demuestra una discriminación en fases avanzadas de un proceso de selección es el contenido en la STSJ de Murcia, de 5 de julio de 2011 (rec. nº 59/2011): quedando pendiente únicamente concretar las condiciones económicas, la firma del contrato y el alta en la Seguridad Social, la empresa elude proseguir con dichas actuaciones al comunicarle la candidata su estado de embarazo. Previamente, existió voluntad de contratar a dicha candidata tras alcanzar un acuerdo con ella a través de dos correos electrónicos e incluso recibió información en la misma empresa relacionada con las tareas a desempeñar y los programas informáticos a utilizar.

A esta posibilidad probatoria que aumenta según se avanza en el proceso de selección, hay que sumarle lo dispuesto en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante, LRJS). Por un lado, su art. 96.1 establece que «en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad». Por otro lado, el art. 182.2 indica que «en el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

De este modo, especialmente en casos de discriminación directa y en orden a evitar «que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que este resulta lesivo del derecho fundamental» (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre y 87/2004, de 10 de mayo), se articula la distribución de la carga de la prueba mediante dos fases diferenciadas:

En un primer momento, la parte demandante, en nuestro caso el candidato al puesto de trabajo que ha superado la fase anónima del proceso, debe aportar un indicio razonable de prueba de que el seleccionador o empresario ha vulnerado su derecho fundamental a no ser discriminado durante la fase de entrevista. Este indicio fundado «no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido» (STC 87/2004, de 10 de mayo), «ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante alegato» (STC 136/1996, de 23 de julio).

Algunos ejemplos de esta situación se darían si, de un grupo de candidatos que superan la fase de criba anónima de currículum vitae, tras la entrevista personal solo fueran descartados los pertenecientes a un determinado sexo, o a una determinada raza o etnia, o las personas con discapacidad, etc. También serviría de indicio el hecho de formular preguntas relacionadas con

su más estricta intimidad, innecesarios para una gestión de personal responsable y respetuosa con la dignidad del empleado (...) la discriminación hacia la mujer se produce hacia ésta por un factor añadido inherente a su sexo, el ser “madre”, y la situación de maternidad».

el estado de embarazo, o el estado civil, o las responsabilidades familiares, o sobre afiliación sindical, etc. Recuérdese que la entrevista puede ser registrada mediante un sistema de grabación sonora que porte oculto el candidato, por ejemplo, un teléfono móvil. Dicha grabación puede aportarse en un proceso judicial en virtud del art. 90.1 LRJS pues, según la doctrina, no se conculcan ni el derecho a la intimidad ni el secreto de las comunicaciones siempre que la grabación la realice uno de los interlocutores (STC 114/1984, de 29 de noviembre).

Una vez aportado el indicio, «sobre la parte demandada recae la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquellas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios» (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre y 87/2004, de 10 de mayo, entre otras). De ahí que los preceptos legales hablen de «la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad» (arts. 96.1 y 181.2 LRJS), y nuestra doctrina asevere a su vez que «se trata, en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionalmente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquella ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador» (SSTC 38/ 1981, de 23 de noviembre y 87/2004, de 10 de mayo, entre otras).

Hay que aclarar que no se impone al empresario «la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter enteramente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales» (STC 136/1996, de 23 de julio). No basta, pues, «el mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales» (STC 87/2004, de 10 de mayo).

El empresario debería ofrecer una justificación razonable de que el descarte ha sido llevado a cabo con respeto a los derechos fundamentales, sin discriminación por los factores tasados en la normativa o bien por haberse acogido a alguna de las excepciones a la igualdad de trato que hemos expuesto en anteriores epígrafes.

En caso de que el empresario no aporte la justificación objetiva, razonable y suficientemente probada, se «determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante despliegan toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental del trabajador» (SSTC 136/1996, de 23 de julio y 87/2004, de 10 de mayo, entre otras).

Si la sentencia estima que se ha vulnerado el derecho fundamental a la no discriminación durante un proceso de selección de personal, declarará la nulidad radical de la conducta lesiva (la discriminación del candidato) y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental. Además, se repararán las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluyendo la indemnización que proceda (art. 182.1 LRJS). La reposición a la que se refiere el precepto puede suponer la obligación de contratar al candidato (STSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 22 de diciembre de 2008, rec. nº 980/2007) aunque la STJUE de 10 de abril de 1984, C-14/83, asunto Von Colson y Kamann, ha aclarado que la normativa no obliga a dicha contratación pero sí a que las indemnizaciones sean efectivas, proporcionadas y disuasorias. Parece que lo más extendido es

indemnizar al candidato discriminado siempre que conste «la existencia de daños y perjuicios y la prueba de los mismos» (SSTS de 26 de octubre de 2005, rec. nº 1388/1999, de 12 de diciembre de 2007, rec. nº 25/2007 y de 22 de octubre de 2009, rec. nº 3742, entre otras).

La cuantía de la indemnización suele calcularse de forma similar a los supuestos de incumplimiento de un precontrato de trabajo, esto es, atendiendo a los salarios dejados de percibir desde la fecha en que el candidato hubiera ingresado en la empresa (STS de 22 de octubre de 2009, rec. nº 3742/2008, STS de 15 de septiembre de 2009, rec. nº 3258/2008, STSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 22 de diciembre de 2008, rec. nº 980/2007 y STSJ de Cantabria de 20 de febrero de 2008, rec. nº 60/2008) y puede incluir los daños morales si estos se prueban, por ejemplo, los 6.000 euros dictaminados en la STSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 22 de diciembre de 2008 (rec. nº 980/2007) o los 30.000 euros (sumando daño patrimonial y moral sin distinción entre ellos) de la STS de 12 de noviembre de 2015 (rec. nº 899/2014).

A pesar de esta tutela procesal, la realidad es que las demandas relativas a estos estadios previos de la relación laboral son muy escasas (Chacartegui Jávega, 108: 19). Esto podría cambiar con la popularización del CVA pues ya hemos comprobado cómo facilita la prueba de la discriminación en los procesos de selección de personal.

5. EL CURRÍCULUM VITAE ANÓNIMO Y LOS PLANES DE IGUALDAD

Los planes de igualdad consisten en «un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo» (artículo 46.1 LOI). Los planes de igualdad son de obligada elaboración en cuatro supuestos (art. 45 LOI): para las empresas de más de 250 trabajadores; para las empresas cuyo convenio colectivo aplicable así lo establezca; para las empresas que voluntariamente así lo deseen, previa consulta con los representantes de los trabajadores; y, finalmente, cuando la autoridad laboral hubiera acordado en un procedimiento sancionador la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan, en los términos que se fijen en el indicado acuerdo.

Estos planes de igualdad pueden referirse a diversas materias, entre ellas, el acceso al empleo (art. 46.2 LOI) y se ha afirmado que esta debería ser siempre una cuestión a abordar en todo plan de igualdad que realmente quiera ser efectivo (Fabregat Monfort, 2018: 384-385). Las medidas relacionadas con el acceso al empleo pueden ser muy diversas dependiendo del diagnóstico de la situación realizado previamente y de los objetivos que se fijen, y no cabe duda de que un sistema de CVA encaja en esa categoría pues «la eliminación de la desigualdad entre mujeres y hombres en este primer estadio de la relación laboral, debe pasar obligatoriamente por seleccionar a la mejor persona para cada puesto de trabajo, independientemente de cuales sean sus características naturales, culturales, sociales y personales, mediante la realización de procesos de selección no discriminatorios, tanto en su configuración como en su aplicación» (Rodríguez Crespo, 2016: 34).

Así lo ha hecho la empresa Ikea Ibérica S.A., puesto que su II Plan de Igualdad²⁵⁹ contiene el objetivo de «Garantizar la igualdad de oportunidades revisando nuestros procesos de selección» y la primera de las medidas a adoptar la constituye «Utilizar un CV ciego en los procesos de selección de personal». El responsable de esa medida será el Responsable de Selección de la empresa y tendrá un plazo de vigencia idéntico al del plan de igualdad. Otras medidas acordadas en relación a esta materia son el uso de lenguaje e imágenes no sexistas en las ofertas de empleo; formar a los seleccionadores de personal en materia de igualdad de oportunidades; informar de los criterios de selección por valores y la política de igualdad a las empresas de selección con las que se trabaje; garantizar la objetividad del sistema de selección establecido, etc. Nótese que la mayoría de medidas permiten luchar contra cualquier tipo de discriminación y no solo contra la discriminación por razón de sexo.

Otros objetivos de este II Plan de Igualdad de Ikea Ibérica S.A. se centran en fomentar una representación equilibrada de hombres y mujeres en los distintos grupos profesionales, especialmente en los subrepresentados. Para ello, una medida propuesta es la de obtener datos referidos a los procesos de selección en cuanto a género en los centros de nueva apertura, lo que tiene relación con los datos estadísticos que pueden obtenerse a través del sistema informático del CVA. De hecho, se aplica esta información a otras medidas del plan de igualdad. Finalmente, el plan incorpora medidas de acción positiva similares a las mencionadas en el ET.

En cualquier caso, aunque en una empresa no exista obligación expresa de elaborar un plan de igualdad puede instaurarse un sistema de CVA ya que el art. 45 LOI exige la implantación de medidas aisladas para garantizar la igualdad entre hombres y mujeres, previa negociación con los representantes de los trabajadores. Piénsese que el precepto exige de forma tácita un diagnóstico previo de la situación y un sistema de control mínimo de que se cumplen estas medidas aisladas: incremento de competencias de la comisión paritaria, intervención de los representantes de los trabajadores, creación de agentes o comisiones de igualdad, etc (Fabregat Monfort, 2018: 390).

6. CONCLUSIONES

De las 92 entidades que se han adherido al proyecto de CVA impulsado por el Ministerio hace más de un año, tan solo ha hecho públicos ciertos resultados la empresa Ikea Ibérica S.A., que además ha incorporado esta medida antidiscriminatoria en su II Plan de Igualdad. A nuestro parecer, esto indica dos cosas:

En primer lugar, nos encontramos ante una medida de implantación compleja y cara ya que, como hemos señalado, resulta imprescindible el recurso a herramientas tecnológicas avanzadas y a un importante asesoramiento técnico-jurídico. Si bien el proyecto cuenta con el apoyo de personal técnico del Ministerio, la metodología basada en grupos de trabajo puede complicar los avances. Por otro lado, la financiación directa no se contempla en las cláusulas del protocolo por lo que es posible que algunas empresas no logren implantarlo por falta de

²⁵⁹http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/IKEA_Plandeigualdad.pdf.

recursos económicos. Tampoco ayuda el cambio de Gobierno acaecido en junio de 2018 que quizás haya complicado el proyecto.

En segundo lugar, nos tememos que determinadas empresas adheridas al proyecto no lo conseguirán implantar porque no tienen un interés real en el CVA. Nos resulta extraño que las empresas de trabajo temporal (que también realizan actividades de selección de personal) y el portal virtual de empleo tengan voluntad de implantar un sistema de CVA, ni para su uso interno («seleccionar al seleccionador») ni para ofrecérselo a sus empresas clientes. Hace años que nuestra doctrina ha afirmado que los empresarios tienen interés en acudir a las empresas de selección porque consienten con mayor facilidad la imposición de condiciones de acceso al empleo discriminatorias, ajenas a las condiciones objetivas del puesto de trabajo a cubrir (Goñi Sein, 1988: 80-81 y De Vicente Pachés, 1998: 131). Por su parte, se ha detectado que los portales de empleo y las aplicaciones móviles para buscar trabajo (Fernández García, 2018: 476) se han convertido en un terreno abonado a la vulneración del principio de igualdad y no discriminación, publicando ofertas abiertamente discriminatorias por razón de sexo (Chacartegui Jávega, 2018: 12) y por razón de edad (Infoempleo-Adecco, 2018: 142)²⁶⁰. Nos encontramos ante intermediarios fuera de control a los que los poderes públicos han acabado imponiendo únicamente una declaración responsable de actividad (art. 33.2 LE) en lugar de reforzar el régimen de autorización administrativa que regía (aunque con poco éxito) hasta la reforma de la LE en 2015.

En cualquier caso, entendemos que el CVA constituye una medida eficaz para evitar la discriminación en el acceso a un empleo. Respecto a las decisiones y órdenes discriminatorias del empresario, facilita la capacidad de probarlas durante un proceso judicial. Respecto a los sesgos involuntarios del seleccionador, parece que se eliminan al establecerse un sistema objetivo de evaluación de candidatos como el CVA. Estos sesgos están relacionados con factores contemplados en la normativa antidiscriminatoria (sexo, edad, etc.) pero también están relacionados con factores no contemplados directamente pero que podrían dejar fuera del proceso a candidatos válidos. En relación con los primeros, se sabe que ante idénticos currículum vitae donde solo cambiaba el sexo del candidato, se ha valorado menos al que correspondía a una mujer (Moss-Racusin et al, 2012). Siguiendo con esta cuestión, en el Eurobarómetro sobre la discriminación en la UE (Comisión Europea, 2015) un 67% de los encuestados españoles cree que un candidato con más de 55 años está en situación de desventaja frente a otro candidato de menor edad a la hora de ser contratado por una empresa pese a tener ambos las mismas habilidades y cualificaciones. El porcentaje alcanza el 47% en caso de candidatos con discapacidad, el 45% cuando se habla del color de piel u origen étnico del candidato y el 44% en relación a la identidad de género. Respecto a los sesgos por factores no especificados en la normativa, queremos destacar que el 59% de los encuestados españoles considera que la manera de vestir o presentarse de un candidato puede ponerle en desventaja durante un proceso de selección. El porcentaje desciende hasta el 49% al centrarnos en el aspecto físico general del candidato (altura, peso, cara). Este segundo grupo de factores no solo pueden protagonizar una evaluación subjetiva de los candidatos a un

²⁶⁰ El único portal de empleo adherido a esta iniciativa de CVA (Infojobs) dispone de una opción para que un usuario-empresa pueda descartar indefinidamente al usuario-candidato que desee, por lo que no podrá optar a presentarse a las ofertas de empleo publicadas por la empresa en cuestión.

puesto de trabajo sino que también empiezan a ganar protagonismo en la propia normativa. Así, un factor relacionado con el aspecto físico como es el sobrepeso y la obesidad ha obtenido la tutela antidiscriminatoria por vía del art. 37 de la Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición (se prohíbe la discriminación directa e indirecta por ambas razones). Si bien su aplicación al ámbito laboral y prelaboral no ha quedado del todo clara, puede abrirse el debate para incorporar, por vía legal o convencional, otras causas habituales que «en la práctica quedan en el desamparo, como sucede con el aspecto físico en términos generales» (Rivas Vallejo, 2015: 29).

Siguiendo con la eficacia del CVA, entendemos que debe incluirse en todo plan de igualdad que lo requiera, aunque nada impide que se implante como medida aislada mediante acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Sabemos que la negociación colectiva no suele centrarse en los procesos de selección de personal. Y sabemos que los empresarios no acostumbran a renunciar voluntariamente a parte de su poder de dirección. Por eso, para animar a negociar el CVA u otro tipo de medidas antidiscriminatorias puede resultar útil promover y publicitar incentivos como los contenidos en el art. 147.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Este precepto permite establecer criterios de adjudicación específicos para dirimir un empate entre dos o más ofertas que consisten, entre otros, en el porcentaje de personas con discapacidad en plantilla o en la existencia de medidas para garantizar la igualdad entre hombres y mujeres.

Para concluir, no negaremos que el protocolo de CVA impulsado desde el Ministerio nos parece impregnado de ciertos tintes propagandísticos en atención a la forma en que se ha organizado y promovido. Sin embargo, tampoco podemos negar que ha puesto sobre la mesa una cuestión que no parece cómoda de tratar públicamente y que provoca situaciones de desventaja para determinados colectivos difíciles de denunciar y erradicar. Permaneceremos atentos a la evolución del proyecto en los próximos meses.

BIBLIOGRAFÍA

Alameda Castillo, M.T. (2014). *Estudios previos al contrato de trabajo y discriminación*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

Ballester Pastor, M.A. (2018). «Uber saca un estudio que culpa a las mujeres de la brecha salarial», disponible en <https://adriantodoli.com/2018/02/27/uber-saca-un-estudio-que-culpa-a-las-mujeres-de-la-brecha-salarial/>.

Chacartegui Jávega, C. (2018). «Incidencia de nuevas TIC en la intermediación privada, el problema de la utilización de plataformas electrónicas para eludir derechos». Ponencia presentada a las XXIX Jornadas Catalanas de Derecho Social (Barcelona, 8 y 9 de marzo), disponible en <http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/ponencies/any-2018/>.

- Charro Baena, P. y San Martín Mazzucconi, C. (2007). «Decálogo jurisprudencial básico sobre igualdad y no discriminación en la relación laboral». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Nº Extra: Igualdad de oportunidades para todos, pág. 77-120.
- Comisión Europea. (2015). *Eurobarómetro La discriminación en la UE en 2015. Resultados en España*, disponible en <http://ec.europa.eu/COMMFrontOffice/publicopinion/index.cfm/Survey/getSurveyDetail/instruments/SPECIAL/surveyKy/2077>.
- Cotino Hueso, L. (2017). «Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales». *Dilemata*. Nº. 24, pág. 131-150.
- De Vicente Pachés, F. (1998). *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- Fabregat Monfort, G. (2018). «La incidencia de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres en materia de negociación colectiva. En especial, en los planes de igualdad». En Romero Burillo, A.M. y Rodríguez Ordaz, C. (coord.). *Trabajo, género e igualdad*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- Fabregat Monfort, G. (2008). *La discriminación de género en el acceso al mercado de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Fernández García, A. (2018). «Aplicaciones móviles para buscar empleo: aspectos jurídico-laborales». En Todolí Signes, A. y Hernández Bejarano, M. (coord.). *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- Fernández García, A. (2013). *Los procesos de selección de personal en la empresa privada: claves jurídicas*. Valladolid: Lex Nova.
- Fernández García, A. y Ureña Martín, A. (2018). «La igualdad en el acceso al empleo, la clasificación, la formación y la promoción profesional». En Romero Burillo, A.M. y Rodríguez Ordaz, C. (coord.). *Trabajo, género e igualdad*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- Ghayad, R. y Dickens, W. T. (2012). «What Can We Learn by Disaggregating the Unemployment-Vacancy Relationship?». *FRB of Boston Public Policy Brief*. Nº 12-3, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2285075.
- Goñi Sein, J.L. (1988). *El respeto a la esfera privada del trabajador*. Madrid: Civitas.
- Ikea. (2018): «Ikea apuesta por el CV anónimo en sus procesos de selección para favorecer la igualdad». Nota de prensa de 28 de abril de 2018, disponible en https://www.ikeainfo.com/prensa/nota.php?id_notas=718
- Infoempleo-Adecco. (2018). *Informe Infoempleo Adecco 2017*, disponible en <https://www.infoempleo.com/informe-infoempleo-adecco/>.
- López Balaguer, M. (2010). «El principio de igualdad en el acceso al empleo y en materia

retributiva». En Ballester Pastor, M.A. (coord.). *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Mercader Uguina, J.R. (2017). *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Monasterio Astobiza, A. (2017). «Ética algorítmica: implicaciones éticas de una sociedad cada vez más gobernada por algoritmos». *Dilemata*. N.º 24, pág. 185-217.

Moss-Racusin, C.A., Dovidio, J.F., Brescoll, V.L., Graham, M.J. y Handelsman, J. (2012). «Science faculty's subtle gender biases favor male students». *Proceedings of the National Academy of Sciences*. Vol. 109 (41), pág. 16474-16479, disponible en <https://doi.org/10.1073/pnas.1211286109>.

Pérez del Río, T. (2003). «El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el derecho Comunitario». En Ruiz Pérez, E. (coord.). *Mujer y trabajo*. Albacete: Bomarzo.

Preciado Domènech, C.H. (2017). *El derecho a la protección de datos en el contrato de trabajo. Adaptado al nuevo Reglamento 679/2016, de 27 de abril*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

Rivas Vallejo, P. (2015). «¿Es la obesidad causa de discriminación tutelable en el ámbito laboral?». *IUSLabor*. N.º 1/2015, disponible en <https://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/288502>.

Rodríguez Crespo, M.J. (2016). «Políticas activas de empleo para mejorar la inserción laboral de las mujeres: políticas públicas en retroceso y derechos indisponibles en tiempos de crisis». En Sáez Lara, C. (coord.). *Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas*. Murcia: Ediciones Laborum.

Sánchez Trigueros, C. (dir.), Kahale Carrillo, D.T. y Velasco Portero, T. (coord.). (2016). *El principio de igualdad en la negociación colectiva*. Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

LAS NUEVAS TICs Y SU IMPACTO EN LAS RELACIONES DE TRABAJO DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO: ALGUNAS CONSIDERACIONES

Ana María Romero Burillo

Universidad de Lleida, Spain

Resumen:

Este trabajo analizará el impacto de las NTICs en aspectos vinculados a las tres fases principales del desarrollo de la relación laboral: en primer lugar, en la fase del acceso al mercado de trabajo, realizando un análisis de las incidencias que tienen las NITCs en la intermediación privada y, concretamente, el uso que se realiza de las plataformas digitales desde una perspectiva de género; en segundo lugar, en la fase de permanencia de la relación de trabajo, con el análisis de las ventajas e inconvenientes que pueden ofrecer el teletrabajo a la hora de conciliar la vida personal, familiar y laboral; y, en tercer lugar, en la fase de extinción del contrato de trabajo, con el estudio del papel que pueden jugar los nuevos sistemas de comunicación en supuestos de acoso sexual y por razón de sexo en el entorno laboral.

Palabras clave: nuevas tecnologías, relación de trabajo, intermediación, teletrabajo, conciliación personal, familiar y laboral y ciberacoso sexual.

Abstract:

This paper will analyze the impact of NICTs in aspects related to the three main phases of the development of the employment relationship: first, in the phase of access to the labor market, performing an analysis of the impact that the NITCs have on the intermediation private sector and, specifically, the use that is made of digital platforms from a gender perspective; secondly, in the phase of permanence of the employment relationship, with the analysis of the advantages and disadvantages that teleworking can offer when it comes to reconciling personal, family and work life; and, thirdly, in the phase of termination of the employment contract, with the study of the role that new communication systems can play in cases of sexual harassment and because of sex in the workplace.

Key words: new technologies, work relation, intermediation, telework, reconciliation personal, family and work life and sexual cyberbullying.

ÍNDICE

1. Presentación del tema
2. La incidencia de las NTICs en la incorporación de la mujer en el mercado de trabajo
3. El teletrabajo y la conciliación de la vida personal, familiar y profesional
4. El papel de las NTICs en los supuestos de acoso sexual y por razón de sexo: el ciberacoso
5. Valoración final

1. PRESENTACIÓN DEL TEMA

El estudio del impacto que la innovación tecnológica tiene en el ámbito de las relaciones de trabajo es algo consustancial a la disciplina del Derecho del Trabajo. No en vano uno de los factores que intervienen en la transformación de las relaciones de trabajo y en la consiguiente aparición de las primeras normas laborales es justamente el fulgurante desarrollo técnico que se produce a partir del último tercio del siglo XVIII y que conocemos como Revolución Industrial. A este primer gran avance técnico le han seguido otros muchos que, progresivamente, han llevado a la transformación de la configuración inicial de las figuras de trabajador/trabajadora y empresario/empresaria, así como del modo de trabajar y de entender las relaciones laborales, requiriendo para ello de la continua adaptación de nuestro ordenamiento jurídico-laboral.

Ahora bien, convenimos con la doctrina iuslaboralista²⁶¹ en que los cambios tecnológicos que se están produciendo en la actualidad, aunque tienen puntos en común con anteriores “revoluciones tecnológicas” acaecidas en los dos últimos siglos, cuentan a su vez con características propias que hacen que tales cambios desarrollen unos efectos sobre la organización del trabajo y los recursos humanos sin precedentes.

Este desarrollo tecnológico al que nos referimos y que de forma tan trascendente está influyendo en la normativa laboral, no sólo abarca al conjunto de innovaciones técnicas que son ideadas para su introducción en las empresas con la finalidad de potenciar su productividad, sino que desde hace ya algunos años, a todas estas innovaciones se han sumado otro tipo de novedades tecnológicas no pensadas específicamente para su uso en las empresas pero que por sus implicaciones sociales inevitablemente han ido progresivamente incrementando su influencia en las relaciones de trabajo, dando lugar a lo que se califica como el “carácter dual” de las nuevas tecnologías²⁶².

²⁶¹Vid. en este sentido, entre otros CRUZ VILLALÓN, Jesús (2016). “Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía”, *Temas Laborales*, núm. 118, p. 13 y ss.; DEL REY GUANTER, Salvador (2017). “Sobre el futuro del trabajo: modalidades de prestaciones de servicios y cambios tecnológicos”, *IUSLabor*, núm. 2, p. 1 a 3. y MERCADER UGUINA, Jesús Rafael (2017). “La robotización y el futuro del trabajo”, *Trabajo y Derecho*, núm. 27, p. 14 y 15.

²⁶²Vid. FALGUERA BARÓ, Miquel (2017). “Nuevas tecnologías y trabajo (I): perspectiva contractual”, *Trabajo y Derecho*, núm. 19-20, p. 33.

En este sentido el desarrollo que en la última década se ha producido en el ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación (en adelante TICs) ha desembocado en la configuración de un nuevo modelo social de las comunicaciones personales, en donde ya no sólo el correo electrónico ha sustituido prácticamente a cualquier forma de comunicación epistolar²⁶³, sino que también y sobre todo el teléfono móvil, a través de aplicaciones como el “WhatsApp”, ha desbancado a los servicios de mensajes cortos (SMS) que hace relativamente poco tiempo eran un medio revolucionario y que ahora, sin embargo, algunos no dudarían en calificarlo de instrumento desfasado de comunicación, sin olvidar, por supuesto, la vertiginosa irrupción de una serie de plataformas y aplicaciones informáticas muy variadas, las llamadas “redes sociales”, entre las que se encuentran algunas tan conocidas como Facebook, Twitter, Instagram, LinkedIn, twenti, myspace, google+, etcétera, las cuales actualmente sirven de cauce de comunicación entre un gran número de personas, lo que permite afirmar que estos instrumentos se han incorporado a la vida cotidiana de la población mundial.

A este respecto, a título de ejemplo, según un informe reciente sobre el uso a nivel mundial de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (en adelante NTICs), en el año 2017²⁶⁴, de los 7,5 mil millones de personas que conforman la población mundial, 3,5 mil millones son usuarias de internet, 2,7 mil millones son usuarias de redes sociales y en el último año el número de usuarios de internet se incrementó en un 10%, lo cual supone la existencia de 354 millones más de usuarios. En el marco de estos datos generales, cabe indicar que casi un cuarto de la población mundial (22,9%) utiliza Facebook, Twiter cuenta con 328 millones de usuarios activos al mes a nivel mundial, LinkedIn tiene registrados 467 millones de perfiles y, 1,3 mil millones de personas utilizan YouTube.

En España 22,4 millones de personas son usuarias de internet, de las cuales 11,2 millones usan las redes sociales. Facebook sigue siendo la red social por excelencia (91%), seguido de “WhatsApp” (89%), YouTube (71%) y Twiter (50%). En cuanto a los dispositivos más utilizados para la conexión a las redes sociales, el móvil lidera el ranking (94%), seguido del ordenador (93%) y de la Tablet (55%), si bien este último dispositivo ha tenido un auge creciente respecto al año 2016, donde el porcentaje de utilización era del 28%²⁶⁵.

El uso masivo y cotidiano de todos estos medios e instrumentos de comunicación ha hecho inevitable que progresivamente se haya introducido dicho uso en las empresas, lo cual ha incidido, como ya hemos dicho anteriormente, directamente en el modelo de organización y gestión, con indudables ventajas a estos efectos a nivel estratégico, de gestión del conocimiento, de innovación y desarrollo, de colaboración, de formación, de captación de talento y como sistema de reclutamiento de personal, de comunicación interna y marketing, etcétera. De igual forma, los cambios tecnológicos actuales pueden ofrecer ciertas ventajas a las personas trabajadoras, muchas de ellas coincidentes con las ofrecidas a las empresas, entre

²⁶³ SELMA PENALVA, Alejandra (2014). “La información reflejada en las redes sociales y su valor como prueba en el proceso laboral. Análisis de los últimos criterios jurisprudenciales”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 39, p. 356.

²⁶⁴ Vid. <https://www.brandwatch.com/es/2017/09/98-estadisticas-de-las-redes-sociales-para-2017/> [consulta: 4 de junio de 2018].

²⁶⁵ Vid. https://iabspain.es/wp-content/uploads/iab_estudioredessociales_2017_vreducida.pdf [consulta: 4 de junio de 2018].

las que se pueden mencionar la ampliación y mejora de las ofertas de trabajo, la flexibilidad horaria, la mejor compatibilización de vida personal y profesional, etcétera²⁶⁶.

Ahora bien, junto al conjunto de ventajas que acompañan al uso de estas NTICs, de igual forma también se plantean riesgos tanto para la empresa como para las propias personas trabajadoras que derivan directamente de su utilización, algunos de los cuales surgen como consecuencia de la tendencia que existe en estos casos a diluirse la frontera entre lo privado y lo público, entre la vida personal y laboral²⁶⁷. Efecto de esta confusión surgen, entre otras cuestiones, la prohibición o la restricción de la utilización de dichos instrumentos durante el tiempo y el lugar de trabajo a la persona trabajadora, la legitimidad de la empresa a acceder a dichos medios de comunicación y a utilizar información a la que puede tener acceso gracias a las TICs, así como el valor que debe darse a la misma a efectos disciplinarios²⁶⁸.

Como puede observarse, la problemática que se plantea no es en absoluto nueva, al fin y al cabo se trata de estudiar una vez más cuestiones vinculadas al acceso al mercado de trabajo, la delimitación del alcance del ejercicio de las facultades empresariales y su compatibilidad con los derechos que tienen reconocidos las personas trabajadoras en el desarrollo de su prestación laboral. Por tanto, se trata de abordar el estudio de un tema clásico, si bien en el marco de una nueva y constantemente cambiante realidad. En este caso, además introducimos en el estudio un elemento que no siempre se tiene en cuenta y que, sin embargo, tiene una gran trascendencia como es la perspectiva de género. Es decir, además de conocer el impacto que las NTICs tienen en las relaciones de trabajo, nos proponemos analizar si ese impacto es igual con independencia del género de la persona trabajadora, o si, por el contrario, los avances tecnológicos que se incorporan en las empresas inciden de forma diferente en función del género.

El estudio planteado es ciertamente ambicioso y no permite su total desarrollo, por la extensión que requiere, en el marco de una comunicación, por ello, en este trabajo analizaremos, sin ánimo de exhaustividad, algunos ámbitos que por el alcance e importancia que tienen en el marco de las relaciones de trabajo, resulta especialmente interesante estudiar, para lo cual, además de la normativa laboral reguladora, tomaremos como referencia principal la reciente doctrina que nos ofrecen los órganos judiciales en esta materia.

Concretamente, el estudio analizará el impacto de las NTICs en aspectos vinculados a las tres fases principales del desarrollo de la relación laboral: en primer lugar, en la fase del acceso al mercado de trabajo, realizando un análisis de la incidencia que tienen las NTICs en la intermediación privada y, concretamente, el uso que se realiza de las plataformas digitales desde una perspectiva de género; en segundo lugar, en la fase de permanencia de la relación de trabajo, con el análisis de las ventajas e inconvenientes que pueden ofrecer el teletrabajo a

²⁶⁶Vid. en este sentido, CARDONA RUBERT, M^a. Belén (2010). "La utilización de las redes sociales en el ámbito de la empresa", *Revista de Derecho Social*, núm. 52, p. 68; LLORENS ESPADA, Julen (2014). "El uso de facebook en los procesos de selección de personal y la protección de los derechos de los candidatos", *Revista de Derecho Social*, núm. 68; NORES TORRES, Luíís Enrique (2016). "Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes sociales en el ámbito de las relaciones laborales: aspectos individuales, colectivos y procesales", *Revista de Información Laboral*, núm. 7, p. 4 a 8., y TALENS VISCONTI, Eduardo Enrique (2015) "La libertad de expresión de los sindicatos en las redes sociales", *Aranzadi Social*, versión electrónica, BIB 2015\2271, p. 1.

²⁶⁷Vid. CARDONA RUBERT, M^a. Belén (2010). "La utilización de las redes sociales...", cit. p. 69 y 70.

²⁶⁸Vid. por todos TALENS VISCONTI, Eduardo Enrique (2015). "La libertad de expresión...", cit. p. 1 y 2.

la hora de conciliar la vida personal, familiar y laboral; y, en tercer lugar, en la fase de extinción del contrato de trabajo, con el estudio del papel que pueden jugar los nuevos sistemas de comunicación en supuestos de acoso sexual y por razón de sexo en el entorno laboral.

2. LA INCIDENCIA DE LAS NTICS EN LA INCORPORACIÓN DE LA MUJER EN EL MERCADO DE TRABAJO.

Las políticas dirigidas a la consecución del pleno empleo es una de las cuestiones que de forma ineludible y permanentemente figuran en las agendas gubernamentales²⁶⁹, siendo especialmente importantes en momentos de crisis económica, en los que las tasas de desempleo y la precariedad del empleo creado se incrementa de forma exponencial. Un ejemplo de la importancia de dichas políticas se ha puesto claramente de manifiesto con motivo de la gravísima crisis económica que de forma general ha afectado a la economía mundial a partir del año 2007 y de la que con no pocas dificultades todavía se está saliendo. En este sentido y, por lo que se refiere a España, tanto el gobierno socialista, como posteriormente el gobierno del partido popular, adoptaron en su momento diversas iniciativas legislativas, que con mayor o menor fortuna, iban dirigidas a frenar el proceso de destrucción de empleo provocada por la crisis económica y a activar el mercado de trabajo²⁷⁰.

En este marco de actuación, entre los diferentes mecanismos que pueden resultar útiles a la hora de conseguir un incremento de las tasas de empleo se encuentran, sin duda, los correspondientes a la intermediación en el mercado de trabajo, los cuales se presentan como instrumentos facilitadores de la puesta en contacto de la oferta y la demanda de trabajo. Ahora bien, en las actuales economías tendencialmente globalizadas, donde cada vez se exige una mayor especialización y se reclama una mayor inmediatez o celeridad en la cobertura del puesto de trabajo, un número cada vez mayor de encuentros de ofertas y demandas de empleo traspasa no sólo el ámbito local o geográficamente más próximo, sino incluso las fronteras estatales; la fuerza de trabajo que no encuentra empleo satisfactorio en un determinado ámbito geográfico puede ser trasvasada a otro mercado de trabajo en el que existen requerimientos de mano de obra capaces de absorberla, por lo que los sistemas tradicionales de intermediación no siempre resultan efectivos en estos casos, produciéndose un abandono de tales mecanismos en favor de otros nuevos que “a priori” responden mejor a los requerimientos de los nuevos tiempos²⁷¹.

En este contexto las NTICs han encontrado un amplio campo de acción y, se puede afirmar que la digitalización ha contribuido a dar un giro radical al ámbito de la intermediación, pasándose de una intermediación presencial o material a otra que podríamos denominar como intermediación digital, en el que cada vez es más frecuente la utilización de las redes sociales e

²⁶⁹De este modo se quiere dar cumplimiento al mandato constitucional previsto en el art. 40.1 CE, en virtud del cual “Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico (...). De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo”.

²⁷⁰Entre otras, cabe destacar la Ley 35/2010 de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE de 18 de septiembre de 2010), Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE de 7 de julio) y la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (BOE de 17 de octubre de 2014).

²⁷¹Según datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística en el año 2017 tan sólo el 1,8% de las personas trabajadoras en situación de desempleo encontraron trabajo por medio de los Servicios Públicos de Empleo. Vid. <http://www.mitramiss.gob.es/es/estadisticas/anuarios/2017/index.htm> [consulta: 16 de octubre de 2018].

internet para encontrar trabajo. A este respecto cabe señalar, entre otros, por ejemplo, el portal de empleo *Infojobs.net*, una de las empresas españolas de búsqueda de empleo más importantes y que ofrece ofertas de empleo en función de la zona geográfica y del sector, además de gestionar los curriculum enviados a las empresas; *LinkedIn*, la red social más utilizada en España según el III Informe-Adecco sobre Redes Sociales y Mercado de Trabajo²⁷², la cual permite crear contactos profesionales, y donde además, se publican múltiples ofertas de empleo, es posible seguir a las empresas, así como participar en grupos de diferentes temáticas profesionales; *Twitter*, en donde existen cuentas, tipo @EmpleoyTrabajo, @Buscar_Trabajo, @Primerempleo, @Tecnoempleo, o @Eujobsite, que tuitean oferta de empleo, así como recomendaciones e información para facilitar la búsqueda a los usuarios; o *Jobeeper*, una aplicación que permite crear alertas de empleo, ver la descripción y los principales detalles de la oferta sin abandonar la app, enviar la oferta por email, y permite además inscribirse a la misma desde el móvil.

Esta proliferación de nuevos sistemas de búsqueda de empleo o si se prefiere de facilitadores del contacto de oferta y demanda de trabajo, si bien puede resultar un vía interesante para cualquier persona demandante de empleo, lo es especialmente para aquellos colectivos que tradicionalmente tienen especiales dificultades para poder acceder a un trabajo, como es el caso del colectivo de las mujeres, que tanto en época de crisis, como de bonanza económica ven, año tras año, como sus niveles de empleo siguen siendo inferiores a los de los hombres. Un dato indicativo de esta situación lo encontramos en las cifras de desempleo del segundo trimestre de 2018, las cuales sitúan las tasas de desempleo global en un 15,28%, si bien esos datos desagregados por sexo siguen siendo más desfavorables para las mujeres que para los hombres, ya que mientras la tasa de paro de los hombres se sitúa en el 13,72%, el de las mujeres alcanza casi 4 puntos más situándose en el 17,08%²⁷³.

Ahora bien esta digitalización de la intermediación en el mercado de trabajo lleva a plantear diversas cuestiones relativas a su utilización y funcionamiento ya que entendemos que su implantación y desarrollo debe realizarse con garantías y, por tanto, sujetas a las mismas exigencias normativas que los sistemas tradicionales de intermediación.

Pues bien, el estudio de los diferentes mecanismos digitales y portales de internet que desarrollan su actividad en el marco de la intermediación en el mercado de trabajo permite constatar como bajo una aparente transparencia se encubre en realidad una estructura opaca a la hora de detectar el sujeto responsable de las obligaciones previstas en la normativa aplicable, siendo habitual la existencia de plataformas interpuestas que convierte en una aplicación informática a la propia entidad intermediadora, lo que conlleva una gran dificultad a la hora de determinar las responsabilidades empresariales en estos casos²⁷⁴.

De igual forma, las ofertas que podemos encontrar en los portales digitales también son muy poco transparentes, de manera que no es excepcional encontrar lo que podemos denominar

²⁷²Vid. <https://es.slideshare.net/InfoempleoSlide/iii-informe-infoempleo-adecco-sobre-redes-sociales-y-mercado-de-trabajo> [consulta: 16 de octubre de 2018].

²⁷³Vid. <http://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=4247> [consulta: 16 de octubre de 2018].

²⁷⁴CHACARTEGUI JÁVEGA, Consuelo (2018). "Incidencia de las nuevas TIC en la intermediación privada, el problema de la utilización de plataformas electrónicas para eludir derechos", *XXIX Jornades Catalanes de Dret Social*, Barcelona, ponencia multicopiada, p. 10.

“ofertas ciegas de trabajo”, es decir ofertas de empleo que se anuncian sin incluir la más básica información sobre la condiciones de trabajo en las que se pretende desarrollar, como puede ser el tipo de contrato, el salario, la jornada o la formación requerida para el desarrollo del trabajo que se solicita. A tal efecto y, tal y como indica la doctrina²⁷⁵, se podría alegar que el proceso de intermediación es una fase previa a la celebración del contrato de trabajo, momento en el que existe la obligación legal de comunicar a la persona trabajadora las principales condiciones de ejecución de la prestación de trabajo²⁷⁶. Sin embargo, también debe recordarse que el art. 31 del RD Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo (en adelante Ley de Empleo), establece que “la intermediación laboral tiene como finalidad proporcionar a los trabajadores un empleo adecuado a sus características y facilitar a los empleadores los trabajadores más apropiados a sus requerimientos y necesidades”, por lo que si la oferta de trabajo anunciada en un portal digital carece o bien oculta información correspondiente a los elementos básicos del puesto de trabajo difícilmente puede valorarse adecuadamente si el perfil de una persona trabajadora se ajusta a los requerimientos de las empresas²⁷⁷.

Junto a la falta de transparencia que manifiestan en no pocas ocasiones los instrumentos digitales de intermediación en el mercado de trabajo, se suma, a nuestro parecer otra importante y preocupante problema como es el tratamiento realizado de los derechos fundamentales de la personas trabajadoras, una cuestión que afecta especialmente al colectivo de mujeres trabajadoras, ya que se constata que una de las vulneraciones que más frecuentemente puede apreciarse por parte de las agencias virtuales es la referida a la del principio de igualdad y no discriminación.

En este punto cabe recordar que el carácter virtual que pueda tener cualquier entidad que realice funciones de intermediación no exime del cumplimiento de las exigencias normativas requeridas en esta materia y, por tanto, la actuación de dichas entidades debe dar cumplimiento al mandato recogido en el art. 35.1 de la Ley de Empleo según el cual “ Los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación en la gestión de la intermediación laboral deberán velar específicamente para evitar la discriminación tanto directa como indirecta en el acceso al empleo”.

Pese a la referencia clara y taxativa al respeto a la igualdad y no discriminación en el acceso de empleo que realiza la Ley de Empleo, la cual también es posible encontrarla en otras normas laborales como el art. 5 d) del RD 1796/2010, que regula las agencias de colocación o el art. 17 ET, lo cierto es que los portales digitales se han convertido en terreno abonado a la vulneración del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, de manera que no es excepcional la publicación de ofertas de empleo en las que se señala como colectivo destinatario uno de los dos sexos, reproduciéndose de nuevo los estereotipos de género en función del sector productivo. De este modo es bastante común la utilización del femenino cuando la oferta de empleo es para desarrollar actividades de limpieza, cuidado de menores o

²⁷⁵ Ibid. p. 11.

²⁷⁶ Vid. Art. 8.5 ET y RD 1659/1998, de 24 de julio, en materia de información al trabajador sobre elementos esenciales del contrato de trabajo.

²⁷⁷ CHACARTEGUI JÁVEGA, Consuelo (2018). “Incidencia de las nuevas TIC...”, cit. p. 11.

personas mayores, representación, tratamientos estéticos o actividad textil²⁷⁸, mientras que si, por ejemplo, la prestación de servicios se enmarca dentro de actividades como la ingeniería, mecánica, pintura o el sector inmobiliario, el género utilizado en la oferta de trabajo tiende a ser el masculino²⁷⁹.

Estos ejemplos ponen de manifiesto que junto a las indudables ventajas que aporta la incorporación de las NTICs en los procesos de reclutamiento de personas trabajadoras a las plantillas de la empresas, también tales innovaciones se acompañan de importantes riesgos, por lo que si no queremos que se produzca un efecto *boomerang* resulta imprescindible no olvidar estos nuevos ámbitos de actuación a la hora de velar por el cumplimiento de la normativa laboral, siendo en este punto, a nuestro parecer indispensable, reforzar el papel de los servicios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Junto a la actividad de intermediación, otro ámbito en el cual la NTICs pueden incidir de forma sustancial en el acceso al mercado de trabajo y, en especial en el acceso de la mujer es el referente a la formación. A este respecto resulta cada vez más frecuente la presencia en internet de recursos con capacidad de empoderar a las mujeres, lo que demuestra la concienciación social y la importancia de la presencia femenina en las redes. No se trata simplemente de un recurso de visibilidad sino que constituye un medio que facilita el acceso a la mujer a la formación, al empleo y a los recursos que en definitiva incrementa notoriamente las posibilidades de desarrollo de la persona²⁸⁰. Esta formación, además no sólo puede ir encaminada a facilitar el acceso a un primer empleo, sino que también puede ser un instrumento útil a la hora de fomentar la promoción profesional de las mujeres dentro de la empresa permitiendo una más fácil conciliación de la vida personal, familiar y profesional y, ayudando, de este modo a luchar con el denominado “techo de cristal” o “suelo pegajoso”.

Un último apunte en relación a la incidencia que pueden tener las NTICs en la incorporación de la mujer al mercado de trabajo viene referido al desarrollo del teletrabajo²⁸¹.

El teletrabajo ha sido definido por la Oficina Internacional del Trabajo como aquel trabajo “efectuado en un lugar distante de la oficina central o del centro de producción e implica una nueva tecnología que permite la separación y facilita la comunicación”²⁸². En términos similares el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo (en adelante AMET) se refiere al mismo como “una forma de organización y/o realización del trabajo utilizando tecnologías de la información en el marco de un contrato de trabajo o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado en los locales de la empresa se efectúa fuera de ellos de forma

²⁷⁸ En estos casos es habitual que la oferta de empleo se refiera a “empleada del hogar”, “cuidadora”, “niñera”, “azafata”, “peluquera” o “dependienta”. Vid., por ejemplo, <https://www.milanuncios.com/ofertas-de-empleo/> y <https://www.infojobs.net/ofertas-trabajo> [consulta: 10 de octubre de 2018].

²⁷⁹ Los términos “ingeniero”, “técnico”, “pintor”, “agente inmobiliario”, etcétera son los que de forma más común se utilizan a la hora de publicar las ofertas de empleo. Vid. por ejemplo, <https://www.milanuncios.com/ofertas-de-empleo/> y <https://www.infojobs.net/ofertas-trabajo> [consulta: 10 de octubre de 2018].

²⁸⁰ DURAN BERNARDINO, Manuela (2018). “Nuevas tecnologías desde una perspectiva de género y de prevención desde el ámbito laboral”, *Labour & Law Issues*, vol. 3, núm. 1, p. 6.

²⁸¹ Para un estudio sobre esta cuestión vid. BELZUNEGUI ERASO, Ángel (2002). *Teletrabajo: estrategia de flexibilidad*, Madrid: CES; SELLAS BENVINGUT, Ramón (2001). *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi; SIERRA BENITEZ, Esperanza Macarena (2011). *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, Sevilla: CES Junta de Andalucía y THIBAULT ARANDA, Javier (2001). *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, Madrid: CES.

²⁸² Vid. Informe Oficina Internacional de Trabajo.

regular²⁸³. Es decir, se trata de un trabajo a distancia que se desarrolla principalmente por medio de instrumentos de carácter telemático, informático, etcétera.

Pues bien, justamente la posibilidad de prestar los servicios profesionales en un lugar distante o diferente a las instalaciones físicas de la empresa ofrece interesantes ventajas para la persona trabajadora, entre las que se encuentra la ampliación y mejora de las ofertas de trabajo, las cuales en algunos casos se hacen más accesibles, al no existir el impedimento de la localización/ubicación geográfica y, en otros casos, plantea la posibilidad de poder desarrollar algunos trabajos que de otro modo sería imposible por la flexibilidad horaria que ofrece el trabajo a distancia.

En este sentido se constata que con el teletrabajo la residencia de la persona trabajadora es un elemento irrelevante. Las distancias en este tipo de trabajo desaparecen y la no coincidencia o proximidad entre el domicilio de la persona trabajadora y el lugar de establecimiento de la empresa es indiferente, lo cual amplía el número de ofertas a las que puede acceder una persona demandante de empleo²⁸⁴. De igual forma la reducción/eliminación de desplazamientos o la posibilidad de organizar el trabajo de acuerdo con las preferencias o necesidades de la persona trabajadora, elementos caracterizadores del teletrabajo, facilita a muchas personas el acceso al mercado de trabajo, las cuales debido a dificultades inherentes a su persona o por razones personales o familiares se ven excluidas del mercado de trabajo o tienen más dificultades para acceder, siendo un ejemplo paradigmático a este respecto el colectivo de mujeres²⁸⁵ y, dentro de este colectivo en concreto, se nos antoja conveniente valorar el recurso del teletrabajo cuando la trabajadora víctima de violencia de género se vea imposibilitada para prestar servicios en su lugar habitual de trabajo para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social²⁸⁶.

De igual forma el teletrabajo puede favorecer la permanencia del empleo a las mujeres en situaciones de conflicto y especialmente en supuestos de acoso. En estos casos la empresa puede tomar la decisión de despedir a la persona acosadora o, alternativamente, proponerle una solución de alejamiento, como puede ser la de trabajar a distancia. En tal caso, se adoptan medias para, por un lado, resolver el conflicto de una forma menos traumática y no siempre segura para la empresa como puede ser un despido y, por otro lado proteger a la víctima con el alejamiento de la persona acosadora. Ahora bien, no debe perderse de vista que la utilización del recurso del teletrabajo para supuestos tan graves como un acoso puede comportar efectos negativos si ante la situación de conflicto, el trabajo a distancia se ofrece a

²⁸³Vid. Apartado 2 del Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo, de 16 de julio de 2002.

²⁸⁴Estas ventajas ya se apuntaban por la Comisión Europea en el informe *Telework (Telecommuting): Benefits*. ACT Programme. DG XIII. Bruselas, 1999, p. 1y 2.

²⁸⁵Vid. MELLA MÉNDEZ, Lourdes (2017): "Configuración general del trabajo a distancia en el Derecho español" en MELLA MÉNDEZ, Lourdes (Dir.). *El teletrabajo en España: aspectos teórico-prácticos de interés*, Madrid: Wolters Kluwer España, S.A., p. 43. En este sentido ya se manifestaban, entre otros organismos supraestatales, las instituciones europeas en diversos documentos que analizaban las oportunidades y los inconvenientes que acompañaban a la incorporación de las tecnologías de la información y comunicación en todos los ámbitos de la vida, valoraciones que siguen estando todas ellas vigentes. Vid., por ejemplo, Comisión Europea (1996). *Vivir y trabajar en la sociedad e la información: prioridad para las personas*. Libro Verde. Suplemento 3/96, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, p. 27 y 28; European Comisión. *Europe at the forefront of the global information society*. COM (97), 3097, p. 4 a 6 y Comisión Europea (1998). *La dimensión social y del mercado de trabajo de la sociedad de la información. Prioridad para las personas. Las próximas etapas*, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, p. 19 y 20.

²⁸⁶Vid. VILLALBA SÁNCHEZ, Alicia (2015). "Teletrabajo y responsabilidad social de la empresa" en MELLA MÉNDEZ, Lourdes (Ed.) y VILLALBA SÁNCHEZ, Alicia: *Trabajo a distancia y teletrabajo. Estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español o comparado*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 77.

la víctima del mismo. La separación física y laboralmente a la víctima debe ser la última de las soluciones de carácter reparador que la empresa debe ofrecerle, salvo que sea ella misma la que lo solicite para alejarse del ambiente en el que ha sufrido el acoso²⁸⁷.

3. EL TELETRABAJO Y LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y PROFESIONAL.

Junto a los mecanismos correctores que deben introducirse en el acceso al mercado de trabajo para la consecución de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, otro caballo de batalla al que habitualmente tienen que hacer frente las mujeres es el referido a la permanencia o estabilidad en su puesto de trabajo el cual, en no pocas ocasiones, puede verse en riesgo como consecuencia de la asunción por su parte de las responsabilidades familiares.

Tal y como se indica por la doctrina²⁸⁸, la incorporación de la mujer al trabajo “productivo” y “remunerado” supone la fractura o la necesaria superación de un sistema económico y jurídico que reproducía el modo histórico de organización social, patriarcal, en el que el sujeto protagonista de las relaciones de trabajo era el hombre, ocupado en las tareas productiva y remuneradas para el mantenimiento de su familia y donde la mujer era relegada al trabajo reproductivo no remunerado y a la gestión de las responsabilidades asociadas con los hijos y familiares y el hogar. Ahora bien, esa fractura o superación del modelo “masculino” de relaciones de trabajo no es todavía plena al no haberse erradicado la llamada doble presencia de la mujer, en el trabajo y en las tareas doméstico-familiares²⁸⁹, lo cual se traduce en una prolongación de la jornada diaria de las mujeres trabajadoras comportando la existencia de las denominadas “dobles y triples jornadas de trabajo” y el fracaso de la llamada “puerta giratoria”²⁹⁰, en tanto que las mujeres en la mayoría de los casos se sigue incorporando al mercado de trabajo sin abandonar su rol tradicional sino compatibilizándolo o superponiéndolo.

En este contexto la adopción de políticas públicas resulta nuevamente fundamental para conseguir eliminar la brecha de género en los cuidados existente en este momento, la cual pone en riesgo el trabajo de las mujeres y que sólo se cubrirá cuando al trabajar los hombres más horas en el hogar, las mujeres trabajen menos y así se alcance el equilibrio²⁹¹. A tal efecto, si mujeres y hombres asumieran con idéntica o similar intensidad las referidas “obligaciones familiares”, esta circunstancia ya no podría ser tomada en consideración por el empresario a la hora de tratar de un modo distinto a ambos colectivos en relación con su integración, promoción y estabilidad laboral²⁹².

²⁸⁷Vid. MELLA MÉNDEZ, Lourdes (2017). “Configuración general del trabajo a distancia...”, cit. p. 44.

²⁸⁸Vid. CASAS BAAMONDE, Maria Emilia (2017). “¿Derechos fundamentales específicos de las mujeres?”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 1, p. 5.

²⁸⁹Vid. GUERRERO VIZUETE, Esther (2018). “Tiempo de trabajo y conciliación familiar: la excedencia por cuidado de hijos y familiares” en ROMERO BURILLO, Ana M^a. y RODRÍGUEZ, ORGAZ, Cristina (Coords.): *Trabajo, Género e Igualdad*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 242.

²⁹⁰Esta tesis fue acuñada en los años 60 por Young y Willmott, YOUNG, Michael y WILLMOTT, Meter (1957). *Family and kinship in east London*, London: Penguin Books, citado por GUERRERO VIZUETE, Esther (2018). “Tiempo de trabajo y conciliación...”, cit. p. 242.

²⁹¹DÍAZ MARTÍNEZ, Capitolina (2016). “Introducción” en DÍAZ MARTÍNEZ, Capitolina y SIMÓ-NOGUERA, (Coords.). *Brecha salarial y brecha de cuidados*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 13.

²⁹²MORENO GENÉ, Joseph (2018). “La suspensión del contrato de trabajo y la prestación por paternidad de los trabajadores por cuenta ajena diez años después de la aprobación de la ley de igualdad” en ROMERO BURILLO, Ana M^a. y RODRÍGUEZ, ORGAZ,

Ahora bien, hasta hace relativamente poco tiempo, la articulación de los derechos laborales que promueven la conciliación de la vida personal, familiar y laboral ha girado en torno a los denominados “derechos de ausencia”²⁹³, lo cual puede suponer para las mujeres consecuencias muy negativas, en tanto que son las principales usuarias de este tipo de medidas conciliadoras, ya que las misma comportan apartarse, aunque sea de forma parcial del mundo laboral, además de una merma económica que no sólo repercute en su retribución, sino que comportará efectos a largo plazo en el momento de percibir la correspondiente cobertura de protección social²⁹⁴, por ello se hace necesario que las medidas de conciliación no sólo promuevan y garanticen adecuadamente los períodos de ausencia que las tareas de cuidado de familiares puedan requerir, sino que se adopten medidas que permitan el establecimiento de una jornada laboral respetuosa con la vida familiar de las persona trabajadoras. “De nada sirve que (a las personas trabajadoras) se les ofrezca días de permisos y períodos de excedencia, que se agotan, si el día a día del trabajo imposibilita el compaginar con normalidad la vida laboral con la familiar”²⁹⁵.

En esta línea, la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres²⁹⁶ (en adelante LOI) es sin duda un punto de inflexión desde la vertiente normativa en la lucha contra la discriminación que padecen las mujeres, erigiéndose como un instrumento especialmente idóneo para corregir las desigualdades en el ámbito laboral por motivos de género y para la promoción de una mayor corresponsabilidad entre hombres y mujeres en la asunción de las obligaciones familiares²⁹⁷, lo cual se consigue sobre todo en la flexibilización de los tiempos de trabajo.

La LOI, como no podía ser de otra forma, incide en los tiempos de trabajo, introduciendo un conjunto de mejoras técnicas e incorporando significativas novedades respecto a permisos, vacaciones, suspensiones del contrato y medidas de protección social vinculadas a estos mismos derechos, que sin duda han supuesto un importante impulso a las políticas de conciliación, no obstante su despliegue a lo largo de todos estos años sigue poniendo de manifiesto la necesidad de nuevas acciones para que la corresponsabilidad de mujeres y hombres sea una realidad²⁹⁸.

Una de esas acciones adicionales es el teletrabajo, el cual desde hace ya mucho tiempo se viene apuntando como un instrumento idóneo para facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y profesional, tanto a nivel doctrinal²⁹⁹, como a nivel normativo e institucional. En este sentido, cabe recordar que el AMET, en sus consideraciones generales ya hace expresa referencia a esta cuestión al señalar que “los interlocutores sociales consideran el teletrabajo a

Cristina (Coords.): *Trabajo, Género...*, cit. p. 143.

²⁹³ BALLESTER PASTOR, M^a. Amparo (2010). “Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad”, *Revista de Derecho Social*, núm. 51, p. 31 y ss.

²⁹⁴ CHARRO BAENA, Pilar (2018). “La incidencia de la LOI en la ordenación del tiempo de trabajo: reducciones y permisos” en ROMERO BURILLO, Ana M^a. y RODRÍGUEZ, ORGAZ, Cristina (Coords.): *Trabajo, Género...*, cit. p. 67.

²⁹⁵ Vid. *Informe Randstad sobre Calidad del trabajo en la Europa de los quince. Las políticas de conciliación*, ESADE, Barcelona, 2004, pág. 100.

²⁹⁶ BOE de 23 de marzo de 2007.

²⁹⁷ Vid. Exposición de Motivos de la Ley Orgánicas 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

²⁹⁸ Un amplio estudio sobre las medidas adoptadas por la LOI tanto a nivel laboral como de seguridad social, así como su despliegue en los últimos diez años se encuentra en ROMERO BURILLO, Ana M^a. y RODRÍGUEZ, ORGAZ, Cristina (Coords.) (2018). *Trabajo, Género e Igualdad*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

²⁹⁹ Vid. por todos DI MARTINO, Vittorio y WIRTH, Linda (1990). “Teletrabajo: un nuevo modo de trabajo y vida”, *Revista Internacional del Trabajo*, núm. 109-4, p. 472.

la vez como un medio de modernizar la organización del trabajo para las empresas y organizaciones de servicios públicos, y para los trabajadores reconciliar vida profesional y vida social(...)”.

Efectivamente, la incorporación de TICs que facilitan el trabajo fuera de las instalaciones de la empresa y, por tanto, la posibilidad de realizar el trabajo a distancia en las mismas condiciones que el resto de la plantilla que permanece físicamente en el centro de trabajo puede ser una alternativa viable que permita la permanencia de la persona trabajadora en la empresa cuando por circunstancias personales o familiares resulte incompatible con la prestación del trabajo en el lugar físico inicialmente fijado. En este sentido, el teletrabajo permite a las empresas retener a las personas trabajadoras que se plantean la posibilidad de dejar de trabajar, en especial las mujeres, que después de la suspensión por maternidad no pueden compatibilizar las tareas familiares y profesionales³⁰⁰.

No obstante las ventajas que se predicán del teletrabajo a efectos de facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y profesional los niveles de teletrabajo existentes en España son todavía bajos en relación con la Unión Europea y más aún respecto a los Estados Unidos³⁰¹ y ello teniendo en cuenta que en los últimos años la generalización del uso de las NTICs por la población ha llevado mejorar su posición, pese a lo cual España sigue estando por debajo de la media europea³⁰².

Los motivos que pueden justificar la poca utilización por parte de las empresas y las Administraciones Públicas del teletrabajo son diversos, pero sin duda entre ellos cabe destacar las reticencias que manifiestan tanto las organizaciones empresariales, como los sindicatos en que los empleados y las empleadas trabajen fuera de la empresa, con independencia de que la empresa pueda disponer de suficientes recursos estructurales para dotar de las infraestructuras adecuadas a fin de implantarlo³⁰³.

Tales reticencias a nuestro parecer derivan principalmente de la falta de una regulación concreta sobre teletrabajo, lo cual produce inseguridad jurídica y desprotección por mucha flexibilidad que se aporte a la organización del trabajo mediante este modo de trabajar³⁰⁴. En este sentido cabe recordar que en nuestro ordenamiento jurídico laboral, en estos momentos sólo contamos con el art. 13 ET que regula el trabajo a distancia y, aunque dicha regulación fue actualizada y ampliada con motivo de la aprobación de la Ley 3/2012, resulta ciertamente parca, además de ser una regulación muy general que abarca cualquier tipo de trabajo a distancia, no sólo el teletrabajo, sin que sea posible en muchos casos poder acudir como alternativa a la regulación contenida en el ET, la cual resulta todavía más genérica. Por ello se hace necesaria una concreta regulación, entre otros aspectos, sobre ordenación del tiempo de trabajo, los descansos, la limitación de las jornadas de trabajo y su carácter voluntario³⁰⁵, la

³⁰⁰ Ibid.

³⁰¹ Vid. FUNDACIÓN MASFAMILIA (2012). *El Libro Blanco del teletrabajo en España. Del trabajo a domicilio a los e-workers. Una recorrido por la flexibilidad espacial, la movilidad y el trabajo en remoto*, Madrid.; Fundación Masfamilia, p. 23 y ss.

³⁰² Vid. CES (2017). *Nuevos hábitos de consumo, cambios sociales y tecnológicos*, Informe núm. 4/2016, Madrid: CES, p. 25.

³⁰³ Vid. FUNDACIÓN MASFAMILIA (2015) *El Libro Blanco del teletrabajo en España...*, cit. p. 23 a 25.

³⁰⁴ Vid. QUINTANILLA NAVARRO, Raquel Yolanda (2017). “Teletrabajo y conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 133, p. 362.

³⁰⁵ Vid. SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena (2017) “Trabajo a distancia y relación individual: aspectos críticos (I)” en MELLA MÉNDEZ, Lourdes (Dir.): *El teletrabajo en España...*, cit. p. 89 y ss.

adecuación y medidas específicas en materia de salud laboral³⁰⁶ o sobre los sistemas de vigilancia y control³⁰⁷.

Tampoco a nivel europeo contamos con una regulación lo suficientemente concreta sobre esta materia, ya que debemos recordar que la única regulación existente sobre teletrabajo es el AMET, por lo tanto una norma que no obliga a los Estados miembro de la Unión Europea, sino que sólo es de obligado cumplimiento para los agentes sociales de los diferentes Estados de la Unión Europea en el momento en que se decida introducir por vía de la negociación colectiva la utilización del teletrabajo. Además, la necesidad de hacer viable una regulación a nivel europeo ha hecho necesario que el AMET adopte compromisos excesivamente genéricos, de manera que los derechos y obligaciones de las partes contratantes resultan muy poco precisos, quedando en manos del acuerdo concreto, pudiendo ser de esta forma la regulación muy diversa, tanto respecto al Estado donde se implante, como a la empresa de la que se trate, sin que existan unos mínimos generales garantizados.

A partir de la existencia de una adecuada regulación del teletrabajo, con toda seguridad la implantación de este tipo de trabajo por parte de las empresas será mucho mayor. Ahora bien, convenimos con la doctrina³⁰⁸ que el hecho de que el teletrabajo permita compaginar de una forma equilibrada el cumplimiento de las obligaciones laborales y el desarrollo de la vida personal no debe llevar a considerar que la prestación de servicios a través de este modo constituya la mejor opción siempre. Su conveniencia dependerá de las funciones a desarrollar, del grado de autonomía que permitan las mismas y de que no se requiera la inexcusable presencia física de la persona trabajadora. A todo ello cabe añadir, además la posibilidad de plantear en el momento de su implantación el realizarlo sólo en una parte de la jornada laboral.

En todo caso el recurso al teletrabajo es un instrumento que cuenta con muchas potencialidades si se es capaz de dotarlo de una adecuada regulación, no solo para la persona trabajadora, sino también para las organizaciones empresariales si quieren conseguir el objetivo de ser consideradas socialmente responsables, en tanto que la empresa que ambicione alcanzar esta finalidad social con su actividad económica debe avanzar hacia un ideal de autorrealización personal de las personas trabajadoras que prestan los servicios para ella, combinando la eficiencia en el trabajo, la conciliación de la vida personal y laboral y la corresponsabilidad familiar³⁰⁹.

4. EL PAPEL DE LAS NTICS EN LOS SUPUESTOS DE ACOSO SEXUAL Y POR RAZÓN DE SEXO: EL CIBERACOSO.

Tal y como poníamos de relieve al inicio de este trabajo la rápida incorporación de las NTICs en nuestro día a día ha llevado a que su utilización se haya extendido no sólo al ámbito privado de las personas, sino también al ámbito de lo público. En este sentido, por ejemplo, no se

³⁰⁶MELLA MÉNDEZ, Lourdes (2015). "La seguridad y salud en el teletrabajo" en MELLA MÉNDEZ, Lourdes (Ed.) y VILLALBA SÁNCHEZ, Alicia: *Trabajo a distancia y teletrabajo...*, cit. p. 171 y ss.

³⁰⁷Vid. CARDONA RUBERT, M^a. Belén (2017). "Trabajo a distancia y relación individual: aspectos críticos (II)" en MELLA MÉNDEZ, Lourdes (Dir.): *El teletrabajo en España...*, cit. p. 141 y ss.

³⁰⁸Vid. VILLALBA SÁNCHEZ, Alicia (2015). "Teletrabajo y responsabilidad social...", cit. p. 68 y 69.

³⁰⁹Ibid. p. 66.

entendería que un partido político ante un acontecimiento relevante no incorporara algún comentario en las redes sociales o no se tuvieran en cuenta los medios digitales en unas elecciones electorales.

Este impacto de las NTICs alcanza como no podía ser de otra manera también al marco de las relaciones de trabajo y ello ha comportado, entre otros efectos, que cada vez sea más habitual este tipo de comunicación entre empresa y personas trabajadoras a la hora de la ordenación de la actividad productiva, así como también entre las propias personas trabajadoras.

Es justamente esta proliferación de las comunicaciones a través de las NTICs y más concretamente su nefasta utilización por algunas personas, en especial de las redes sociales lo que ha llevado a la aparición de un nuevo fenómeno conocido con el término de “ciberacoso”.

El ciberacoso, en términos generales, ha sido definido como aquel fenómeno en el que un individuo emplea una serie de conductas, para atacar, humillar, difamar, chantajear a otro, utilizando las tecnologías de la información y comunicación, principalmente internet y las redes sociales, pero con una progresiva incidencia a la través de los teléfonos móviles³¹⁰.

Como se puede constatar, la definición de ciberacoso no dista mucho de la tradicional definición de acoso, con la única excepción de la utilización de las NTICs para llevar a cabo dicha conducta, lo que lleva a que el acoso se introduzca en una nueva dimensión, hasta ahora desconocida y en la que parece que no existen límites.

Por tanto nos encontramos ante una problemática ya conocida pero que se produce en un nuevo escenario que amplía el ámbito de desarrollo de las conductas violentas en los lugares de trabajo y que en opinión de la doctrina resulta un campo especialmente abonado para el ejercicio de la violencia laboral de género, ya que la utilización de las NTICs, tienen como objetivo la dominación, la discriminación y, en definitiva el abuso de la posición de poder, posición que habitualmente ocupa el hombre³¹¹.

Este planteamiento teórico, desafortunadamente se ha visto concretado en la práctica de las empresas y, sobre esta cuestión es posible afirmar que el número de supuestos en los que las NTICs juegan un papel relevante a la hora sancionar disciplinariamente a una persona trabajadora por motivos de acoso se ha visto incrementado de forma importante en los últimos años, destacando especialmente las denominadas redes sociales, tipo Twitter y Facebook y el sistema de mensajería instantánea “WhastApp”.

En este sentido y a título ilustrativo cabe señalar la STSJ de Cataluña de 17 de julio de 2012³¹² en la que se confirmará el acoso sexual que sufría una trabajadora por parte de un superior jerárquico de su empresa a partir de los comentarios incluidos en Facebook y el teléfono móvil. A este respecto la sentencia constata como durante más de un año la trabajadora fue víctima de los comentarios e insinuaciones del demandado tanto a través de mensajes de Facebook y de móvil que según consta en el informe emitido por los servicios de la Inspección de Trabajo eran constitutivos de un acoso sexual en la modalidad de chantaje que incluía la vulneración

³¹⁰Vid. VICENTE PACHES, Fernando (2017). “El ciberacoso: un fenómeno de violencia emergente ene.Ámbito de las relaciones de trabajo”, *Revista Aranzadi Instituciones*, BIB 2017\634, p. 2.

³¹¹Ibid. p. 4.

³¹²JUR\2012\297124.

del derecho a la dignidad, lo cual llevó a la propuesta por parte de la Inspección de la determinación de que la baja de la trabajadora fuera de IT por contingencias profesionales.

Otro ejemplo en el que las NTICs son utilizadas como medio para llevar a cabo el acoso sexual lo encontramos en la STSJ del País Vasco de 13 de mayo de 2014³¹³ en la que se aporta como prueba el envío que hacía el demandado por medio de “WhatsApp” de proposiciones sexuales a una trabajadora. En este supuesto se trata de una trabajadora empleada del hogar que prestaba sus servicios en el hogar y en el despacho profesional (consulta médica) del demandado y que denuncia a su empleador por tocamientos y acoso verbal sin consentimiento. Junto a la conductas físicas y comentarios obscenos, la trabajadora también recibía mensajes de “WhatsApp”, con proposiciones sexuales y preguntas tales como el tipo de lencería que utilizaba.

Un supuesto similar al anterior se recoge en la STSJ de Castilla-La Mancha de 12 de febrero de 2015³¹⁴, donde también se aportan las conversaciones mantenidas por las partes litigantes vía “WhatsApp” para fundamentar la conducta de acoso.

Para finalizar también puede destacarse, por un lado, la STSJ de Madrid de 8 de abril de 2016³¹⁵, aunque en este caso el medio de prueba presentado es más tradicional al consistir en una serie de grabaciones audiovisuales. El supuesto analizado en la sentencia tiene su origen en la demanda de extinción del contrato de trabajo solicitado por la trabajadora ante el acoso sexual que estaba sufriendo por parte de su jefe y socio de la empresa, el cual queda probado, entre otros motivos, por la grabación realizada en la que se escucha que el demandado utiliza un lenguaje con connotaciones sexuales respecto a la demandante, los cuales puestos en relación con los informes médicos aportados, permitió fijar la existencia de un proceso de comentarios sexuales constantes y continuados hacia la trabajadora.

Y, por otro lado, la STSJ también de Madrid de 7 de noviembre de 2017³¹⁶ que confirma la sentencia de instancia que declara despido disciplinario procedente el realizado por la empresa a uno de sus trabajadores por motivos de acoso sexual a una trabajadora realizado a través de notas y mensajes telefónicos de claro contenido amoroso durante un período de diez meses, siendo una conducta reiterada en el tiempo, rechazada por la destinataria, mantenida conscientemente por el acosador, a pesar de ser advertido de la necesidad de su cese y productores de una inequívoca tensión psicológica en la trabajadora.

Todos estos ejemplos pretenden poner de relieve los riesgos que se acompañan al mal uso de las NTICs y que es susceptible de lesionar o vulnerar múltiples derechos y libertades fundamentales de las personas trabajadoras, entre los cuales destacan derechos tan importantes como la dignidad de la persona, la intimidad, el derecho a la propia imagen, el derecho al honor, a la salud, la igualdad o la integridad física y moral. Por ello se hace cada vez más urgente que las empresas y las personas trabajadoras tomen conciencia de la importancia del uso responsable de las NTICs para lo cual resulta imprescindible contar con una formación y una especialización adecuada en esta materia y la profundización en una cultura preventiva

³¹³JUR\2014\230183.

³¹⁴JUR\2015\68340.

³¹⁵AS\2016\855.

³¹⁶JUR\2017\17976.

sobre los riesgos en la red, una cuestión sobre la que todavía falta un gran concienciación y sensibilización.

5. VALORACIÓN FINAL.

A lo largo del presente estudio se ha pretendido analizar desde una perspectiva de género el modo en que impactan o pueden impactar las NTICs en el ámbito de las relaciones laborales, para lo cual se han tomado en consideración aspectos relevantes del proceso de desarrollo de una relación laboral correspondientes a la fase de acceso, permanencia y salida de una persona trabajadora en la empresa. A partir de este análisis se han podido extraer las siguientes conclusiones:

1. El uso masivo y cotidiano de las NTICs ha hecho inevitable que progresivamente se haya introducido su utilización también en el día a día de las empresas, lo cual ha incidido directamente en el modelo de organización y gestión, con indudables ventajas a estos efectos a nivel estratégico, de gestión del conocimiento, de innovación y desarrollo, de colaboración, de formación, de captación de talento y como sistema de reclutamiento de personal, de comunicación interna y marketing, etcétera. De igual forma, los cambios tecnológicos actuales pueden ofrecer ciertas ventajas a las personas trabajadoras, muchas de ellas coincidentes con las ofrecidas a las empresas, entre las que se pueden mencionar la ampliación y mejora de las ofertas de trabajo, la flexibilidad horaria, la mejor compatibilización de vida personal y profesional, etcétera. Ahora bien, junto al conjunto de ventajas que acompañan al uso de estas NTICs, de igual forma también se plantean riesgos tanto para la empresa como para las propias personas trabajadoras que derivan directamente de su utilización, algunos de los cuales surgen como consecuencia de la tendencia que existe en estos casos a diluirse la frontera entre lo privado y lo público, entre la vida personal y laboral.

2. Uno de los ámbitos en los que sin duda se muestra la incidencia de las NTICs en la relación de trabajo es en el marco de la intermediación del mercado de trabajo con la proliferación de los portales digitales de empleo, instrumento que puede resultar especialmente atractivo para aquellos colectivos que tradicionalmente tienen especiales dificultades para poder acceder a un trabajo, como es el caso del colectivo de las mujeres, que tanto en época de crisis, como de bonanza económica ven, año tras año, como sus niveles de empleo siguen siendo inferiores a los de los hombres. Sin embargo estas nuevas vías presentan importantes déficits que necesariamente se deben resolver, en especial en relación a su transparencia y respeto a derechos fundamentales como la igualdad y no discriminación por razón de sexo, en tanto que no es excepcional la publicación de ofertas de empleo en las que se señala como colectivo destinatario uno de los dos sexos, reproduciéndose de nuevo los estereotipos de género en función del sector productivo.

3. Junto a la actividad de intermediación, otro ámbito en el cual las NTICs pueden incidir de forma sustancial es en el acceso al mercado de trabajo y, en especial en el acceso de la mujer es el referente a la formación. A este respecto resulta cada vez más frecuente la presencia en internet de recursos con capacidad de empoderar a las mujeres, lo que demuestra la concienciación social y la importancia de la presencia femenina en las redes.

4. Igualmente el teletrabajo se postula como un instrumento facilitador de empleo, mejorando las posibilidades profesionales de toda persona trabajadora, pero en especial de grupos vulnerables como es el caso de las mujeres. Justamente la posibilidad de prestar los servicios profesionales en un lugar distante o diferente a las instalaciones físicas de la empresa ofrece interesantes ventajas para la persona trabajadora, entre las que se encuentra la ampliación y mejora de las ofertas de trabajo, las cuales en algunos casos se hacen más accesibles, al no existir el impedimento de la localización/ubicación geográfica y, en otros casos, plantea la posibilidad de poder desarrollar algunos trabajos que de otro modo sería imposible por la flexibilidad horaria que ofrece el trabajo a distancia.

5. El teletrabajo también aparece como un mecanismo capaz de favorecer la conciliación personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras y, en consecuencia la permanencia de la mujer en el mercado de trabajo, así como favorecer la corresponsabilidad familiar, de manera que pueda ser una realidad la desaparición de las dobles y triples jornadas laborales para las mujeres. La incorporación de NTICs que facilitan el trabajo fuera de las instalaciones de la empresa y, por tanto, la posibilidad de realizar el trabajo a distancia en las mismas condiciones que el resto de la plantilla que permanece físicamente en el centro de trabajo puede ser una alternativa viable que permita la permanencia de la persona trabajadora en la empresa cuando por circunstancias personales o familiares resulte incompatible con la prestación del trabajo en el lugar físico inicialmente fijado.

6. La proliferación de las comunicaciones a través de las NTICs en el ámbito de las relaciones de trabajo y más concretamente su nefasta utilización por algunas personas, en especial de las redes sociales ha llevado a la aparición del denominado “ciberacoso”, un fenómeno que supone el desarrollo de una problemática ya conocida como es el acoso laboral pero que se produce en un nuevo escenario que amplía el ámbito de desarrollo de las conductas violentas en los lugares de trabajo y que en opinión de la doctrina resulta un campo especialmente abonado para el ejercicio de la violencia laboral de género, ya que la utilización de las NTICs, tienen como objetivo la dominación, la discriminación y, en definitiva el abuso de la posición de poder, posición que habitualmente ocupa el hombre. En este sentido, se constata que el número de supuestos en los que las NTICs juegan un papel relevante a la hora sancionar disciplinariamente a una persona trabajadora por motivos de acoso y, más concretamente acoso sexual, se ha visto incrementado de forma importante en los últimos años, destacando especialmente las denominadas redes sociales, tipo Twitter y Facebook y el sistema de mensajería instantánea “WhastApp”, por lo que cada vez es más urgente que las empresas y las personas trabajadoras tomen conciencia de la importancia del uso responsable de las NTICs para lo cual resulta imprescindible contar con una formación y una especialización adecuada en esta materia y la profundización en una cultura preventiva sobre los riesgos en la red, una cuestión sobre la que todavía falta un gran concienciación y sensibilización.

EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL COMO CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A CONCILIAR LA VIDA PERSONAL Y LABORAL

Nuria Reche Tello

Universidad Miguel Hernández, Spain

Resumen:

La presente comunicación analiza el derecho a la desconexión digital que se incluye dentro del Título X, Garantía de los Derechos Digitales, del Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, y que se define como un elemento potenciador del derecho a conciliar. Analizaremos sus antecedentes legislativos y jurisprudenciales para, a continuación, abordar el estudio de su posible naturaleza, contenido y grado de eficacia. Así llegaremos a la conclusión de que el derecho a la desconexión digital ha de entenderse como parte del contenido esencial del derecho fundamental a conciliar la vida personal y laboral, en su vertiente de derecho de libertad o autonomía, es decir, como límite frente al poder de dirección de la empresa o, si se quiere, como el deber empresarial de no interferir en la vida personal de los trabajadores fuera de su jornada laboral.

Palabras clave: Desconexión digital, derecho a la conciliación, de la vida personal y laboral, límites, poder de dirección de la empresa.

Abstract: This article analyzes the right to disconnect that is included in Title X, Guarantee of Digital Rights, of the Organic Law Project for the Protection of Personal Data and that is defined as an enhancing element of the work-life balance rights. We will analyze the legislative and jurisprudential background, then address the study of its possible nature, content and degree of effectiveness. Then, we reach the conclusion that the right to disconnect must be understood as part of the essential content of the fundamental work-life balance right, in its aspect of the right of freedom or autonomy, that is, as a limit on the power of management of the company, or as the corporate duty not to interfere in the personal life of workers outside of their workday.

Keywords: Right to disconnnet, work-life balance rights, limits, power of management of the company.

ÍNDICE

I. Introducción

II. Ámbito normativo y jurisprudencial del derecho a la desconexión digital

1. Tiempo de trabajo y descanso en el ámbito internacional y europeo
2. La normativa estatal: de la Constitución al Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales
3. Experiencias en la negociación colectiva.
4. Apuntes jurisprudenciales en materia de descanso

III. Naturaleza y contenido del derecho a la desconexión digital

IV. conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

El uso exponencial de las nuevas tecnologías ha propiciado en los últimos tiempos que la frontera que separa el tiempo de trabajo y la vida personal se difumine, es el denominado “efecto *blurring*”, de manera que, por una parte, la flexibilidad que otorgan estas herramientas permiten a los trabajadores una mayor facilidad para conciliar vida personal y laboral pero, al mismo tiempo, en numerosas ocasiones, estos se ven obligados a estar disponibles durante un mayor número de horas y atender a los requerimientos laborales en todo momento y lugar, lo que puede ocasionar ciertas intromisiones en su intimidad, además de la exposición a nuevos riesgos psicosociales derivados del tecno-estrés o la tecno-adicción. Así se afirma en el informe de la OIT-Eurofound: *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*³¹⁷, donde se destaca la necesidad de desconectarse para separar el trabajo de la vida personal, así como de abordar la regulación del teletrabajo.

En este sentido, el denominado “Informe Mettling” supone un antecedente de las primeras regulaciones del derecho a la desconexión digital. En él se recogen determinadas experiencias sobre duración del tiempo de trabajo que favorecen la desconexión, tanto en acuerdos sectoriales como en algunas empresas. Este informe ha sido el punto de partida para la elaboración de la previsión legal francesa, la denominada Ley “*El Khomri*” o *Loi Travail* 2016-1088, de 18 de agosto de 2016³¹⁸, y que entró en vigor el pasado 1 de enero de 2017, donde

³¹⁷ Disponible en: <https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2017/working-anytime-anywhere-the-effects-on-the-world-of-work>. Consultado 28 de diciembre de 2017.

³¹⁸ El art.55.I.2.o L 2016-1088 introduce un nuevo apartado 7 en el artículo L 2242-8 del Código de Trabajo francés disponiendo que la negociación anual sobre igualdad profesional entre las mujeres y los hombres y la calidad de vida en el trabajo incluirá: “7º Las modalidades del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión y la puesta en marcha por la empresa de dispositivos de regulación de la utilización de los dispositivos digitales, a fin de asegurar el respeto del tiempo de descanso y de vacaciones, así como de su vida personal y familiar. A falta de acuerdo, el empleador, previa audiencia del

se incorpora la desconexión digital como un derecho para los trabajadores -y una correspondiente obligación para las empresas- con el fin de regular el uso de las tecnologías de la comunicación y la información y así garantizar el tiempo de descanso, las vacaciones, la vida personal y familiar y la salud de los trabajadores/as, ya que, según reconoce la propia norma, si las tecnologías están mal controladas pueden tener un impacto negativo sobre estas cuestiones. La ley francesa opta por remitir a la negociación colectiva su desarrollo en aquellas empresas de más de 50 trabajadores, y aunque la norma no concreta en qué consiste el derecho, asigna a la empresa un papel preponderante al materializar sus particularidades, asociándolo a la igualdad de mujeres y hombres y la calidad de vida en el trabajo, ya que a falta de acuerdo, y previa audiencia con los representantes de los trabajadores, deberá elaborar una política de actuación en la que defina los aspectos de este derecho (Moreno González-Aller, 2018).

En nuestro país, el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 9 de octubre de 2018, introduce en el Título X denominado “Garantía de los derechos digitales”, entre otros, el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral a fin de asegurar, fuera del tiempo de trabajo, el respeto al descanso y la intimidad, definiéndose como un elemento potenciador de la conciliación de la vida personal y laboral. Analizaremos en primer lugar sus antecedentes normativos y jurisprudenciales, y a continuación su posible naturaleza y contenido, lo que nos dará finalmente algunas respuestas acerca de este nuevo derecho/deber en la era de las comunicaciones digitales.

II. ÁMBITO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL

Los primeros antecedentes debemos situarlos en el reconocimiento del clásico derecho al descanso a principios del siglo XX, y es que la desconexión digital no deja de ser la reinterpretación de una necesidad humana básica, esto es, poder disfrutar libremente de la vida personal y familiar como expresión de la primacía de la libertad de la persona y el respeto a su vida privada que la Constitución y los tratados internacionales garantizan.

1. *Tiempo de trabajo y descanso en el ámbito internacional y europeo*

El derecho al descanso se aborda inicialmente en el primer convenio acordado en el seno de la OIT, el Convenio nº 1 sobre las horas de trabajo (industria), firmado en 1919 con el propósito de limitar las horas de trabajo en las empresas industriales a ocho diarias y cuarenta y ocho semanales.

comité de empresa o, en su defecto, de los delegados de personal, elaborará una política de actuación al respecto. Esta política definirá las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y preverá, además, la puesta en marcha de acciones de formación y de sensibilización sobre un uso razonable de los dispositivos digitales, dirigida a los trabajadores, mandos intermedios y dirección”.

Más tarde, la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1948, DUDH, en su art. 24, reconoce un derecho vinculado con el derecho al trabajo del art. 23 y “que tiene que ver con una de las cuestiones más de moda en el siglo XXI en el ámbito de las relaciones laborales: el derecho a la limitación del tiempo de trabajo para facilitar el descanso del trabajador y la posibilidad de disposición de tiempo libre para disfrutar de su condición de ser humano” (Sempere Navarro & Cano Galán, 2008). El tiempo de descanso al que se refiere la DUDH, a su vez directamente relacionado con la necesidad de garantizar la seguridad y salud en el trabajo, se manifiesta, por una parte, en la limitación de la jornada para permitir que los individuos puedan satisfacer sus necesidades vitales, esto es, el tiempo libre; y por otra, en la concesión de tiempo adicional de descanso para posibilitar que los sujetos se recuperen tras los periodos de actividad prolongada, y que se hace coincidir con el término “vacaciones”. Sin embargo, “presumiblemente la concepción de los redactores de la DUDH va más allá, vinculando dicho tiempo adicional de descanso a una finalidad en concreto: la posibilidad de desarrollo social del individuo”, una concepción amplia que tiene que ver “con la necesidad de que el trabajador disponga de tiempo de ocio o que pueda destinar a aspectos de su vida privada y de sociabilidad con otros individuos” (Sempere Navarro & Cano Galán, 2008).

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, PIDESC, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, recoge en su art. 7 que los Estados Parte reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren, en especial, entre otros: el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

Del mismo modo, la Carta Social Europea de 1966 en su art. 2 recoge el derecho a unas condiciones de trabajo equitativas, en términos similares al PIDESC.

Más concretamente, en el marco de la UE, la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, regula determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, siendo de aplicación a todos los sectores de actividad, privados y públicos. En ella se define el concepto de tiempo de trabajo en su art. 2.1 como “todo el periodo durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en el ejercicio de su actividad o sus funciones”. De manera negativa, el tiempo de descanso se expresa en su art. 2.2 como “todo periodo que no sea tiempo de trabajo”. La Directiva, en sus arts. 3 a 6 impone a los Estados miembros que adopten las medidas para asegurarse de que el trabajador disponga de un descanso adecuado y efectivo. Y es que el derecho de la UE impone que los conceptos de tiempo de trabajo, descanso, tiempo de presencia y trabajo efectivo se interpreten de manera uniforme en todo el ámbito comunitario para garantizar eficazmente la aplicación de la normativa y la seguridad y salud de los trabajadores. Así, por ejemplo, el tiempo de disponibilidad tecnológica ha de ser considerado tiempo de trabajo, con independencia del lugar en que se preste, tal y como ha afirmado la STJUE 21 de febrero de 2018, C-518/15, asunto Matzak, que no permite a los Estados miembros mantener o adoptar una definición del concepto de tiempo de trabajo menos restrictiva que la que contiene el art. 2 de la Directiva (Moreno González-Aller, 2018).

Por su parte, la Directiva 93/104 establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación de la jornada laboral, teniendo por objeto mejorar las condiciones de vida y de trabajo mediante la aproximación de las normas nacionales relativas, en concreto, a la duración del tiempo de trabajo. Concretamente los arts. 3 y 5 de dicha Directiva, que figuran en la Sección II de la misma, regulan los periodos mínimos de descanso diario y semanal. Esta armonización a nivel comunitario en materia de ordenación del tiempo de trabajo garantiza así una mejor protección de la seguridad y de la salud, haciendo que los trabajadores disfruten de periodos mínimos de descanso -diario y semanal-, así como de pausas adecuadas y estableciendo un límite máximo de cuarenta y ocho horas para la duración media de la semana de trabajo, límite que incluye las horas extraordinarias.

2. La normativa estatal: De la Constitución al Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales

Al igual que en el apartado anterior, los antecedentes del derecho a la desconexión digital los encontramos en el derecho al descanso regulado en el art. 40.2 de la CE, dentro de los principios rectores de la política social y económica. Este derecho está directamente vinculado con una de las conquistas más importantes de las reivindicaciones obreras: la limitación de la jornada laboral, y en su dimensión constitucional hay que interpretarlo en el sentido de asegurar que se ponen en marcha medidas para lograr el descanso de los trabajadores que, a su vez, repercutan en la mejora de su calidad de vida. Por ello, el precepto hace referencia a la limitación de la jornada laboral y a las vacaciones periódicas retribuidas. El desarrollo legal del derecho al descanso lo encontramos en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores que, en sus arts. 34, 37 y 38, se encarga de regular el descanso diario, el semanal, los permisos, así como el derecho a vacaciones anuales de los trabajadores.

Por otra parte, no puede entenderse el derecho al descanso sin su conexión con los derechos fundamentales *de la personalidad* y que nuestra Constitución contempla: los derechos de intimidad personal (18.1), secreto de las comunicaciones (18.3) y protección de datos de carácter personal (18.4). Como explica (Casas Bahamonde, 2018) el Tribunal Constitucional ha definido el contenido esencial de los derechos fundamentales y en su temprana STC 110/1984 “procedió a equiparar el derecho a la intimidad con el derecho a la vida privada para extender su ámbito de protección global más allá del domicilio y garantizar un ámbito reservado de la vida de las personas frente a la acción y conocimiento de terceros, sean poderes públicos o particulares ‘necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana’. Decisiones posteriores llevarían ese ámbito reservado de la vida, la ‘propia esfera de desenvolvimiento del individuo’ a las relaciones laborales, ligándolo a la dignidad humana y destacando que el atributo más importante del derecho a la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos”.

Cabe preguntarse entonces si, a la vista de la normativa expuesta, resultaría necesario, al igual que se está haciendo en otros países³¹⁹, regular un específico derecho a la desconexión digital, cuestión que ya se ha suscitado entre la doctrina científica, entre otros (Vallecillo Gámez, 2017) o (Molina Navarrete, 2017). A primera vista podría parecer innecesario, dado que el trabajador no tiene, al menos formalmente, obligaciones laborales fuera del horario de trabajo y por tanto no existiría deber legal de responder, ya la empresa no tiene potestad para ordenar. Pero lo cierto es que, en la práctica, son muchas las situaciones que se pueden generar cuando, sin emitir instrucciones precisas, la empresa, bien utilizando los dispositivos digitales puestos a disposición de los trabajadores, o sus propios teléfonos particulares, se comuniquen o envíen mensajes sugiriendo, informando, recordando, o incluso los monitorice, fuera del horario de trabajo, situaciones que obviamente podrían repercutir negativamente en la vida personal y la salud del trabajador.

Precisamente por eso son cada vez más los autores que consideran conveniente regular legal o convencionalmente este derecho “con la simple finalidad de concienciar sobre una práctica empresarial que se encuentra ampliamente asentada” (Taléns Visconti, 2018). Esta regulación y ordenación de la forma de desconexión facilitaría el descanso efectivo, contribuyendo a alejar riesgos psicosociales como el tecno-estrés, garantizando además la atención de otras cuestiones familiares y personales (Tascón López, 2018). Además, será bueno para trabajadores y empresas, “ya que si las reglas del juego están claras todo funciona mucho mejor”(Virolés Piñol, 2018). Se precisa por tanto actualizar el marco de relaciones laborales a las nuevas tecnologías para garantizar el tiempo de descanso de los trabajadores adaptando “el vetusto derecho de descanso a la nueva realidad” (Gordo González, 2017: 9).

Por otro lado, y en lo que respecta al ejercicio de los derechos de los trabajadores a un mínimo de vida privada y a la intimidad de la correspondencia en los lugares de trabajo, el Estatuto de los Trabajadores se muestra insuficiente, ya que no regula la protección de los derechos a la privacidad en el trabajo, resultando necesaria la intervención del legislador para protegerlos “en un entorno tecnológico que puede comprometer decisivamente su efectividad, y establecer limitaciones pertinentes para asegurar su adecuada relación de proporcionalidad con los intereses generales” (Casas Bahamonde, 2018). Así pues, parece conveniente y necesario sentar algunas bases para que las partes implicadas tengan claros los límites en un escenario laboral dominado por el uso, y abuso, de las nuevas tecnologías.

En este contexto, actualmente se encuentra en tramitación parlamentaria el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales, LOPDyGDD, para adaptar nuestro ordenamiento jurídico al Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de los mismos, y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, de aplicación a partir del 25 de mayo de 2018. Además, el Grupo Parlamentario Socialista ha incorporado, a través de una serie de enmiendas de adición,

³¹⁹ Por ejemplo, dentro de la Unión Europea en Francia en la Ley nº 2016-1088 de 8 de agosto de 2016, relativa a trabajo, a la modernización del diálogo social y al aseguramiento de las carreras profesionales o en Italia con la Ley de 22 mayo de 2017 nº 81 de Medidas para la protección del autoempleo y para promover la articulación flexible en el tiempo y lugar del empleo subordinado. Pero también en otros países como Japón, Corea del Sur o Filipinas se están promoviendo medidas de este tipo.

la denominada “Carta de Derechos Digitales”, donde, entre otros, se reconoce y regula finalmente el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral. El texto aprobado en el Congreso el pasado octubre ³²⁰ aborda en su Exposición de Motivos la necesidad de reconocer y garantizar un elenco de derechos digitales conforme al mandato constitucional, ocupando un papel relevante el reconocimiento del derecho a la desconexión en el marco de la intimidad en el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral.

Concretamente, se añade un nuevo Título X (Garantía de los derechos digitales) que recoge en su art. 88 el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral en los siguientes términos:

“1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.

2. Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

3. El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. 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”.

Además, el Proyecto de LOPDyGDD, en su Disposición final decimotercera (nueva) añade un artículo 20 bis al texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. Del mismo modo, para los empleados públicos, la Disposición final decimocuarta (nueva) añade una letra j) bis al artículo 14 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

Las enmiendas introducidas en el Senado y publicadas el 14 de noviembre de 2018 en el BOCG nº 298 no han supuesto ninguna modificación respecto del derecho a la desconexión digital, por lo que estamos ya ante el texto previsiblemente definitivo del artículo una vez se apruebe la LOPDyGDD.

³²⁰ Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, publicado en el Boletín oficial de las Cortes Generales de 9 de octubre de 2018.

3. Experiencias en la negociación colectiva

Como decíamos al comienzo, algunas grandes empresas, principalmente alemanas y francesas, han sido el punto de arranque en el proceso de positivación del derecho a la desconexión digital, incorporándose en los últimos años ciertas multinacionales que han introducido una serie de medidas en sus convenios colectivos con el objetivo de favorecerla. A continuación enumeramos algunas de estas experiencias con la finalidad de conocer como se expresan, en la práctica, las diferentes modalidades de ejercicio del derecho y valorar su nivel de eficacia.

- Volkswagen: desde 2011 la empresa tiene implantado un sistema que desconecta sus servidores de comunicación de los teléfonos móviles profesionales de sus empleados entre las 18.15 horas y las 7 de la mañana del día siguiente³²¹.

- Acuerdo colectivo de carácter sectorial celebrado entre las patronales Syntec y Cinov y los sindicatos CFDT y CFE-CGC: firmado en Francia en 2014, en él se establece el derecho y la obligación de los trabajadores de desconectarse de las herramientas de comunicación a distancia, alcanzándose acuerdos similares en otros sectores de actividad³²².

- Mercedes-Benz: la empresa, desde 2016, ofrece a sus trabajadores acogerse al sistema *mail on holiday*, por medio del cual los correos enviados a trabajadores que se encuentran de vacaciones son automáticamente redirigidos a otros contactos disponibles dentro de la empresa, evitando así que lleguen a sus destinatarios durante las fechas en que se encuentran de vacaciones, así como la sobrecarga de mensajes que suele seguir a tales períodos³²³.

- Orange: en 2016 la empresa llegó a un acuerdo con los trabajadores para establecer tiempos de no utilización de su mensajería electrónica, en particular, durante las reuniones para facilitar la concentración³²⁴.

- Michelin: limita las conexiones de los directivos que viajan entre las 9 de la noche y las 7 de la mañana, y durante todo el fin de semana. En 2016 la empresa establece un control de las conexiones a distancia mediante un sistema de alertas, de manera que envía un aviso a aquellos trabajadores que realicen más de cinco conexiones laborales fuera de su horario, advirtiéndoles de la necesidad de desconectar³²⁵.

³²¹ Disponible en: <https://www.elperiodico.com/es/economia/20180816/derecho-desconexion-digital-trabajadores-vacaciones-espana-6969761>. Consultado 15/10/2018.

³²² Concretamente, en el art. 4.8.1 se recoge la obligación de desconectarse de las herramientas de trabajo en remoto, para lo cual el empresario debe incorporar herramientas de monitoreo para garantizar que se respeten los tiempos de descanso obligatorios. Además se contempla en el art. 4.8.2 la necesidad de garantizar un equilibrio entre la vida personal y profesional para lo cual las empresas afectadas por el convenio deberán velar para que la carga de trabajo permita a los trabajadores conciliar la vida personal y laboral así como su privacidad.

³²³ Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/11315-la-nueva-regulacion-del-derecho-a-la-desconexion-digital-del-trabajador-con-la-empresa/>. Consultado 01/08/2018.

³²⁴ Disponible en: <https://www.yorokobu.es/desconexion-digital-laboral-francia/>. Consultado 01/08/2018.

³²⁵ Disponible en: <https://www.nobbot.com/personas/desconexion/>. Consultado 01/11/2018.

- IBM: deja de controlar los días de vacaciones de los trabajadores, argumentando que así estos pueden organizar libremente su ocio y su trabajo³²⁶.

- Daimler: la empresa permite a sus trabajadores acogerse a un sistema que elimina los correos electrónicos que se les envían mientras que están de vacaciones, recibiendo los remitentes un mensaje en el que se informa de la ausencia, derivándolos a otras personas o bien volviendo a enviar el correo cuando el trabajador se haya incorporado a su puesto³²⁷.

- Axa: en 2017 el convenio colectivo de la empresa recoge el derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo, salvo causas de fuerza mayor o excepcionales, así como no atender a las llamadas en su teléfono móvil corporativo una vez haya terminado su jornada³²⁸.

- Acuerdo de homologación de las condiciones sociales y laborales entre la plantilla de Santander, Popular y Pastor: reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a emails o mensajes profesionales fuera de sus horarios de trabajo, ni durante los tiempos de descanso, permisos, licencias o vacaciones, salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales³²⁹.

- Ikea: en 2018 introduce el derecho de los trabajadores a no responder comunicaciones por cualquier canal (correo electrónico, teléfono, whatsapp, redes sociales, etcétera). Esto supone la obligación de los directivos de respetar ese derecho a la desconexión, imposibilitándoles enviar comunicaciones a sus trabajadores fuera del horario laboral³³⁰.

- LG U+: este operador de telefonía de Corea del Sur prohíbe a los gerentes que envíen mensajes a sus empleados después de las 8pm, bajo riesgo de sanciones disciplinarias³³¹.

A la vista de las diferentes modalidades de ejercicio del derecho, observamos que, aunque encontramos algunas que ciertamente pueden resultar efectivas, como la ofrecida por el grupo Volkswagen sobre la desconexión de los servidores de comunicación, o la atención durante las vacaciones por otros trabajadores que introduce la empresa Mercedes-Benz, y más aún, las prohibiciones directas de Ikea o LG U+, lo cierto es que la mayoría no resultan novedosas ni aportan soluciones concretas: así, por ejemplo, las medidas de desconexión que recoge la empresa AXA, y similares, no hacen más que plasmar la diferencia entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso, estableciendo incluso excepciones inconcretas (Miñarro Yanini, 2018:100). En el mismo sentido (Molina Navarrete, 2017: 914) afirma que su contenido no

³²⁶ Disponible en: <https://www.nytimes.com/2007/08/31/business/worldbusiness/31ihtibm.4.7338756.html?pagewanted=all>. Consultado 14/11/2018.

³²⁷ Disponible en: <https://www.businessinsider.es/desconexion-digital-nuevas-leyes-que-evitan-que-tengas-que-responder-correo-tu-jefe-despues-trabajo-290119>. Consultado el 01/11/2018.

³²⁸ BOE nº 244, de 10 de octubre de 2017.

³²⁹ Disponible en: <https://noticiasbancarias.com/bancos/27/06/2018/banco-santander-pone-en-marcha-una-serie-de-mejoras-para-sus-trabajadores/160991.html>. Consultado 01/08/2018

³³⁰ Disponible en: <https://www.20minutos.es/noticia/3370022/0/ikea-establece-desconexion-digital-prohibe-efes-contacten-trabajadores-fuera-horario-laboral/>. Consultado 01/08/2018.

³³¹ Disponible en: <https://www.theguardian.com/world/2016/jun/24/south-korea-mulls-ban-on-bosses-messaging-employees-at-home>. Consultado 01/08/2018.

aporta nada nuevo. Otras como Orange interpretan la desconexión como una herramienta para favorecer la concentración de los trabajadores dentro de la jornada laboral, lo que no parece corresponderse con la idea original del derecho pensado para cuando ya no se está en el trabajo. Y en el caso de la empresa Michelin, la medida parece admitir hasta cinco conexiones fuera del horario, lo que resulta contradictorio con la propia necesidad de desconexión. Por su parte, la propuesta por IBM de no controlar las vacaciones parece generar justo el efecto contrario que se pretende conseguir, provocando que los trabajadores consulten sus correos electrónicos y teléfonos móviles incluso durante sus días de vacaciones (Gordo González, 2017: 7). Observamos en estos intentos de regulación una actitud timorata que parece querer evitar, en el fondo, atajar el problema, y más bien convertir el derecho a la desconexión digital en una declaración programática que puede favorecer la imagen de la empresa.

4. Apuntes jurisprudenciales en materia de descanso

Los conflictos relativos a los límites entre las facultades de organización y dirección empresariales y la vida personal y el descanso de los trabajadores han tenido su reflejo en la jurisprudencia de los tribunales. En este sentido, el derecho a la desconexión digital, como una manifestación más del derecho al descanso en el siglo XXI, puede interpretarse tomando como referencia algunas de estas sentencias.

En el ámbito de la UE, la STJUE de 7 de septiembre de 2006, C-484/04, asunto *Commission v. United Kingdom*, vino a establecer que las empresas, además de permitir a los trabajadores disfrutar de los descansos correspondientes, deben adoptar un papel activo de vigilancia, supervisión, seguimiento y control con el fin de que sean utilizados de manera efectiva, adoptando en caso de ser necesario las medidas oportunas. Concretamente en el punto 41 se afirma: “teniendo en cuenta el objetivo esencial de la Directiva 93/104, cuya finalidad es proteger de manera eficaz la seguridad y la salud de los trabajadores, cada trabajador debe disfrutar de periodos de descanso adecuados, que no sólo han de ser efectivos, permitiendo a las personas de que se trata recuperarse del cansancio generado por su trabajo, sino también tener un carácter preventivo que reduzca en la medida de lo posible el riesgo de alteración de la seguridad y la salud de los trabajadores que puede representar la acumulación de periodos de trabajo sin el descanso necesario”.

Ello pone de manifiesto que uno de los aspectos a considerar en la regulación del derecho a la desconexión digital tiene que ver con el deber de prevención de la empresa frente a los riesgos para la salud derivados de la sobreexposición tecnológica, como puede ser el tecno-estrés y la tecno-adicción. A su vez, la empresa tiene un deber de vigilancia para que el trabajador no sobrepase la duración de la jornada, respetándose los descansos y el propio derecho a desconectar.

Por su parte, la Sentencia del TJUE de 10 de septiembre de 2015, C-266/14, asunto *Tyco*³³² analiza el concepto de “tiempo de trabajo” y recoge la diferencia entre tiempo de trabajo y

³³²El caso se plantea a propósito de los trabajadores que carecen de centro de trabajo fijo o habitual y a los que la empresa Tyco no contabilizaba como tiempo de trabajo el empleado en el desplazamiento domicilio-clientes, considerándolo como o tiempo de descanso. Los trabajadores afectados eran informados en su teléfono móvil del trayecto que debían realizar y de los

tiempo de descanso, interpretando el art. 2.1 de la Directiva 2003/88 “en el sentido de que, en circunstancias como las controvertidas en el litigio principal, en las que los trabajadores carecen de centro de trabajo fijo o habitual, el tiempo de desplazamiento que dichos trabajadores dedican a los desplazamientos diarios entre su domicilio y los centros del primer y del último cliente que les asigna su empresario constituye ‘tiempo de trabajo’, en el sentido de dicha disposición”. Así pues, cuando ese tiempo de disponibilidad se dedica a una actividad relacionada con el trabajo su naturaleza es laboral, independientemente del lugar donde se preste.

Centrándonos en el orden estatal, la importante STC 192/2003 de 27 de octubre dictada por la Sala Primera aborda de manera amplia el concepto de descanso vacacional, ligándolo con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, concibiendo el tiempo libre del trabajador, no como un mero tiempo de descanso durante el cual está a disponibilidad del empresario. “Una concepción del derecho del trabajador a las vacaciones retribuidas como la mantenida en las resoluciones judiciales impugnadas equivale a desconocer la dignidad personal del trabajador, entendida ésta como el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, la capacidad de «autodeterminación consciente y responsable de la propia vida» (STC 53/1985, de 11 de abril [RTC 1985, 53] , F. 8), así como el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE). Recordemos una vez más que «la regla del art. 10.1 CE, proyectada sobre los derechos individuales, implica que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un «*minimum*» invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona» [SSTC 120/1990, de 27 de junio (RTC 1990, 120) , F. 4, y 57/1994, de 28 de febrero (RTC 1994, 57) , F. 3 A)]”. Como sostiene el TC, “la dignidad personal del trabajador se vería severamente limitada de aceptarse un tan omnímodo control como el que se permite en las sentencias impugnadas sobre la persona y vida privada del trabajador por parte de la empresa para la que presta servicios (...)” .

Esta sentencia es de importancia puesto que configura el derecho al descanso, y por ende, el derecho a la desconexión digital como límite infranqueable del poder de dirección, con el objetivo final de garantizar la protección de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, de manera que toda concepción empresarial que considere el tiempo libre del trabajador como tiempo vinculado al interés productivo del empleador es inconstitucional, al reducir a simple factor de producción la persona del trabajador.

El tema del control de la jornada ordinaria de trabajo también ha sido objeto de controversia acerca de la necesidad o no del mismo. En este sentido, el Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de marzo de 2017 ha considerado que el art. 35.5 ET no obliga a las empresas a llevar un registro diario de la jornada, sino que sólo establece la obligación de registrar las horas extras realizadas por los trabajadores. Esta interpretación, como afirman los tres votos particulares,

servicios concretos que debían prestar a los clientes unas horas antes de la cita, lo que tenía como consecuencia que los mismos ya no tenían la opción de adaptar su vida privada y su lugar de residencia en función de la cercanía al centro de trabajo, puesto que ese centro varía cada día.

vacía de contenido la obligación de registrar las horas extraordinarias. El problema se complica más aún cuando hay que controlar las horas trabajadas fuera de la jornada laboral y del centro de trabajo habitual, por ejemplo, las horas de disponibilidad, y que como ha expresado el TJUE son horas de trabajo. Alguna luz arroja la sentencia de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla León de 3 de febrero de 2016, que aclara las bases del control empresarial en lo relativo a la jornada, en un supuesto de teletrabajo. La sentencia condena a la empresa al pago de horas extraordinarias sobre la base de la ausencia de control alguno sobre la jornada. Aunque la demandada argumentó que al tratarse de prestación de servicios con una conexión remota, y desde el domicilio del trabajador, no se había establecido ningún control para no interferir en su intimidad e inviolabilidad del domicilio, alegando además la plena libertad de organización y autonomía del trabajador y que hacía imposible la generación de horas extras. Para el Tribunal, ha de ser la propia empresa la que debe establecer las reglas de juego del control sobre el trabajador, de modo que la ausencia de estos controles sobre la jornada actúa en claro perjuicio de ella misma.

Otro supuesto interesante se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de septiembre de 2015, nº 4086/2015. El objeto del proceso analiza la validez de una cláusula que se introduce en los contratos de trabajo en virtud de la cual el trabajador ha de comunicar a la empresa su número de teléfono o su correo electrónico, así como la variación de dichos datos. El Tribunal determina que dicha cláusula resulta abusiva, aunque no se opone a que los trabajadores, voluntariamente, aporten esos datos. Para el Tribunal Supremo se vulnera el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal puesto que la empresa se vale de su posición para que el trabajador, parte débil del contrato, por miedo a no ser contratado admita la inclusión de dicha cláusula, de donde se deriva la ausencia de un consentimiento libre y voluntario. En esta sentencia del Tribunal Supremo se limita nuevamente el poder de dirección empresarial, ahora frente al derecho a la protección de datos de carácter personal de los trabajadores.

En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº 3613/2013, de 23 de mayo, se reconoce, aunque no se denomina como tal, el derecho a la desconexión digital fuera de la jornada de trabajo. El caso juzga la obligación de una empresa de ascensores de que los trabajadores porten un dispositivo inclusive fuera de la jornada, ya que tienen que cargarlo en sus domicilios y además, no se puede desconectar. La sentencia en su FJ décimo tercero afirma que el dispositivo tiene una especial incidencia en la salud de los trabajadores por el estrés que les genera estar pendientes de él, pero también porque incide en su esfera privada personal y familiar, ámbito en el que la empresa no puede tener interferencia alguna.

Por último, cabe mencionar la sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de julio de 1997, que determina que es ilegal que la empresa obligue a sus trabajadores a estar siempre localizables, pues con ello se sobrepasan las facultades normales y regulares de la misma en los términos del art. 20 del Estatuto de los Trabajadores. Declara nulas, por tanto, las instrucciones relativas a la necesidad de mantener una conexión ininterrumpida de los teléfonos móviles con los de la empresa y los de todos sus clientes una vez finalizada la jornada de trabajo. Para la Audiencia Nacional, el empleador se extralimita en sus facultades regulares si se obliga a los trabajadores a desarrollar su actividad profesional o a estar pendientes de recibir instrucciones en todo

momento, incluso en las horas que no coincidan con la jornada laboral, lo que obligaría a que tuviesen que mantener una atención constante de sus teléfonos móviles en todo momento.

En resumen, las respuestas judiciales a los diferentes conflictos expuestos abundan en la separación entre tiempo de trabajo y descanso y, en cierto modo, dotan de contenido a la desconexión digital, no tanto como un nuevo derecho de los trabajadores, sino como un deber o un límite para la empresa que deberá respetar y salvaguardar ciertos derechos fundamentales que, en las nuevas relaciones laborales dominadas por el uso de la tecnología, se tornan más vulnerables, como la intimidad, la protección de datos, la propia vida personal y familiar, o la salud.

III. NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL

La redacción del art. 88 del Proyecto LOPDyGDD reconoce el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral como una garantía de la intimidad personal y familiar de los trabajadores y, al mismo tiempo, un elemento potenciador del derecho a conciliar. En términos similares, la norma francesa³³³ dispone que la negociación anual sobre igualdad profesional entre las mujeres y los hombres y la calidad de vida en el trabajo deben comprender modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión que aseguren la vida personal y familiar. Por tanto, el derecho a la desconexión y las formas en que éste se desarrolle, además de garantizar las condiciones de descanso de los trabajadores, se orienta también a “preservar los derechos de conciliación de la vida personal y familiar en planos paralelos de protección jurídica” (Alemán Páez, 2017). De ello se desprende un indudable aspecto de libertad o autonomía, es decir, de límite infranqueable frente al poder de dirección de la empresa, razón por la que, coincidiendo con (Taléns Visconti, 2018) tal vez habría sido más interesante abordarlo como un *deber empresarial* en lugar de un derecho de los trabajadores.

Creemos, por tanto, que el derecho a la desconexión digital en sus múltiples manifestaciones pasaría a formar parte de los derechos de configuración legal que conforman los denominados “derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral” en el art. 44 de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres 3/2007, LOI 3/2007, no en su vertiente prestacional, y que habitualmente se manifiesta en actuaciones relacionadas con el tiempo de trabajo, sino, como decimos, a modo de límite para preservar tanto la vida privada, personal y familiar, como el derecho al descanso. Todos ellos, a fin de cuentas son garantía de la efectividad del derecho a conciliar la vida personal y laboral. En este sentido lo entiende igualmente (Molina Navarrete, 2017) cuando afirma que el derecho a la desconexión forma parte del contenido esencial del derecho humano al respeto de la vida privada del trabajador.

Desde comienzos del nuevo siglo, se ha ido configurando el carácter fundamental del derecho a conciliar la vida personal y laboral en el derecho internacional, se ha incorporado a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y nuestro Tribunal Constitucional ha afirmado rotundamente su dimensión constitucional desde la perspectiva de la prohibición de no discriminación por razón de género, así como desde la protección a la familia. Además, otros derechos constitucionales clásicos -intimidad, formación, trabajo, descanso, salud...-,

³³³ Art.55.I.2.o de la Ley 2016-1088 que introduce un nuevo apartado 7º en el artículo L 2242-8 del Código de Trabajo francés

también pueden verse afectados en la relación laboral cuando entran en juego los dos factores que caracterizan el derecho a conciliar: la necesidad de compatibilizar el trabajo con la vida personal/familiar desde una perspectiva de género, esto es, sin provocar discriminaciones en su ejercicio, y el factor tiempo (Reche Tello, 2018). El derecho a la desconexión digital se configura de este modo como salvaguarda de los mismos, pasando a formar parte integrante del derecho fundamental a conciliar, un derecho de naturaleza compleja que aún se encuentra en proceso de consolidación desde una perspectiva amplia, que contemple todos sus aspectos, y cuya demanda por la ciudadanía exige, en definitiva, garantizar la dignidad y el libre desarrollo de las personas trabajadoras, mujeres y hombres, en condiciones de igualdad.

A continuación analizaremos el contenido del art. 88 del proyecto de LOPDyGDD, que consta de tres apartados. A primera vista, la redacción parece estar inspirada abiertamente en el precepto francés. El párrafo primero reconoce de manera imperativa el derecho de los trabajadores a la desconexión digital, con el fin de garantizar el tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como su intimidad personal y familiar. Hasta aquí, nada nuevo parece ofrecer el legislador en cuanto a la garantía de derechos que ya se encuentran reconocidos al máximo nivel normativo, es decir, la Constitución, concretamente en sus artículos 18.1 y 4 y 40.2.

El párrafo segundo dedicado a las modalidades de ejercicio del derecho nos indica, en primer lugar, que su regulación deberá atender a la naturaleza y objeto de la relación laboral, lo que parece razonable puesto que los requerimientos de los trabajos pueden ser muy variados en función, entre otras cosas, del grado de responsabilidad, del tipo de trabajo prestado, del lugar, etc. Si el derecho a la desconexión está pensado para favorecer la conciliación, un aspecto a tener en cuenta es que éste no debe configurarse de manera rígida, puesto que podría, paradójicamente, cercenarla. Por ello, si la conciliación efectiva pasa por facilitar instrumentos que permitan compatibilizar la vida personal/familiar con el trabajo, como puede ser una cierta flexibilidad o adaptación horaria, no puede aplicarse imperativamente y de modo uniforme un derecho a la desconexión digital para toda la plantilla, ya que, como decimos, se estaría atacando los intereses de algunos trabajadores que lo que demandan es flexibilidad para poder realizar tareas en compatibilidad con las circunstancias personales y familiares. Por tanto, la regulación que se haga del derecho a la desconexión ha de tomar en cuenta tales circunstancias (Tascón López, 2018), (Miñarro Yanini, 2018: 100). Abundando en esta idea, existen sectores en los que se debería difuminar, e incluso abandonar la idea de horario, por lo que la desconexión digital dejaría de tener sentido. Así, por ejemplo (Rimbau, 2018) aboga por un aumento del trabajo con más posibilidad de autocontrol y gestión, sobre todo en los sectores intensivos en conocimiento que en España ocuparon a un 33% de la población activa en 2017, y en los que los trabajadores no realizan únicamente tareas sobre cosas o personas, sino que una gran parte de su trabajo consiste en utilizar sus conocimientos y la información que adquieren de modo constante para generar nuevo conocimiento. “En estos sectores, más que horarios, lo que hay que fijar son objetivos (...) Cuando se da a los trabajadores recursos en forma de autonomía y capacidad de auto-organización, y cuando desaparece la expectativa de que estos estén siempre conectados, dichos problemas desaparecen. Con estos recursos y estas expectativas, los trabajadores sienten que son ellos quienes controlan su nivel de conexión y viven el uso de la tecnología como algo beneficioso que les facilita la conciliación”.

El párrafo continúa expresando a continuación que estas modalidades de ejercicio potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar. Aquí se nos presenta un primer interrogante: ¿qué debemos entender por potenciar, desde la desconexión digital, el derecho a conciliar? La respuesta a esta pregunta, como ya hemos anticipado, nos ofrece un aspecto básico sobre la propia naturaleza del derecho, esto es, la desconexión digital formaría parte del contenido del derecho fundamental a conciliar. Un derecho que, si bien no se encuentra recogido aún en nuestra Constitución, ello no es obstáculo para reivindicarlo como tal a la luz del derecho internacional y comunitario, la doctrina jurisprudencial de los altos tribunales y todos los principios y derechos fundamentales que se encuentran implicados en su ejercicio (Reche Tello, 2018). Por ello, esa potenciación a la que se hace referencia debe entenderse en el sentido del deber de toda empresa de no interferir en la vida personal y familiar de los trabajadores. Seguidamente, las modalidades de ejercicio del derecho se remiten a lo establecido en la negociación colectiva. A priori éste parece ser el marco idóneo por las necesidades específicas de cada sector de actividad, sin embargo, la ausencia de un mandato u obligación firme a los negociadores -y que hubiese requerido una modificación y ampliación del contenido del art. 85.1 ET-, resulta una mera declaración de buenas intenciones. En su defecto, se establece que las modalidades del derecho se sujetarán a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Ello “constituye un condicionante procedimental que hace dudar de su eficacia, puesto que cabe que no exista representación unitaria en el centro por no alcanzar los 11 trabajadores, situación esta que no es infrecuente en la realidad empresarial española. En consecuencia, este condicionante debilita sus garantías y podría, incluso, convertirlo en ‘papel mojado’, haciendo de esta una mera declaración sin efectos” (Miñarro Yanini, 2018) citando a (Molina Navarrete, 2017: 276). Resumiendo, parece que, a excepción de alguna clave para interpretar la naturaleza del derecho a la desconexión digital, este segundo apartado carece de eficacia en cuanto a la obligación legal de su desarrollo tanto a nivel convencional como en el plano empresarial, salvo en el caso de las grandes empresas según hemos visto.

Por último, el párrafo tercero, prácticamente idéntico al redactado en el precepto francés³³⁴, alude a la obligación de la empresa de elaborar una política interna, previa audiencia con los representantes legales, en la que se definirán tanto las modalidades de su ejercicio como las acciones de formación y sensibilización del personal sobre uso razonable de las herramientas tecnológicas a fin de evitar el riesgo de fatiga informática. En particular se preservará el derecho a la desconexión en los supuestos del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas. Esta remisión final al teletrabajo, como ámbito necesitado de una regulación específica, pese a su tono imperativo “no es más que una declaración programática, puesto que no establece ninguna medida concreta”. En consecuencia, “si no existen auténticos poderes de negociación individual, ni los convenios colectivos ni los empleadores harán efectivo este derecho. Por ello debe establecerse un contenido mínimo legal del derecho a la desconexión digital, pues es imprescindible para garantizar su eficacia real, siendo esta una de las cuestiones que debería corregirse en el proceso de tramitación parlamentaria que resta” (Miñarro Yanini, 2018:100-101).

³³⁴Art. L 2242-8 del Código de Trabajo Francés incorporado por la Ley nº 2016-1088 de 8 de agosto de 2016.

En cuanto a la ubicación del derecho a la desconexión digital en el Estatuto de los Trabajadores, la disposición final decimotercera del proyecto LOPDyGDD introduce un nuevo art. 20 bis con el contenido siguiente:

“Artículo 20 bis. Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión.

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.”

En nuestra opinión, no parece acertada su incorporación en un precepto dedicado a la dirección y control de la actividad laboral, habiendo sido quizá más pertinente su inclusión en la Sección 2ª, dedicada a los derechos y deberes laborales básicos, por ejemplo en el art. 4 ET, y desarrollándose posteriormente algunos elementos para su materialización en la Sección 5ª dedicada al tiempo de trabajo, incluyendo quizá un apartado noveno en el art. 34 ET. Posiblemente su forzado encaje en el art. 20 se deba al hecho de que tampoco se encuentra reconocido el derecho a conciliar como derecho básico de los trabajadores, muestra de las múltiples resistencias con las que se encuentra. Por otra parte, como decíamos, habría requerido establecer un nuevo contenido en el art. 85 ET para precisar “el deber de negociar medidas dirigidas a lograr la efectividad del derecho de desconexión laboral del trabajador una vez acabada su jornada, diseñando los cauces y medidas mediante los cuales la empresa garantizará el derecho efectivo de descanso y la imposibilidad de utilización de los dispositivos y servidores informáticos de la empresa fuera de las horas de trabajo, así como sus justificadas excepciones” (Tascón López, 2018). Por último, teniendo en cuenta la perspectiva de riesgo para la salud que puede provocar la falta de desconexión digital, también habría sido aconsejable incorporar alguna previsión en materia de riesgos laborales y el deber de vigilancia y prevención que corresponde a la empresa, y es que uno de los objetivos de este derecho es proteger la salud psicosocial de los trabajadores.

Del mismo modo, para los empleados públicos la Disposición final decimocuarta (nueva) añade una letra j) bis en el artículo 14 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, que quedará redactada como sigue:

“j) bis A la intimidad en el uso de dispositivos digitales puestos a su disposición y frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización, así como a la desconexión digital en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.”

Mucho más adecuada resulta su ubicación en el EBEP, puesto que el art. 14 está dedicado a los derechos individuales de los empleados públicos, incluyéndolo, en lógica consonancia, a continuación del apartado j que reconoce la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

IV. CONCLUSIONES

No cabe duda de que el reconocimiento de los derechos digitales de los trabajadores en la nueva LOPDyGGD supone un buen punto de partida en el reforzamiento de nuestra legislación laboral, que hasta el momento no contempla garantías específicas para la vida privada en el trabajo en la era digital. Concretamente, el derecho a la desconexión digital ha acaparado la atención de buena parte de la doctrina científica y los medios de comunicación, sobre todo desde su incorporación en un texto legal en Francia el pasado año, y en términos muy similares se va a introducir en nuestro país una vez se apruebe la LOPDyGGD. Sin embargo, podemos avanzar que el reconocimiento en esta norma no deja de ser una mera declaración programática que, *per sé*, no va a contribuir a mejorar la conciliación de la vida personal de los trabajadores. La falta de concreción normativa, así como la ausencia de obligatoriedad en la negociación colectiva para el desarrollo de medidas en este sentido, máxime teniendo en cuenta que nuestro tejido empresarial está formado mayoritariamente por pymes, lo dejan en mero papel mojado. Así, y refiriéndose a las experiencias francesa e italiana, (Alemán Páez, 2017) ya ha avanzado que las regulaciones que abordan “estos asuntos mediante normas de mero reconocimiento, y cuyos códigos difieren su alcance sustantivo a instancias colectivas, no son soluciones equilibradoras de los intereses en juego con la digitalización laboral ni ecuanímes respecto del valor intrínseco de los bienes jurídicos protegibles alrededor suyo”. A ello debemos sumar la ausencia en el precepto de imposición de garantías ni sanciones por su incumplimiento.

Una vez más, necesitaremos reinterpretar este derecho de los trabajadores/deber de las empresas a la luz de las resoluciones judiciales existentes, así como del derecho internacional y de la UE y la jurisprudencia de los altos tribunales que ya se han pronunciado sobre sus posibles aspectos y contenido. Tal vez, como afirma (Molina Navarrete, 2017: 916) el nuevo derecho de desconexión laboral es, en realidad, una concreción del clásico derecho al descanso. En este artículo hemos tratado de descifrar su naturaleza, entendiéndolo como un límite que forma parte del derecho fundamental a la conciliación de los trabajadores desde su componente de derecho de libertad o autonomía, es decir, como frontera frente al poder de dirección.

Por otra parte, el teletrabajo vuelve a cobrar protagonismo, haciéndose hincapié en la necesidad de articular medidas de desconexión para aquellos que realizan desde su domicilio todo o parte del trabajo. Sin embargo, esta modalidad sigue necesitada de una actualización normativa urgente que se adapte a las nuevas circunstancias sociales, más allá de lo previsto actualmente en el art. 13 ET.

Al mismo tiempo se abren interrogantes sobre si en determinados sectores resultaría necesario reconocer este derecho a la desconexión, en vez de potenciar el derecho a adaptar la jornada laboral, trabajando más por objetivos que por tiempo. ¿Debe la empresa controlar en toda circunstancia la jornada del trabajador? ¿Se deben incrementar los controles para favorecer la desconexión, o es mejor promover una mayor flexibilidad y capacidad de organización y autonomía del trabajador desde su domicilio? Creemos que la conciliación de la vida personal y laboral pasa por garantizar la compatibilidad efectiva de ambas esferas, y en

ese sentido, controles horarios o medidas de desconexión rígidas pueden repercutir negativamente.

En cuanto al desarrollo de las medidas de desconexión, debería ser desde la negociación colectiva, si bien no limitándose a reproducir el precepto legal, sino realizando un análisis previo de las necesidades específicas de su sector o, en su defecto, en acuerdo entre la empresa con sus trabajadores, donde se regulen y desarrollen las que se consideren más convenientes, teniendo presente que deben ser eficaces aunque no muy estrictas, ya que pueden ser contrarias a la propia conciliación que deben potenciar, no obstaculizar.

En definitiva, las dificultades de orden práctico que pueda acarrear la regulación de la desconexión digital no debe apartarnos de la firme consideración de que nos encontramos ante una exigencia ineludible en las relaciones de trabajo. Y es que, en este siglo XXI –y los venideros- tan diferente a aquel en el que se configuró inicialmente el derecho al descanso, es mucho lo que nos jugamos si permitimos que unas herramientas creadas por el ser humano para desarrollar todas sus potencialidades en muy distintos ámbitos terminen constituyendo un renovado instrumento de opresión para la que indudablemente continua siendo parte más débil de la relación laboral. Algo que ya aventuró el historiador y premio Nobel de la Paz Christian Lous Lange cuando afirmó “ la tecnología es un siervo útil, pero un amo peligroso”.

BIBLIOGRAFÍA

- Alemán Páez, Francisco. (2017). El derecho de desconexión digital. *Trabajo y Derecho, Sección Estudios*, 30.
- Casas Bahamonde, María Emilia. (2018). Anotaciones sobre las obligaciones del Estado de garantizar la vida privada en el trabajo en la era digital. *Actum Social*, 136.
- Gordo González, Luis. (2017). El Derecho del Trabajo 2.0: la necesidad de actualizar el marco de las relaciones laborales a las nuevas tecnologías. *Revista de Información Laboral*, 12.
- Miñarro Yanini, Margarita. (2018). La «Carta de derechos digitales» para los trabajadores del Grupo Socialista en el Congreso un análisis crítico ante su renovado interés. *RTSS.CEF*, 424.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2017). El tiempo de los derechos en un mundo digital: ¿Existe un nuevo «derecho humano a la desconexión» de los trabajadores fuera de la jornada? *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 269 (Tomo LXVII).
- Moreno González-Aller, Ignacio. (2018). El derecho de los trabajadores a la desconexión tecnológica. *Revista Jurisprudencia El Derecho*, 2.
- Reche Tello, Nuria. (2018). *La constitucionalización del derecho fundamental a conciliar la vida personal y laboral*. Granada: Comares.
- Rimbau, Eva. (2018, noviembre 13). ¿Desconexión digital? Lo que sobran son horarios. *elpais.com*. Recuperado de

https://retina.elpais.com/retina/2018/11/12/innovacion/1542015099_434138.html

- Sempere Navarro, Antonio V., & cano galán, Yolanda. (2008). La igualdad laboral en la Declaración Universal de Derechos Humanos. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 11.
- Taléns Visconti, Enrique. (2018). La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva. *Revista de Información Laboral*, 4.
- Tascón López, Rodrigo. (2018). El derecho de desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento español) (1). *Trabajo y Derecho, Sección Estudios*, 41.
- Vallecillo Gámez, M^a Rosa. (2017). El derecho a la desconexión: «novedad digital» o esnobismo del «viejo» derecho al descanso. *RTSS.CEF*, 408.
- Virolés Piñol, Rosa. (2018). Nuevas tecnologías aplicadas a las relaciones laborales. Incidencia de las recientes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre videovigilancia y uso de medios informáticos. Presentado en XV Jornadas Laborales, Zaragoza.

SOCIO-POLITICAL ISSUES

ATYPICAL WORK AS FLEXIBLE WORKRISE OF LABOR INSTABILITY IN THE SPANISH LABOR MARKET

Anna Ginès Fabrellas

ESADE, Spain

Abstract:

The aim of the paper is to analyze the Spanish labor law reforms adopted in the past fifteen years and their impact in terms of increasing or decreasing employment precariousness; specifically, in terms of increasing or decreasing labor instability through the promotion of atypical forms of work. The paper concludes that the legislative efforts aimed at promoting permanent contracts mainly through reductions on Social Security contributions have been – counterintuitively and simultaneously– offset with other reforms that promote and favor atypical forms of work, such as fixed-term, training, part-time contracts and self-employment. As a result, atypical forms of work have significantly increased and become flexible forms of work, thus, increasing labor instability.

Keywords: labor law reform, precarious work, atypical work, indefinite contract, labor instability.

Resumen:

El objetivo del trabajo es analizar las reformas laborales adoptadas en el ordenamiento jurídico español los últimos quince años y su impacto en términos de aumento o disminución de la precariedad laboral; específicamente, en términos de aumentar o disminuir la inestabilidad laboral a través de la promoción de formas atípicas de trabajo. El artículo concluye que los esfuerzos legislativos dirigidos a promover contratos indefinidos, principalmente a través de reducciones en las contribuciones a la Seguridad Social, han sido contrarrestados –de manera contraintuitiva y simultánea– con otras reformas que promueven y favorecen formas de trabajo atípicas, como el empleo a tiempo fijo, capacitación, a tiempo parcial contratos y

autoempleo. Como resultado, las formas atípicas de trabajo se han incrementado significativamente y se han convertido en formas flexibles de trabajo, lo que ha aumentado la inestabilidad laboral.

Summary

1. Introduction

2. Review of the multidimensional approach to precarious employment

3. Increase of labor instability: ineffective promotion of indefinite contract vs. Rise of atypical work

3.1. Quantitative study of the impact of the labor law reforms in Spain from 2000 to 2015 on labor stability

3.2. Subsidies on social security contributions and special indefinite contracts to promote stable employment

3.3. Legal encouragement of atypical forms of work to promote employment

4. Final remarks: atypical work as flexible work

1. INTRODUCTION

The standard employment relationship, characterized by a high degree of regularity and durability of the labor contract and the protection of workers from socially unacceptable practices and working conditions, has been progressively overlapped by forms of atypical or non-standard work like temporary, causal, part-time and informal work, homeworking, moonlighting, self-employment and, more recently, digital work³³⁵.

In addition, the standard labor relationship has also suffered significant changes in terms of quality of employment. In recent years there have been important regulatory reforms increasing the flexibilization of labor relations and reducing employment protection, benefits and rights³³⁶. Essentially, professional careers are less stable with several transitions regarding labor market attachment and some social groups, such as young workers, mature workers and long-term unemployed, are more vulnerable to exclusion and precarious labor market trajectories.

VIVES *et al.*³³⁷ have expressed that precarious employment has expanded as a result of the adoption in developed countries of law reforms that have led to more flexible labor

³³⁵ Rodgers, G., "Precarious work in Western Europe: The state of the debate", in Rodgers, G. and Rodgers, J. (Editors), *Precarious Jobs in labor market regulation: The growth of atypical employment in Western Europe*, International Institute for Labour Studies, 1989, Geneva, p. 1-16 and *Non-standard employment around the world: understanding challenges, shaping prospects*, International Labour Organization (ILO), 2016, Geneva

³³⁶ Ruesga Benito, S. M., "Crisis económica y reformas laborales", in Pérez Infante, J. I. and Ruesga Benito, S. M., (Coordinators), *Reformas Laborales en la Gran Recesión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 21-57.

³³⁷ Vives, A., Amable, M., Ferrer, M., Moncada, S., Llorens, C., Muntaner, C., Benavides, F. G. and Benach, J., "Employment Precariousness and Poor Mental Health: Evidence from Spain on a New Social Determinant of Health", *Journal of Environmental and Public Health* vol. 2013, 2013, p. 1-10 (digital version).

arrangements and the erosion of the “standard” employment relationship; that is, permanent full-time jobs with social benefits. Similarly, VIVES *et al.*³³⁸, HOLMAN *et al.*³³⁹ and JULIÀ³⁴⁰ have concluded that precarious employment has significantly increased in the past decades, even among workers with permanent contracts due to employment flexibility. Furthermore, even though the decline of the “standard” employment relationship has affected the entire workforce, women, young, mature, low-qualified and immigrant workers and long-term unemployed are more affected by precarious work³⁴¹. A similar conclusion was reached by PUIG-BARRACHINA *et al.*³⁴² that analyzed a subsample of the EU-27 Fourth European Working Condition Survey of 2005; and, more recently, in the Sixth European Working Conditions Survey of 2015³⁴³.

The global financial and economic crisis has had a strong impact on the Spanish labor market and, especially, on job destruction and unemployment³⁴⁴. In this sense, between 2008 and 2015 the average unemployment rate in the European Union has evolved from 7% to 9.4%, reaching the maximum of 10.9% in 2013.³⁴⁵ The Spanish labor market has been greatly affected by the financial and economic crisis, leading to an unemployment rate of 26.94% and more than 6.278.200 people unemployed, according to the Labor Force Survey.³⁴⁶ Since this historical maximum, the unemployment rate in the Spanish labor market has decreased reaching 18.91%.³⁴⁷ However, other indicators do not speculate for a social and labor recovery in Spain.

The economic crisis and the registered unemployment rate have led to fundamental changes in the Spanish regulatory framework and in the situation of its labor market. After the onset of the economic crisis and, especially, since 2012, the Spanish Government and Parliament adopted a surprisingly high number of labor law reforms³⁴⁸. These reforms were aimed at

³³⁸Vives, A., Amable, M., Ferrer, M. et al., “The Employment Precariousness Scale (EPRES): psychometric properties of a new tool for epidemiological studies among waged and salaried workers”, *Occupational and Environmental Medicine*, vol. 67, no. 8, 2010, p. 548-555.

³³⁹Holman, D., Manchester, U. O., Holtgrewe, U., Arbeitswelt, F. U. B., Vienna, U., Rafferty, A., Vandekerckhove, S., *Convergence and divergence of job quality in Europe 1995–2010*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2015.

³⁴⁰Julià Pérez, M., *Precarització de les condicions d’ocupació a la Unió Europea: precarietat, informalitat, i associació amb la salut* [Dissertation], Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, Spain, 2016.

³⁴¹Vosko, L. F., “Precarious employment: towards an improved understanding of labour market insecurity”, in Vosko, L. F. (Editor), *Precarious Employment: Understanding Labour Market Insecurity in Canada*, McGill-Queen’s University Press, Quebec (Canada), 2006, p. 3-39 and Vives, A., Vanroelen, C., Amable, M., Ferrer, M., Moncada, S., Llorens, C., Muntaner, C., Benavides, F. G. and Benach, J., “Employment precariousness in Spain: prevalence, social distribution, and population-attributable risk percent of poor mental health”, *International journal of Health Services*, vol. 41, no. 4, 2011, p. 625-646.

³⁴²Puig-Barrachina, V., Vanroelen, C., Vives, A., Martínez, J. M., Muntaner, C., Levecque, K., Benach, J. and Louckx, F., “Measuring employment precariousness in the European Working Conditions Survey: The social distribution in Europe”, *Work*, nº 49, 2014, p. 143-161.

³⁴³Parent-Thirion, A., Biletta, I., Cabrita, J., Vargas, O., Vermeylen, G., Wilczynska, A. and Wilkens, M., *Sixth European Working Conditions Survey – Overview report*, Eurofound, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2016.

³⁴⁴Ruesga Benito, S. M., “Crisis económica y reformas laborales”, *op. cit.*, p. 21-57.

³⁴⁵Labor Force Survey, Eurostat (available at: <http://ec.europa.eu/eurostat/web/lfs/data/main-tables>).

³⁴⁶Labor Force Survey, National Statistics Institute, first trimester of 2013, (available at: http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176918&menu=ultiDatos&idp=1254735976595).

³⁴⁷Labor Force Survey, National Statistics Institute, third trimester of 2016.

³⁴⁸García Viña, J., “La evolución de las relaciones laborales en los 25 años de vigencia del Estatuto de los Trabajadores (1995-2015)”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 396, 2016, p. 131-174 and Valdés Dal-Ré, F., “La reforma laboral de 2012-2014: reflexiones críticas sobre la fuente prioritaria de regulación y las materias reguladas”, in Pérez Infante, J. I. and Ruesga Benito, S. M., (Coordinators), *Reformas Laborales en la Gran Recesión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 59-81.

eliminating –according to the legislator– unnecessary rigidities of the Spanish labor regulation and, thus, promoting job creation. In this sense, the objective of the 2012 labor law reform – identified by the Spanish doctrine as one of the most important and substantial reform of the Spanish labor market³⁴⁹– was to “*create the necessary conditions for the Spanish economy to create employment once again and generate the necessary security for workers and entrepreneurs, markets and investors*” (preamble of the Royal Decree-Law 3/2012 (RDL 3/2012, hereinafter)).³⁵⁰

However, the in spite of aiming at fostering job creation, they reduced employment protection and social standards. Independently on the reference to “*flexicurity*” and the need to “*ensure both employers flexibility in managing the company’s human resources and the workers’ safety in employment and adequate levels of social protection*” –reference included in the preambles of both the RDL 3/2012 and the subsequently ratified Law 3/2016³⁵¹–, the argument of this paper is that these reforms led to a significant increase in employment precariousness. In this sense, BELTRAN³⁵² (2014) concludes that the 2012 Spanish labor reform only reduced labor standards, as there is no evidence of increase of workers’ social protection rights.

In spite of the two decisions of the Spanish Constitutional Court declaring its constitutionality,³⁵³ an important sector of the Spanish literature identified this labor reform as a disruption with the constitutional model of labor relations³⁵⁴. Similarly, SALA FRANCO³⁵⁵ argued that the 2012 Spanish labor law reform led to a labor relations model based on business productivity and competitiveness in detriment of labor standards. BELTRAN concluded that the Spanish labor regulation had never reached such high degree of liberalization as after the 2012 Spanish labor law reform.

CASAS BAAMONDE³⁵⁶ has argued that because of the global market and new forms of business organization, Labor Law has lost efficacy and efficiency in protecting workers’ rights and compensating the inequalities between workers and employers inherent in the employment relationship. The aim of Labor Law has shifted from worker protection to economic policy that requires the erosion of labor rights and new forms of atypical work to promote employment and job creation.

In this sense, the aim of the paper is to analyze the Spanish labor law reforms adopted in the past fifteen years and their impact in terms of increasing or decreasing employment

³⁴⁹Casas Baamonde, M. E., Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. and Valdés Dal-Ré, F., “Las reformas de la reforma laboral de 2012 (La Ley 3/2012 y el RDL 20/2012)”, *Relaciones Laborales* no. 15-18, 2012, p. 1-65.

³⁵⁰Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (available at: <https://www.boe.es/boe/dias/2012/02/11/pdfs/BOE-A-2012-2076.pdf>).

³⁵¹Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (available at: <https://www.boe.es/boe/dias/2012/07/07/pdfs/BOE-A-2012-9110.pdf>).

³⁵²Beltran de Heredia Ruiz, I., “Reformas laborales y “asiatización” de las condiciones de trabajo: el tránsito (inacabado) hacia el nuevo paradigma de las relaciones laborales”, *IUSLabor*, no. 3, 2014, p. 1-6.

³⁵³See decisions of the Spanish Constitutional Court number 119/2014, July 16th 2014 and number 8/2015, January 22nd 2015.

³⁵⁴Casas Baamonde, M. E., Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. and Valdés Dal-Ré, F., “Las reformas de la reforma laboral de 2012...”, *op. cit.*

³⁵⁵Sala Franco, T., “Puntos críticos para un debate sobre la reforma laboral de 2012”, *Relaciones Laborales*, no. 10, 2013, p. 1-14 (digital version).

³⁵⁶Casas Baamonde, M. E., “La eficacia y la eficiencia del Derecho del Trabajo: reflexiones sobre un Derecho cuestionado por la economía y el desempleo”, *Relaciones Laborales*, nº 10, 2014, p. 1-30 (digital version).

precariousness; specifically, in terms of increasing or decreasing labor instability through the promotion of atypical forms of work. The hypothesis of the paper is that, especially due to the current economic situation, atypical forms of work have been legally promoted in Spain in the past years.

A review of the literature in the first section of the paper will define precarious employment as a combination of multiple factors: instability, insecurity, lack of protection and social or economic vulnerability. Nevertheless, this paper focuses on the variable regarding instability and atypical forms of work as one of the key elements of precarious work. The following section of the paper analyzes, from a quantitative and qualitative perspective, the different labor law reforms adopted in Spain and their impact in terms of promoting atypical forms of work. And, finally, the paper concludes with the most relevant conclusions.

2. REVIEW OF THE MULTIDIMENSIONAL APPROACH TO PRECARIOUS EMPLOYMENT

The concept of precarious employment or precarious work cannot only be analyzed from the perspective of temporariness or atypical work, but rather poor quality of employment must be considered a multidimensional construction of employment precariousness. Even though there is a still existing tendency to consider permanent work as secure, there are other characteristics of the employment relationship to be considered in terms of concluding the existence of precarious employment.

According to RODGERS³⁵⁷ there are four dimensions to precarious employment: instability, insecurity, lack of worker's protection and social or economic vulnerability. In this sense, this author identifies precarious employment as, first, those works with a short time horizon or a high probability of job loss; fixed-term work and irregular forms of work should be included in this dimension of precarious employment *"as there is uncertainty as to its continuing availability"*. Second, precarious employment is identified with worker's insecurity or lack of control over work; less collective or individual control over working conditions results in more insecurity. Third, the lack of protection –through law, collective organization or customary practice– against discrimination, unfair dismissal or unacceptable working conditions or practices also defines precarious employment. Furthermore, the lack of social protection in terms of access to Social Security benefits in cases of accidents, unemployment, etc. also contributes to the configuration of precarious employment. Finally, precarious employment is constructed with the fourth dimension of social and economy vulnerability; in this sense, low income jobs can be identified as precarious *"if they are associated with poverty and insecure social insertion"*.

Precarious employment arrangements are identified by some combination of these dimensions. That is, a fixed-term contract can not necessarily be classified as precarious if workers have control over their working conditions, protection against unlawful practices, access to social protection and have an adequate income. *"It is some combination of these*

³⁵⁷Rodgers, G., "Precarious work in Western Europe: The estate of the debate", op. cit.

factors which identifies precarious work, and the boundries around the concept are inevitably to some extent arbitrary"³⁵⁸.

Similarly, AMABLE *et al.*³⁵⁹ identify precarious employment with four dimensions: instability, vulnerability, insufficiency or uncertainty of wages and reduced social benefits. TOMPA *et al.*³⁶⁰ associate precarious employment with instability, lack of protection, insecurity and social and economic vulnerability. Rather than identifying precarious employment with forms of atypical employment contracts (fixed-term, part-time, causal work, etc.), their research focuses also on labor conditions and labor-market experiences, including those affecting standard work.

LEWCHUK *et al.*³⁶¹ use the employment strain model and focus on the dimensions of control, effort and support: (i) control in the sense of certainty or uncertainty over future employment and the terms and conditions of current employment; (ii) effort related with finding and keeping an employment and balancing the demands of multiple employers or work locations; and (iii) support regarding the support workers receive at work from unions and co-workers, as well as at home from friends and family.

Instead of precarious employment, HOLMAN³⁶² focuses on the concept of job quality as those *"work and employment-related factors that foster beneficial outcomes for the employee, particularly psychological well-being and positive attitudes such as job satisfaction"*. These work and employment-related factors include work organization, wages and payment system, security and flexibility, skills and development and engagement and collective representation. The study, consistent with the previous literature, provides evidence that quality of work is a multidimensional concept, as not all jobs with high pay or high job discretion or cognitively demanding tasks are of high quality.

In this sense, the study concludes that there are six types of job in the European Union which vary in quality: (i) active jobs are considered high-quality jobs as they are characterized by high job resources, demands, wage, security, flexibility in working time and standard hours; (ii) saturated jobs and (iii) team-based jobs are qualified as moderate-quality jobs and they are characterized by high job resources, demands and wages, but high non-standard hours and low worktime flexibility; and (iv) passive-independent jobs, (v) insecure jobs and (vi) high-strain jobs are all three considered low-quality jobs as a result of low job resources, demands, wage, security, worktime flexibility and/or high non-standard hours.

³⁵⁸ Rodgers, G., "Precarious work in Western Europe: The estate of the debate", *op. cit.*

³⁵⁹ Amable, M., Benach, J. and González, S., "La precariedad laboral y su repercusión sobre la salud: conceptos y resultados preliminares de un estudio multimétodos", *Archivos de Prevención de Riesgos Laborales*, no. 4, 2001, p. 169-184.

³⁶⁰ Tompa, E., Scott-Marshall, H., Dolinschi R., Treevithick, S., Bhattacharya, S., "Precarious employment experiences and their health consequences...", *op. cit.*

³⁶¹ Lewchuk, W., Clarke, M., and de Wolff, A., "Working without commitments: precarious employment and health", *Work, Employment & Society*, vol. 22, nº 3, 2008, p. 387-406.

³⁶² Holman, D., "Job types and job quality in Europe", *Human Relations*, vol. 66, no. 4, 2013, p. 475-502.

The literature also includes an approach to precarious employment from a power resources perspective. Among others, PUIG I BARRACHINA³⁶³ and PUIG I BARRACHINA *et al.*³⁶⁴ view precarious employment as an asymmetrical employment relationship and related labor conditions and taking as a reference point the standard employment relationship, viewed as a fairly balanced labor relationship. Similarly RODGERS³⁶⁵ tackles precarious employment from the perspective of worker vulnerability.

Combining a contractual and power relations perspective, AMABLE³⁶⁶ defines employment precariousness as a multidimensional concept including contractual and workplace social features of precarious work. Specifically, precarious employment is defined as a six dimension concept. Among the contractual features of employment precariousness, it includes (i) instability, in terms of type and duration of the employment contract; (ii) disempowerment, in the sense of individual-level bargaining over employment conditions; (iii) low wages and possible economic deprivation; and (iv) limited workers rights and social protection. The social dimension of precarious employment includes (v) worker vulnerability or defencelessness towards authoritarian, abusive or threatening treatment and (vi) and powerlessness to exercise legal rights.

The construct of precarious employment was operationalised by VIVES³⁶⁷ and VIVES *et al.*³⁶⁸ as the Employment Precariousness Scale (EPRES). In the context of epidemiological research, the EPRES is a questionnaire, which includes the former six dimensions of the employment precariousness concept, aimed at assessing the impact of precarious employment on public health. The EPRES is the first measure of precarious employment that includes the dimensions of worker vulnerability, disempowerment and exercise of rights. Both studies show good psychometric properties among permanent and fixed-term workers.

3. INCREASE OF LABOR INSTABILITY: INEFFECTIVE PROMOTION OF INDEFINITE CONTRACT VS. RISE OF ATYPICAL WORK

3.1. Quantitative study of the impact of the labor law reforms in Spain from 2000 to 2015 on labor stability

The analysis of the impact of the labor law reforms adopted in Spain in the past fifteen years in terms of increasing or decreasing employment precariousness and, specifically, job instability

³⁶³Puig i Barrachina, V, Monitoring employment-related health inequalities in Europe. The case of unemployment and precarious employment [Dissertation], Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, Spain, 2013.

³⁶⁴Puig-Barrachina, V., Vanroelen, C., Vives, A., Martínez, J. M., Muntaner, C., Levecque, K., Benach, J. and Louckx, F., "Measuring employment precariousness in the European Working Conditions Survey...", *op. cit.*

³⁶⁵Rodgers, L., Labour Law, Vulnerability and the Regulation of Precarious Work, Edward Elgar Publishing, 2016.

³⁶⁶Amable, M., La precariedad laboral y su impacto sobre la salud. Un estudio en trabajadores asalariados en España [Dissertation], Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2006.

³⁶⁷Vives, A., A multidimensional approach to precarious employment: measurement, association with poor mental health and prevalence in the Spanish workforce [Dissertation], Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, Spain, 2010.

³⁶⁸Vives, A., Amable, M., Ferrer, M. *et al.*, "The Employment Precariousness Scale (EPRES)...", *op. cit.*

requires, first, a quantitative study on the labor law reforms passed in the Spanish legal system from 2000 to 2015.

Taking into account the 1995 Spanish Workers' Statute,³⁶⁹ as well as other laws passed that affected labor issues regulated in the Workers' Statute from 2000 to 2015, the Spanish labor legislation has undergone a total of 58 labor law reforms adopted in the Spanish legal system; 45 labor reforms that modified the Spanish Workers' Statute and 13 others that, despite not modifying it, affected labor issues or institutions regulated in the Workers' Statute.

The first conclusion that can be dawned from this analysis is that labor law reforms have been used in the Spanish legal system as an "anti-crisis" measure, aimed at promoting job creation and employment³⁷⁰. In this sense, of the total of 58 labor reforms analyzed in this study, 42 include in their preamble the intention to create jobs and reduce unemployment. This perspective of labor law reforms has intensified since 2008 –although surprisingly no reform was adopted that year– because of the economic and financial global crisis, when practically all labor law reforms aimed at creating jobs and promoting employment.

The second conclusion is that, the legislator's conception of labor law reforms as instruments to create jobs and reduce unemployment can also be seen in the issues affected by these reforms. The quantitative study shows that the labor reforms adopted in the past fifteen years have mainly affected issues related with the employment contract, labor conditions and dismissals. That is, social policies to promote employment and flexibility measures³⁷¹. From a mere quantitative perspective, the labor issues most affected by the reforms adopted in the past years have been social policies to promote employment, essentially employment of workers with risk of exclusion (long-term unemployed, disabled workers, young workers, mature workers, etc.) and permanent contracts. Other labor institutions significantly reformed in the past fifteen years have been atypical contracts (fixed-term, training, part-time contracts and self-employment), dismissals and redundancies, workers' representative rights, Temporary Employment Agencies and work-life balance measures.

Finally, the third conclusions derived from the quantitative study is that the labor law reforms adopted in the Spanish legal system from 2000 to 2015 have had a diverse impact in terms of promoting stable work. On the one hand, multiple reforms have promoted indefinite contracts through reductions on Social Security contributions. Specifically, in 20 occasions the Spanish legislator has adopted legislative measures to promote employment and, specifically, indefinite employment, mainly through economic incentives. Although the qualitative study developed in next section will show the limited efficiency of Social Security contributions to

³⁶⁹Royal Legislative Decree 1/1995 (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores) (available at: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Laboral/rdleg1-1995.t1.html)
The 1995 Workers' Statute, although recently repealed by the 2015 Workers' Statute (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores), was applicable during the time period analyzed in the study (2000-2015).

³⁷⁰Montoya Melgar, A., "Las leyes laborales de la X legislatura (2012-2015)", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, no. 183, 2016, p. 15-26 and García Viña, J., "La evolución de las relaciones laborales en los 25 años de vigencia del Estatuto de los Trabajadores (1995-2015)", *op. cit.*

³⁷¹Valdés Dal-Ré, F., "La reforma laboral de 2012-2014: reflexiones críticas sobre la fuente prioritaria de regulación y las materias reguladas", *op. cit.*

promote employment, the frequent use of these measures to promote stable employment is undeniable. Nevertheless, on the other hand, the legislative efforts aimed at promoting permanent contracts have been –counterintuitively and simultaneously– offset with other reforms that promote and favor atypical forms of work, such as fixed-term, training, part-time contracts and self-employment.

3.2. *Subsidies on Social Security contributions and special indefinite contracts to promote stable employment*

A recurrent legislative practice adopted by the legislator in the past fifteen years –as shown in the quantitative study– has been the promotion of the indefinite employment contract. This promotion has been developed mainly through reductions and subsidies on Social Security contributions. Practically half of the labor law reforms adopted in Spain in the past fifteen years have introduced reductions and subsidies on Social Security contributions for the adoption of permanent contracts. Two of the most recent reforms in this sense have been the introduction of a flat rate of Social Security contributions of 100€ during 24 months for the hiring of workers through permanent contracts³⁷² and an exemption on Social Security contributions for the first 500€ in new permanent contracts during 24 months.³⁷³

The indefinite relationship has also been promoted through the creation of new permanent labor contracts. A good example of this is found in the 2012 labor law reform that created the indefinite contract to support entrepreneurs.³⁷⁴ The main feature of this contract is the one-year trial period, giving the employer the right to extinguish the employment relationship at any time during this first year without the need to justify just cause nor pay severance pay. This contract can only be adopted as long as the Spanish unemployment rate is above 15% and it entitles employers with fiscal incentives and/or reductions on Social Security contributions given they hire workers identified as more vulnerable (mainly, young workers, unemployed, workers over 45 years and women) and employ the worker for more than three years and maintain the level of employment in the company during one year.

These two mechanisms of promotion of permanent contracts –Social Security contributions and special indefinite contracts– have proven to be, however, ineffective³⁷⁵. Given the total number of permanent contracts subscribed, the percentage of subsidized contracts is 4.89% of all initial permanent contracts subscribed and 3.25% if we include converted fixed-term contracts.³⁷⁶ The creation of special indefinite contracts aimed at the promotion of stable labor

³⁷²Royal Decree-Law 3/2014 (Real Decreto-Ley 3/2014, de 28 de febrero, de medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida).

³⁷³Royal Decree-Law 1/2015 (Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismos de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social).

³⁷⁴Article 4 Royal Decree-Law 3/2012 and Law 3/2012 (Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero and Ley 3/2012 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral).

³⁷⁵Casas Baamonde, M. E., Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. and Valdés Dal-Ré, F., “La huida del derecho del trabajo hacia el “emprendimiento”, las reformas de la Reforma Laboral de 2012 y otras reformas: la L 11/2013 y el RDL 11/2013”, *Relaciones Laborales*, nº 10, 2013, p. 1-25 (digital version).

³⁷⁶Data from May 2016 obtained from the Spanish Public State Employment Service (available at: http://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_estadisticos/contratos/index.html)

relationships is not highly effective. In this sense, the indefinite contract to support entrepreneurs introduced by the 2012 labor law reforms only represents 15.61% of the indefinite contracts subscribed.

Notwithstanding its systematic use by the legislator as means to incentivize stable employment, previous data questions the effectiveness of reductions on Social Security contributions and special indefinite contracts. It is true that these incentives are usually only applicable for specific groups of workers –essentially, workers with higher unemployment rates–, not being available for the entire workforce. However, the statistical data provided shows that more than 80% of the total number of permanent contracts subscribed are ordinary non-subsidized indefinite contracts; thus confirming its ineffectiveness to promote stable employment.

A more recent legislative technique has focused on subsidizing, not the initial subscription of an indefinite contract, but rather the conversion of a fixed-term contract into a permanent contract. An example of this formula to promote stable employment is found in the contract for first youth employment introduced in 2013.³⁷⁷ This fixed-term contract –aimed at providing a first labor experience for unemployed young workers– recognizes employers who convert this contract into an indefinite contract a reduction on Social Security contributions of 500€ a year during three years; this reduction is equivalent to 700€ when the contract is subscribed with a woman.

The subsidy of the conversion of fixed-term contracts proves to be slightly more effective, as 33.57% of the permanent contracts subscribed were converted fixed-term contracts. Nonetheless, if we take into account the total number of temporary contracts subscribed, the percentage of fixed-term contracts transformed into permanent represents only 3.07%.³⁷⁸

3.3. Legal encouragement of atypical forms of work to promote employment

The ineffective measures aimed at promoting stable employment have been simultaneously adopted with other reforms that encouraged atypical forms of work, mainly fixed-term contracts, part-time work and, more recently, self-employment.

a. Fixed-term contracts and the duality of the Spanish labor market

Temporary employment in the Spanish legal system is subject to the causality principle³⁷⁹, allowing the employer to subscribe a fixed-term contract only when there is legal cause. The main types of fixed-term contracts regulated by the Workers' Statute obey to temporary work requirements related with the characteristics of the work –specific project or service, temporary increase in workload or temporary replacement of absent workers– or workers'

³⁷⁷ Article 12 Royal Decree-Law 4/2013 and Law 11/2013 (Real Decreto-Ley 4/2013, de 22 de febrero and Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo).

³⁷⁸ Spanish Public State Employment Service, May 2016.

³⁷⁹ Aguilera Izquierdo, R., "El principio de «causalidad» en la contratación temporal", Revista del Ministerio de Trabajo, nº 33, 2001, p. 99-122.

characteristics –training, internship or professional experience³⁸⁰. As a result of the causality principle, the indefinite contract is the legally preferred form of employment, reserving the fixed-term contract for temporary needs and situations.

Notwithstanding the former, temporary work in Spain has traditionally been quantitatively significant. Although the percentage of fixed-term workers decreased during the economic crisis –doubtless of the exponential increase of unemployment–, it is now again one of the countries in the European Union with a higher rate of fixed-term contracts. In this sense, 93.74% of all contracts subscribed were temporary contracts,³⁸¹ representing fixed-term workers 25.04% of the entire workforce.³⁸² The percentage of fixed-term workers is especially high for young workers (54%) and in the agricultural (63.41%) and construction sectors (41.28%). This level of temporary work clearly exceeds the average in the European Union (11.2%) and the Euro area (12.2%), and is significantly higher than the one registered in other countries, such as the United Kingdom (4.7%), Belgium (7.3%), Germany (10.1%) or France (13.9%).³⁸³

It has been argued that in legal systems with high protection for permanent workers, high levels of temporary work reflect the employer's need to facilitate lay-offs to adapt the company's workforce to its productive needs (RODGERS, 1989). This has been claimed to be the situation of the Spanish labor market, characterized by an important duality where permanent workers benefit from strong protective labor laws in comparison with temporary workers (VIVES, 2010). However, the Spanish literature has also identified as cause of such high temporality rate the adoption in 1984 of the temporary contract to promote employment,³⁸⁴ which allowed the adoption of fixed-term contracts regardless of the existence of a temporary need or circumstance. As an exception to the causality principle mentioned previously, it has been argued that this reform introduced the culture in many companies to use fixed-term contract for a relatively fix percentage of the workforce³⁸⁵.

In addition to the measures aimed at promoting stable employment, during the past fifteen years the Spanish legislator has also adopted labor reforms aimed at reducing the duality of the labor market. Although the temporary rate has been uniformly high throughout this period, there have been multiple reforms of fixed-term contracts. However, the legal approach has varied significantly.

In a first stage from 2000 to 2010, the strategy adopted was to protect labor rights of fixed-term workers and to disincentive –from a legal and economic perspective– temporary

³⁸⁰ Luque Parra, M. and Ginès i Fabrellas, A., "Fixed-term contracts in Spain", *Comparative Labor Law Dossier*. Temporary work and fixed-term contracts, IUSLabor, nº 1, 2014, p. 45-54.

³⁸¹ Spanish Public State Employment Service, May 2016.

³⁸² Labor Force Survey, National Statistics Institute, first trimester 2016 (available at: http://www.ine.es/inebaseDYN/epa30308/epa_inicio.htm).

³⁸³ Labor Force Survey, Eurostat, 2015.

³⁸⁴ Royal Decree 1989/1984 (Real Decreto 1989/1984, de 17 de octubre, por el que se regula la contratación temporal como medida de fomento del empleo).

³⁸⁵ Linares Polaino, J. A., "La movilidad geográfica, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y las cláusulas de inaplicación salarial", en Moreno Gené, J. and Solé Puig, A. (Coordinators), *Las reformas laborales de 2010*, Huygens Editorial, Barcelona, 2012, p. 217-237.

contracts. In this sense, the 2001 labor law reform introduced the equality principle between indefinite and temporary workers, according to which fixed-term workers are entitled to the same labor rights as permanent workers, including seniority.³⁸⁶ The 2001 labor reform also increased Social Security contributions for short-term temporary contracts.³⁸⁷

Fixed-term contracts were legally discouraged by introducing in 2006 of a chaining rule of temporary contracts. According to this rule, workers that have been employed in a company with more than one fixed-term contract more than 24 months in a period of 30 months automatically acquire the status of permanent workers.³⁸⁸ Furthermore, in 2010 the legislator introduced a maximum duration of three years for fixed-term contracts for a specific project or service (article 15.1.a) Workers' Statute).³⁸⁹

Economic disincentives for fixed-term contracts were also introduced by the 2010 labor law reform.³⁹⁰ This reform increased severance pay for temporary workers from 8 to 12 days of salary per year of service. Simultaneously, it introduced a direct liability of the public wage guarantee fund (*Fondo de Garantía Salarial*) of 8 days of salary of the severance pay for objective dismissals. Employers that fired workers based on business grounds –economic, technical, productive or organizational causes– only paid 12 days per year of service of the 20 days severance pay legally recognized to affected workers. As a result, from the perspective of severance pay, employers were economically indifferent between hiring temporary or permanent workers, as severance pay was equal in both cases.

However, mainly as a result of the economic crisis, since 2012 the labor reforms adopted have promoted fixed-term contracts, with the objective of creating jobs and allowing flexible forms of employment for companies³⁹¹. Given the high rates of unemployment, the Spanish legislator aimed labor market policies at promoting the creation of employment –any type of employment, including unstable and atypical forms of employment. A clear example of this optic is the contract for first youth employment,³⁹² which is a fixed-term contract for unemployed young workers without a prior labor experience. The main characteristic of this contract –and main source of criticism– is that it imposes an exception to the causality principle of fixed-term contracts as it allows employers to use this contract for any type of job, including permanent jobs, leading to an increase of instability for young workers³⁹³.

³⁸⁶ Article 1.9 Royal Decree-Law 5/2001 and Law 12/2001 (Real Decreto-Ley 2/2011, de 2 de marzo, and Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad).

³⁸⁷

³⁸⁸ Article 12.2 Royal Decree-Law 5/2006 and Law 43/2006 (Real Decreto-Ley 5/2006, de 6 de junio and Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo).

³⁸⁹ Article 1 RD-L 10/2010 and Law 35/2010.

³⁹⁰ Articles 1.5 and Third Transitional Provision RD-L 10/2010 and Law 35/2010, respectively.

³⁹¹ Ortíz García, P., "Cambios en la legislación laboral y contratación temporal en España", Cuadernos de Relaciones Laborales, vol. 31, no. 1, 2013, p. 141-165.

³⁹² Article 12 RD-L 4/2013 and Law 11/2013.

³⁹³ Ginès i Fabrellas, A., "Nuevas modalidades contractuales para trabajadores jóvenes. A razón de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo", en Monereo Pérez, J. L. (Coordinador), Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil. XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Monografías de Temas Laborales, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2014, p. 887-903

Fixed-term contracts have also been promoted as a result of the elimination in 2014³⁹⁴ of the liability of the public wage guarantee fund, which aligned severance pay for termination of fixed-term contracts and dismissals based on business causes. Since January 1st, 2014, severance pay for dismissals based on business grounds of a permanent worker is 20 days of salary per year of service, while for the termination of fixed-term contracts is 12 days. The reintroduction of such economic difference promotes temporary contracts as employers benefit from lower severance pay, as well as higher flexibility in adapting human resources to its productive needs.

The reforms on temporary work agencies throughout the period 2000-2015 have generally aimed at promoting agency work. On the one hand, the equality principle between permanent and fixed-term workers was recognized to agency workers in 2010³⁹⁵ due to the transposition of Directive 2008/104/EC.³⁹⁶ However, on the other, other reforms adopted during this period strongly promoted agency work. For example, the 2001 labor reform reduced from 13.5 to 12 months the prohibition to hire agency workers when the job post had been covered more than 12 months in a period of 18 months by agency workers;³⁹⁷ and then eliminated by the 2006 labor law reform.³⁹⁸ Furthermore, the 2010 labor law reform reduced the list of prohibited dangerous activities, extending agency work to objectively dangerous activities such as construction, mining, offshore platforms, manufacturing, jobs with explosives and high-voltage electrical hazards.³⁹⁹ Given the short duration of agency contracts and lower training and experience of agency workers, this reform contributed to reducing the quality of agency work and increasing the risk of occupational accidents and diseases. In 2013 agency workers were able to subscribe training contracts⁴⁰⁰ and Temporary Employment Agencies were allowed to act as recruitment agencies.⁴⁰¹

b. Part-time work and working time flexibility

Part-time work has been promoted in the past fifteen years by redefining its regulations regarding working time⁴⁰², questioning the possible use of this contract as a way to achieve work-life balance⁴⁰³.

³⁹⁴ Fifth final provision Law 22/2013 (Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014).

³⁹⁵ Article 17 Royal Decree-Law 10/2010 and Law 35/2010 (Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio and Ley 35/2010 de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo).

³⁹⁶ Directive 2008/104/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on temporary agency work.

³⁹⁷ Article 13 Royal Decree-Law 5/2001 and Law 12/2001 (Real Decreto-ley 5/2001, de 2 marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad and Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad).

³⁹⁸ Article 13 RD-L 5/2006 and Law 43/2006.

³⁹⁹ Second Additional Provision RD-L 10/2010 and Law 35/2010.

⁴⁰⁰ Third Final Provision RD-L 4/2013 and Law 11/2013 and article 3 Royal Decree-Law 16/2013 (Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores).

⁴⁰¹ Article 1 RD-L 3/2012 and Law 3/2012.

⁴⁰² García Viña, J., "La evolución de las relaciones laborales en los 25 años de vigencia del Estatuto de los Trabajadores (1995-2015)", *op. cit.*

⁴⁰³ Ginès i Fabrellas, A., "Contrato para la formación y el aprendizaje y contrato a tiempo parcial", in del Rey Guanter, S. (Director), *Las novedades de la Ley 3/2012, de reforma del mercado laboral, y su impacto en el sistema de relaciones laborales*, La Ley, Madrid, 2013, p. 63-122.

The first important reform regarding part-time work took place in 2001 increasing worktime flexibility for this type of contracts.⁴⁰⁴ In this sense, prior to this reform, part-time work was defined as the provision of services for a number of hours a day, a week, a month or a year lower than 77% of the working time of full-time workers. However, since 2001, part-time work is defined as having less working time than a comparable full-time worker (article 12.1 Workers' Statute). Hence, any reduction on working hours compared to a full-time worker qualifies as part-time.

Further flexibility in part-time work was introduced by increasing the number of complementary hours –that is, hours performed above ordinary working time. The abovementioned 2001 labor reform increased the maximum of complementary hours from 30% to 60% of the number of ordinary hours. The 2012⁴⁰⁵ and 2013⁴⁰⁶ labor reforms – sometimes through contradictory reforms– insisted in this direction: (i) overtime in part-time contracts in addition to complementary hours was allowed in 2012, although banned again one year later; (ii) worker's ability to waive the agreement to perform complementary hours was limited; (iii) and the number of complementary hours was further increased, reaching 90% of ordinary hours.

As a result of these reforms, the current regulation recognizes two types of complementary hours that can be performed by part-time workers (article 12 Workers' Statute):

- Agreed complementary hours require an express written agreement establishing the worker's willingness to perform complementary hours when required by the employer. Such agreement can only be subscribed with workers with minimum 10 hours per week of ordinary hours. Complementary hours cannot exceed 30% of ordinary working time (or between 30-60% when increased by collective agreement) and the agreement. After one year of subscribing the agreement, workers may waive the covenant, however only due to work-life balance reasons, incompatibility with another part-time contract or with training.
- Voluntary complementary hours can only be performed by permanent workers with minimum 10 hours per week of ordinary hours. They are absolutely voluntary and cannot exceed 15% of ordinary hours (or 30% if agreed in the collective agreement).

Finally, part-time work was also promoted by the introduction of new forms of part-time work, like the formative part-time contract introduced in 2013 for workers without experience, unemployed or training that combine part-time work with formative training.⁴⁰⁷

c. Training contracts: increase age of workers and maximum duration

⁴⁰⁴ Article 1.3 RD-L 5/2001 and Law 12/2001.

⁴⁰⁵ Article 5 RD-L 3/2012 and Law 3/2012.

⁴⁰⁶ Article 1.1 RD-L 16/2013.

⁴⁰⁷ Article 9 RD-L 4/2013 and Law 11/2013.

Training contracts have also been legally promoted mainly by increasing the age of workers allowed to subscribe this contract and their maximum duration⁴⁰⁸. In this sense, the maximum age for the training contract went from 21 years in 2001, to 24 for unemployed workers in 2006,⁴⁰⁹ to 25 in 2011⁴¹⁰ and to 30 in 2012 and until the unemployment rate in Spain is below 15%.⁴¹¹ There have also been increases on the maximum duration of training contracts, from two to three years.⁴¹² Training contracts have also been promoted allowing their formalization by temporary employment agencies⁴¹³ and through the creation of new special training contracts, such as the previously mentioned formative part-time contract.⁴¹⁴

Since training contracts are recognized a 15-30% wage reduction compared to an “ordinary” worker (article 11 Worker’s Statute), the promotion of training contracts clearly increases precarious employment, especially regarding young workers.

Nevertheless, training contracts represent less than 2% of the total number of contracts subscribed,⁴¹⁵ as companies willing to train workers have more attractive legal options. In this sense, the legislator has also promoted training of young workers outside the employment relationship, by regulating academic and non-labor internships in companies.⁴¹⁶

d. Self-employment

Finally, self-employment has been heavily promoted in recent years. Many labor reforms adopted in the analyzed time frame have included measures to promote self-employment as a way to reduce the unemployment rate and stimulate economic activity.

Examples are: the possibility to receive unemployment benefits in a lump sum for workers that join labor cooperatives,⁴¹⁷ reductions on Social Security contributions for self-employed workers that hire permanent workers⁴¹⁸ or the creation of specific labor contracts linked to reductions on Social Security contributions, like the indefinite contract for young workers hired by micro-companies or self-employed workers.⁴¹⁹

⁴⁰⁸Ginès i Fabrellas, A., “Contrato para la formación y el aprendizaje y contrato a tiempo parcial”, op. cit.

⁴⁰⁹Article 12 Royal Decree-Law 5/2006 and Law 43/2006 (Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio and Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo).

⁴¹⁰Article 1 Royal Decree-Law 10/2011 (Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo).

⁴¹¹Ninth transitional provision Royal Decree-Law 3/2012.

⁴¹²Article 2.2 RD-L 3/2012 and Law 3/2012.

⁴¹³Third final provision RD-L 4/2013 and Law 11/2013 and article 1.1 RD-L 16/2013.

⁴¹⁴Article 9 RD-L 4/2013 and Law 11/2013.

⁴¹⁵Spanish Public State Employment Service, May 2016.

⁴¹⁶Royal Decrees 1543/2011 and 592/2014 (Real Decreto 1543/2011, de 31 de octubre, por el que se regulan las prácticas no laborales en empresas y el Real Decreto 592/2014, de 11 de julio, por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios).

⁴¹⁷Article 1 Royal Decree-Law 1300/2009 (Real Decreto 1300/2009, de 31 de julio, de medidas urgentes de empleo destinadas a los trabajadores autónomos y a las cooperativas y sociedades laborales).

⁴¹⁸For example, for the article 1 RD-L 1300/2009.

⁴¹⁹Article 10 RD-L 4/2013 and Law 11/2013.

4. FINAL REMARKS: ATYPICAL WORK AS FLEXIBLE WORK

The quantitative and qualitative studies developed in the paper show that the labor reforms adopted in the past fifteen years have clearly promoted atypical forms of work –essentially, fixed-term, part-time, training contracts and self-employment–, while relegating the promotion of stable employment to ineffective measures like reductions on Social Security contributions.

It is not possible to classify all forms of atypical work as precarious employment. For example, some fixed-term workers might not consider themselves as precarious as they might prefer short term jobs that offer high returns or because it allows them to combine work and training. Similarly, part-time workers are not necessarily precarious, as some can have permanent contracts and, hence, are protected like indefinite workers⁴²⁰. Workers with family responsibilities might prefer part-time contracts for an adequate work-life balance –although some authors argue that in some cases voluntariness could be fictitious as women are forced to consider only available options to fulfill their family needs⁴²¹. Finally, neither self-employed workers can inevitably be considered precarious. Although the Spanish case law shows many examples of worker misclassification,⁴²² some self-employed workers can have stable, productive and profitable economic activities⁴²³.

Nevertheless, the review of the literature showed that atypical forms of work are a variable for precariousness. In general terms, it is possible to qualify these forms of atypical work as instable employment. For example, temporary workers are more liable to unemployment as their contract is, by definition, fixed-term⁴²⁴ and statistically entails lower labor conditions⁴²⁵. Evidence of this is found in the Spanish economic crisis where temporary workers were the firsts to lose their jobs and enter unemployment.⁴²⁶

Furthermore, atypical workers usually benefit from lower labor conditions and social protection. In spite of the principle of equal treatment between permanent and fixed-term contracts, there is statistical evidence of a significant wage gap between these two groups of workers.⁴²⁷ With respect to part-time workers, it was not until 2014 that Social Security law was amended to avoid indirect discrimination due to differences in contribution periods to

⁴²⁰ Rodgers, G., "Precarious work in Western Europe: Th estate of the debate", op. cit.

⁴²¹ Torbisco Casals, N., "Visibilizar la discriminación, revertir la vulnerabilidad: Reivindicando la trascendencia del análisis crítico de Ariadna", in *Jornada sobre Derecho privado y género Acto en recuerdo de la doctora Ariadna Aguilera Rull*, InDret, nº 1, 2016, p. 30-38.

⁴²² For all, see decisions of the Spanish Supreme Court of September 20th, 1995.

⁴²³ Rodgers, G., "Precarious work in Western Europe: The state of the debate", op. cit.

⁴²⁴ Rodgers, G., "Precarious work in Western Europe: The state of the debate", op. cit.

⁴²⁵ Cabeza Pereiro, J., *Essay on precarious work and vulnerable workers*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

⁴²⁶ In 2008, the number of temporary workers that obtained unemployment benefits was approximately 1.400.000, while permanent workers due to dismissal for business reasons reached only over 127.000 (Unemployment benefits statistics, Spanish Ministry of Employment and Social Security, available at: <http://www.empleo.gob.es/estadisticas/PRD/welcome.htm>).

⁴²⁷ Annual survey of salary structure, Spanish National Statistics Institute, 2013 (available at: http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736061721&menu=ultiDatos&idp=1254735976596)

access Social Security benefits for part-time workers⁴²⁸ –although there are still unjustified differences between full and part-time workers⁴²⁹.

As a result, it is possible to state that legal trends of promotion of atypical work can be defined as determinants of precariousness and provide evidence of deterioration of labor and social protection⁴³⁰. This is the situation in the Spanish labor market, where part-time contracts have increased approximately 16% prior the economic crisis, representing nowadays more than 15% of the entire workforce,⁴³¹ of which more than 70% is due to the impossibility to find a full-time contract.⁴³² Fixed-term contracts have picked, representing more than 94% of all employment contracts subscribed and more than 25% of the workforce.⁴³³ Moreover, the duration of temporary contracts has decreased in the past years, resulting in an average duration of less than 33 days, where more than 26% of fixed-term contracts have a duration lower than 7 days and more than 44% lower than one month.⁴³⁴

In conclusion, labor law reforms adopted in Spain in the past fifteen years have significantly increased atypical work and, thus, labor instability. Atypical work has become flexible work that allows companies to consign part of their productive needs to fixed-term, part-time or self-employed. Companies can –legally or illegally– achieve flexibility by adapting their workforce to economic and productive circumstances without having to bear the labor and social costs of permanent contracts.

⁴²⁸ Article 5 Law 1/2014 (Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social).

⁴²⁹ Gala Duran, C., “Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social: un paso atrás en el camino de la equiparación de condiciones. Comentario de la STC 156/2014, de 25 de septiembre”, *IUSLabor*, nº 3, 2014, p. 1-14 (digital version).

⁴³⁰ Rodgers, G., “Precarious work in Western Europe: Th estate of the debate”, *op. cit.*

⁴³¹ Labor Force Survey, Spanish National Statistics Institute, first trimester 2016.

⁴³² Institute for Women, Spanish Ministry of Health, Social Services and Equality, 2014 (available at: <http://www.inmujer.gob.es/estadisticas/consulta.do?area=6>)

⁴³³ Labor Force Survey, National Statistics Institute, first trimester 2016.

⁴³⁴ Data obtained from the Spanish Public State Employment Service, 2015.

RANKING DE EFICIENCIA GLOBAL DE LAS 50 MEJORES UNIVERSIDADES DEL MUNDO

Miguel Blanco Canto, Lydia Bares López

Universidad de Cádiz, Spain

Oksana Hrynevych

Odessa National Polytechnic University, Ukraine

Resumen:

Esta publicación tiene como objetivo establecer un ranking de eficiencia global de las mejores 50 universidades del mundo. Antes de su redacción, se llevó a cabo una extensa revisión de la literatura existente sobre los diferentes tipos de análisis de posicionamiento universitario de acuerdo con el grado de eficiencia alcanzado. Como resultado del mismo, se ha elegido el análisis de envoltente de datos (DEA). En la determinación de las variables asociadas con la función de producción se han contemplado los tres objetivos básicos de la educación superior que nacen como consecuencia de los nuevos escenarios y desafíos a los que se enfrentan las sociedades actuales: capacitación de profesionales con un alto nivel cultural, científico y técnico que pueden insertarse profesionalmente en los procesos productivos de las organizaciones empresariales y sociales; generación y transmisión de conocimiento científico y tecnológico; Modernización del sistema económico nacional. Mejora de la actividad empresarial.

Palabras clave: Ranking, Universidad, Inserción Laboral, Análisis Envoltente de Datos, Patentes, Publicaciones.

Abstract:

This publication aims to establish a global efficiency ranking of the best 50 universities in the world. Prior to its drafting, an extensive literature review has been carried out on the different types of positioning analysis according to the degree of efficiency made in the field of higher education. The methodology used is the data envelopment analysis (DEA). In the elaboration of this research for the determination of the variables associated with the production function have been contemplated three basic purposes of current higher education. These are the result of the new scenarios and challenges that current societies face: training of professionals with a high cultural, scientific and technical level who can be professionally inserted into the

productive processes of both business and social organizations; generation and transmission of scientific and technological knowledge; modernization of the national economic system improvement of business activity.

Keywords: Ranking, University, Labour Insertion, Data Envelopment Analysis, Patents, Publications.

ÍNDICE

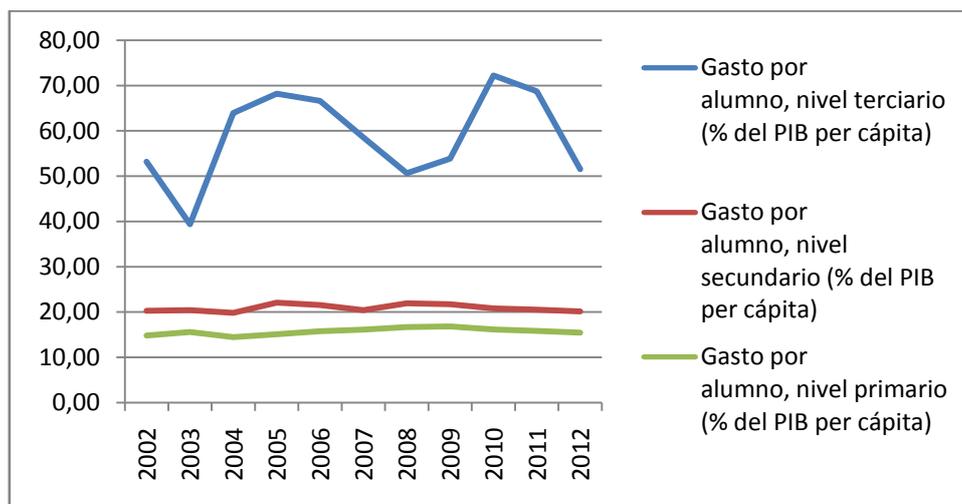
1. Introducción
2. Eficiencia universitaria
3. Metodología
4. Resultados

1. INTRODUCCIÓN

Las universidades del siglo XXI desarrollan una importante actividad académica que permite el desarrollo cultural, económico y social de los países industrializados. Este rol está haciendo que se conviertan en elementos estratégicos nacionales, sobre todo para un contexto internacional como el actual caracterizado por procesos de globalización y tercerización de las economías territoriales que están poniendo en juego el orden económico internacional establecido desde hacía décadas.

Sin embargo, desde el año 2008, la reciente crisis económica ha provocado a nivel global una disminución de los gastos e inversiones de políticas públicas en formación. El siguiente gráfico construido a partir de los datos suministrados por el Banco Mundial así lo confirma.

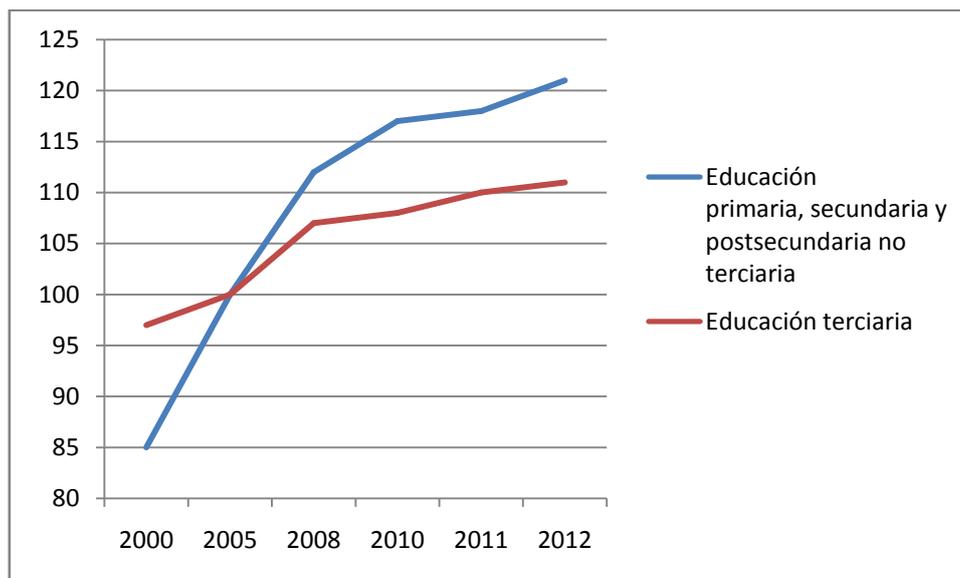
Gráfico 1. Gasto mundial por alumno por niveles educativos.



Fuente. Banco mundial⁴³⁵

A nivel de países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), la situación es distinta. Desde el año 2002, se ha ido incrementando la inversión en gasto por alumno. Lo que pone de manifiesto los datos aportados, es que a partir de 2005, el gasto en educación primaria, secundaria y postsecundaria no terciaria supera al de la educación terciaria.

Gráfico 2. Variación del gasto por alumno y del número de estudiantes, por nivel educativo. Índice de variación entre 2000 y 2012 (deflactor del PIB 2005=100, precios constantes).



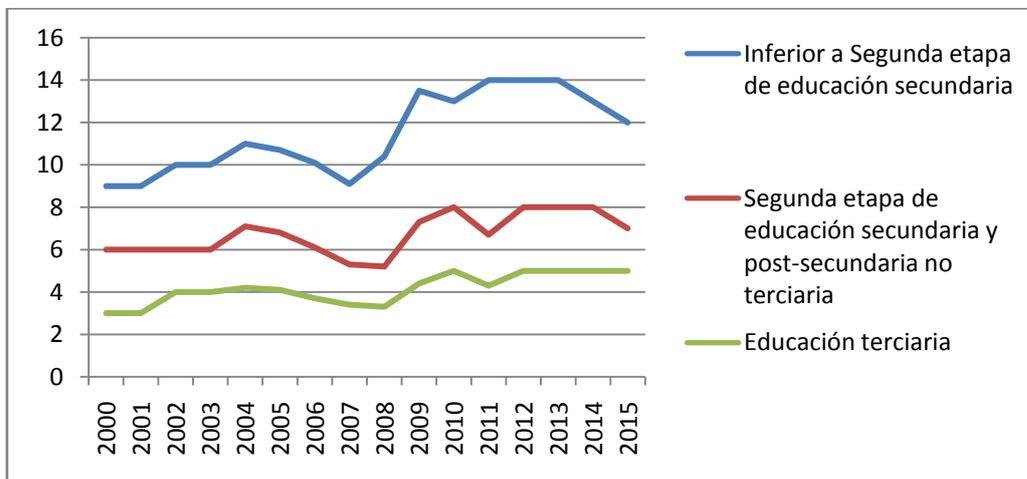
Fuente. Indicadores de la OCDE. 2000-2016

A pesar de la información suministrada en los gráficos 1 y 2, las sociedades demandan al mundo universitario, además de la tradicional función docente, un aumento de la investigación de excelencia, un apoyo decidido a la mejora de la gestión e innovación empresarial y un incremento del grado de empleabilidad de sus ciudadanos. Así, la investigación científica ha constituido la piedra angular sobre la que se han construido las universidades, cuyos resultados, para que contribuyan al desarrollo social, deben ser transferidos en general a la sociedad, y en particular, al mundo empresarial. Sin embargo, y sobre todo desde el año 2008, como consecuencia del incremento experimentado en los niveles de desempleo entre los países de la OCDE, aumenta la importancia de las universidades como entidades necesarias para dotar al mercado laboral de trabajadores altamente cualificados y demandados por las empresas.

En el siguiente gráfico 3 se muestra la evolución de las tasas de desempleo por nivel de formación. En él se muestra el mayor nivel de inserción profesional de sus egresados en relación con otros niveles educativos.

⁴³⁵<https://datos.bancomundial.org/> (fecha de consulta. 11/09/2018)

Gráfico 3. Evolución de las tasas de desempleo por el nivel de formación (2004-2016).



Fuente. Indicadores de la OCDE. 2004-2016

Estos datos obligan a justificar, en términos de cumplimiento de objetivos, las inversiones realizadas en educación. Esto implica la necesidad de incluir el concepto de eficiencia en cada uno de los fines que deben cumplir las universidades, tanto en materia de docencia e investigación como de empleo de sus egresados. Para ello, deberá elegir el output que maximice el beneficio, la combinación óptima de inputs que minimice los costes de producción o producir el producto utilizando para ello la menor cantidad posible de inputs (Álvarez, 2001).

Este concepto de eficiencia es una ratio netamente empresarial. Sin embargo, en las últimas décadas se ha ido trasladando al campo de las políticas públicas, de tal manera que, además de las tradicionales evaluaciones administrativas de tipo legal, económico y administrativo, se ha ido imponiendo la necesidad de realizar evaluaciones de cumplimiento de objetivos, eficiencia y eficacia. Esto obliga a elegir una serie de inputs y outputs ligados a la actividad pública y analizar los procesos de conversión que existen entre ellos. Para este trabajo de investigación se aplica un concepto de eficiencia global en la gestión universitaria. En su concepción se han elegido una serie de outputs que recogen de manera sintética las tres funciones básicas de la actividad universitaria. En concreto,

- Una mejora en la capacitación profesional de sus estudiantes para que puedan competir en el acceso a un puesto de trabajo en un entorno cada vez más globalizado
- La capacidad de generar y transmitir los conocimientos científicos y tecnológicos.
- la modernización del sistema económico nacional mejora de la actividad empresarial

Por ello, el objetivo general de este artículo es la determinación de un ranking de eficiencia global de las cincuenta mejores universidades del mundo. Esto implica un análisis de su actividad investigadora, de su apoyo al tejido empresarial y de su función en la mejora del grado de inserción laboral de sus egresados universitarios.

La estructura de este artículo es la siguiente: tras la introducción, en la cual se justifica esta investigación, en el siguiente epígrafe se analiza el concepto de eficiencia desde la perspectiva universitaria. En el tercer apartado se presenta y justifica la aplicación metodológica propuesta. En el cuarto se recogen los resultados obtenidos y finalmente se presentan las conclusiones y una propuesta de debate.

2. EFICIENCIA UNIVERSITARIA

Con carácter previo a la determinación metodológica de este artículo se ha realizado un extenso trabajo de recopilación del material bibliográfico en el cual los autores han realizado análisis comparativos interuniversitarios. Así se ha podido constatar que es relativamente frecuente la publicación de rankings universitarios en los cuales se definen una serie de variables cuantificables que permiten determinar la posición relativa de cada una de las universidades en comparación con el resto. A nivel global destacan los realizados por la Academic Ranking of World Universities (ShanghaiRanking Consultancy), the World University Rankings (Times Higher Education, Performance Ranking of Scientific Papers for World Universities (Higher Education Evaluation and Accreditation Council of Taiwan), Ranking Web of World Universities (Cybermetrics Lab (CCHS), a unit of the Spanish National Research Council (CSIC)), UTD Top 100 Business School Research Rankings (The UT Dallas' School of Management) y QS World University Rankings (Quacquarelli Symonds).

Para áreas territoriales concretas, destacar el Ranking de Escuelas Superiores elaborado por el Centro para el Desarrollo Universitario (CHE) y el periódico DIE ZEIT, el Ranking de la Fundación Humboldt, el USNews 2014 College Rankings (America's Best Colleges 2014), The Top American Research Universities, el Financial Times Business Education Rankings, el Marr/Kirkwood Side by Side Comparison by Side Comparison of Business School Rankings, The Princetown Review Rankings, Rankings de Facultades de Derecho de la Internet Legal Research Group, El ranking elaborado por la Universidad de Jiao Tong (China), El ranking publicado por el Laboratorio de Internet del CINDOC (CSIC), La publicación Asiaweek perteneciente al Grupo Time en Asia, la Australian Education Network o el Netbig que publica anualmente un ranking de universidades chinas.

Con carácter general, en estos rankings, sus autores definen una serie de variables de producción, como suelen ser el número de publicaciones, el número de alumnos que finalizan sus estudios universitarios, o el número de premios nobel que cuentan entre sus profesores o egresados. A continuación, ponderan dichas variables en relación con la importancia relativa que le dan a cada una de ellas. Finalmente calculan un indicador global adicionándolas.

Sin embargo, existen pocos estudios que tengan en consideración variables de entrada – inputs- y variables de salida –outputs-. Entre ellos, los análisis consultados tienen un contenido territorial concreto. Así, Abbott & Doucouliagos (2003) lo aplican a las universidades australianas, Johnes, & Li (2008) en China, Pino et al. (2010) en Andalucía, Kuah & Wong (2011) en Asia, Wolszczak-Derlacz (2017) en Europa y Estados Unidos y Sagarra, Mar-Molinero & Agasisti, (2017) en México.

En estos últimos, la metodología empleada es un análisis DEA. Sin embargo, la mayoría de ellos se centran en la realización de un análisis comparativo de eficiencia utilizando para ello variables inputs/outputs relacionadas fundamentalmente con la actividad científica. Obvian de esta manera el aspecto de compromiso que tienen las universidades en la cooperación con el desarrollo empresarial, así como la función de mejora del grado de inserción laboral de sus alumnos.

Por ello, en este artículo se propone aplicar la metodología DEA sobre un concepto de eficiencia global que recoja las tres grandes funciones que tienen las universidades, lo cual constituye una novedad importante sobre la literatura revisada. Además, mientras que en los trabajos académicos publicados el ámbito territorial son países o regiones concretas, en este trabajo se ha aplicado sobre las cincuenta mejores universidades del mundo.

3. METODOLOGÍA

En toda organización económica o social debe definirse una relación entre sus inputs y sus outputs que permita una gestión de máxima eficiencia en la utilización de sus recursos materiales tangibles e intangibles y humanos. Para ello, los gestores suelen utilizar diversos análisis de eficiencia, entre los cuales se encuentran los denominados “modelos de frontera”. En ellos se define una función de producción en la cual se relacionan variables de entrada y de salida y se aplica a distintas unidades operativas o Decision Making Units (DMU’s). Los resultados permiten determinar la posición relativa que ocupa cada una de ellas con respecto a una frontera de eficiencia ideal –reliability yardstick-. La máxima eficiencia supone que una determinada DMU ha utilizado sus entradas y salidas de recursos de tal manera que los resultados obtenidos se encuentran sobre la curva de frontera óptima. Cuanto más se alejan los resultados de ese punto, menor será la eficiencia de las organizaciones.

La función de producción puede ser definida por técnicas de carácter paramétrico o no paramétrico. En este artículo se ha utilizado la metodología no paramétrica DEA propuesta por Charnes, Cooper y Rhodes (1978) por ser una herramienta de investigación que, a pesar de los años transcurridos desde que originariamente fue propuesta por sus autores, actualmente sigue utilizándose con frecuencia en las investigaciones. Con carácter general, aplicada a los análisis de eficiencia de las organizaciones empresariales, y de manera específica en los estudios asociados al sector de la educación (Johnes y Li, 2008; Emrouznejad y Yang, 2017)

Con carácter previo a su aplicación, se ha realizado un análisis exhaustivo de los principales inputs y outputs utilizados por los autores en la elaboración de sus estudios de eficiencia aplicados al sector universitario. Se ha podido constatar cómo, de manera recurrente, los autores utilizan variables como el número de estudiantes de primer y segundo ciclo, número de estudiantes de tercer ciclo, número de profesores funcionario y contratado, gastos de personal, gastos de personal de administración y servicios, número de publicaciones, ayudas externas a la investigación, número de tesis y número de citas aplicadas a diferentes ámbitos territoriales. Entre las principales investigaciones analizadas, destacar las realizadas por Abbott & Doucouliagos (2003), Johnes, & Li (2008), Pino et al. (2010), Kuah & Wong (2011), Wolszczak-Derlacz (2017), Sagarra, Mar-Molinero & Agasisti, (2017) y Blanco, Bares, Hrynevych (2018).

En concreto, Abbott & Doucouliagos (2003) aplican el análisis envolvente de datos a las universidades australianas. Las variables inputs utilizadas fueron el número total de personal académico (equivalente a tiempo completo), el número de personal no académico (equivalente a tiempo completo) y los gastos corrientes del resto de insumos relacionados con las contrataciones. En cuanto a las variables outputs utilizadas se encuentran las relacionadas con la producción docente, el número de estudiantes a tiempo completo, el número de títulos de grado y de posgrado y los alumnos matriculados en ellos.

Johnes, & Li (2008) enfocan territorialmente su estudio a China. Entre los inputs utilizados se encuentran la proporción de estudiantes a tiempo completo del personal, la proporción de profesores asociados, los estudiantes de doctorado, los gastos de investigación, los libros y los edificios. Como variables outputs se encuentran el índice total de publicaciones de investigación y el número de publicaciones de investigación por miembros del personal académico.

Pino et al. (2010) aplican el DEA a los grupos de investigación de la comunidad autónoma de Andalucía. Como inputs utilizan recursos humanos (Número de doctores activos, número de titulados superiores, número de titulados medios, personal auxiliar y becarios), y recursos financieros (subvenciones recibidas en la convocatoria de ayudas a los grupos de investigación). Como outputs incorporan datos provenientes de publicaciones, aportaciones a congresos, tesis, propiedad industrial, proyectos, contratos y comités de revistas.

Kuah & Wong (2011) analizan la eficiencia entre universidades asiáticas. Como insumos utilizados se encuentran los relacionados con el personal académico, los estudiantes, los títulos universitarios expedidos y las becas de investigación. Entre los outputs se encuentran el número de graduados, la tasa de empleo de los graduados, el número de graduados en investigación, las publicaciones, los premios obtenidos y el número de patentes.

Wolszczak-Derlacz (2017) toma como ámbito geográfico de su publicación las universidades europeas y de Estados Unidos. Desarrolla cuatro modelos. En el modelo 1, las variables utilizadas son las relacionadas con el personal académico, los ingresos totales y la cantidad de estudiantes. Como outputs se encuentran el número de publicaciones y graduados. Para el modelo 2 los inputs serían el personal académico y los ingresos totales. Los outputs estarían constituidos por el número de publicaciones y graduados. El modelo 3 utiliza las siguientes variables. Como inputs el personal académico, no académico, los ingresos totales y el número de estudiantes. Como outputs el número de artículos científicos. Finalmente el modelo 4 relaciona los ingresos totales con las publicaciones y el número de graduados.

Sagarra, Mar-Molinero & Agasisti, (2017) analizan el nivel de eficiencia entre universidades mexicanas. Como inputs utilizan variables relacionadas con el personal docente a tiempo completo, el número de alumnos matriculados y el número de alumnos que finalizan sus estudios. Como outputs se encontrarían el número de publicaciones en scopus y el número de graduados.

Finalmente Blanco, Bares, Hrynevych (2018) establecen un ranking de universidades europeas según su grado de eficiencia global. Entre las variables inputs utilizadas se encuentran las relacionadas con el número de alumnos de grado y de posgrado tanto nacionales como

extranjeros así como el número de profesores. Como outputs utilizan variables relacionadas con el empleo de sus egresados universitarios, patentes y publicaciones.

Como se puede apreciar, las investigaciones analizadas toman como referencia geográfica unidades territoriales concretas. En este artículo se han tenido en cuenta las 50 mejores universidades del mundo. Asimismo, en los análisis consultados se aprecia como las variables utilizadas por los autores recogen aspectos concretos de la actividad universitaria. En nuestro trabajo, se trabaja con un concepto de eficiencia global que incluye,

- la formación de profesionales con un elevado nivel cultural, científico y técnico que puedan ser insertados profesionalmente en los procesos productivos de las organizaciones tanto de carácter empresarial como social.

- la generación y transmisión de los conocimientos científicos y tecnológicos.

- la modernización del sistema económico nacional mejora de la actividad empresarial

En la tabla 1 se recoge las variables inputs/outputs utilizadas en la función de producción de esta investigación asociada a los tres fines básicos de la educación superior

Tabla 1. Variables input/output utilizadas en la función de producción de eficiencia global universitaria.

Type	VARIABLE		DESCRIPTION
Output	(O.1) (QS) Overall score		Overall score calculated for the indicator QS Graduate Employability. Se construye a partir de las siguientes variables: Employer reputation (30%) Alumni outcomes (25%) Partnerships with Employers per Faculty (25%) Employer/Student Connections (10%) Graduate employment rate (10%)
	(O.2) Publicaciones	(O.2.1) HiCi	The number of Highly Cited Researchers selected by Clarivate Analytics. The Highly Cited Researchers list issued in November 2016 (2016 HCR List as of November 16 2016) was used for the calculation of HiCi indicator in ARWU 2017. Only the primary affiliations of Highly Cited Researchers are considered.
		(O.2.2) N&S	The number of papers published in Nature and Science between 2012 and 2016. To distinguish the order of author affiliation, a weight of 100% is assigned for corresponding author affiliation, 50% for first author affiliation (second author affiliation if the first author affiliation is the same as corresponding author affiliation), 25% for the next author affiliation, and 10% for other author affiliations. When there are more than one corresponding author addresses, we consider the first corresponding author address as the

			corresponding author address and consider other corresponding author addresses as first author address, second author address etc. following the order of the author addresses. Only publications of 'Article' type is considered.
		(0.2.3) PUB	Total number of papers indexed in Science Citation Index-Expanded and Social Science Citation Index in 2016. Only publications of 'Article' type is considered. When calculating the total number of papers of an institution, a special weight of two was introduced for papers indexed in Social Science Citation Index.
	(0.3) Patentes		Número de patentes originadas en cada universidad
Inputs	(I.1) Bachelor students	(I.1.1) National bachelor students	Number of national and international students enrolled in bachelor studies
		(I.1.2) International bachelor students	
	(I.2) Postgraduate students	(I.2.1) National postgraduate students	Number of national and international students enrolled in postgraduate studies
		(I.2.2) International postgraduate students	
	(I.3) Teaching staff	(I.3.1) National teaching staff	National and international teaching staff related to bachelor and postgraduate studies
		(I.3.2) International teaching staff	

Las fuentes utilizadas para obtener los datos han sido las siguientes:

- QS Graduate Employability Rankings⁴³⁶
- Ranking Académico de las Universidades del Mundo (ARWU)⁴³⁷
- World's Most Innovative Universities⁴³⁸

Una de las principales dificultades que señalan los autores analizados en la determinación de las variables de entrada y salida asociadas a la función de producción radica en el hecho de que resulta difícil determinar de manera directa la conversión de inputs en outputs. Así, al no existir certeza sobre el tipo de retorno de la función, se ha asumido un modelo tipo BCC-Output el cual arroja una medida de la eficiencia técnica pura, ignorando de esta manera el

⁴³⁶<https://www.topuniversities.com/university-rankings/employability-rankings/2018>

⁴³⁷<http://www.shanghairanking.com/es/>

⁴³⁸<https://www.reuters.com/innovative-universities-2017/profile?uid=1>

tamaño de la escala ya que compara sólo una DMU a una unidad de escala similar (Martí Novaković, y Baggia, 2009). De esta manera, lo que se propone es la maximización de la siguiente expresión:

$$\text{Max } y_j + \varepsilon \left(\sum_{k=1}^n h_k^+ + \sum_{i=1}^m h_i^- \right)$$

Sujeto a las siguientes restricciones:

$$\sum_{j=1}^n \lambda_j * x_{ij} = x_{ij} - h_i^-, \quad i = 1, \dots, m$$

$$\sum_{j=1}^n \lambda_j * y_{kj} = y_{kj} * \gamma_j + h_k^+, \quad k = 1, \dots, n$$

$$\sum_{j=1}^n \lambda_j = 1 \quad \lambda_j, h_i^-, h_k^+ \geq 0, \forall i, j, k \quad \gamma_j \text{ libre}$$

En dicha ecuación,

γ_j es la ampliación radial que se produce en todas sus salidas. Puede identificarse con la eficiencia de j, si j se compara con un punto perteneciente a la frontera eficiente.

h_i^- es la reducción rectangular de la entrada i.

h_k^+ es la ampliación rectangular de la salida k.

λ_j representa los coeficientes de la combinación lineal de entradas y salidas a los que se está refiriendo el punto de proyección de la DMU sobre la frontera eficiente. Puede ser interpretado como la proximidad del punto de proyección de la DMU respecto a la frontera eficiente.

Una vez definida la función, la frontera de eficiencia quedaría integrada por todas aquellas DMU en las cuales concurre la circunstancia de máxima eficiencia global. Una vez determinada dicha *reliability yardstick*, el DEA compara cada una de las universidades objeto de análisis, bajo el supuesto de que las desviaciones detectadas indican un cierto grado de comportamiento ineficiente. De esta manera se puede medir la eficiencia relativa de un conjunto de universidades que producen un tipo de output a partir de un conjunto de inputs.

Se han realizado cuatro tipos de análisis DEA:

DEA 1: Análisis de eficiencia en la gestión de patentes. En él se ha relacionado, como output, el número de patentes de cada universidad utilizando para ello los datos ofrecidos por el indicador *World's Most Innovative Universities*. Para los inputs se han utilizado el número de estudiantes que están cursando estudios de grado y de posgrado, así como el número de profesores, tanto nacionales como extranjeros.

DEA 2: Análisis de eficiencia en publicaciones. En este caso, se han mantenido los inputs y solamente se ha utilizado como outputs el número de investigaciones realizadas y contabilizadas mediante el indicador que proporciona el Ranking Académico de las Universidades del Mundo –ARWU).

DEA 3: Análisis de la eficiencia de la inserción laboral de los egresados universitarios. En este caso el output utilizado es el proporcionado por el QS Graduate Employability Rankings.

DEA 4: Análisis de la eficiencia global. En su cálculo se han utilizado tres variables output relacionadas con la actividad innovadora (World's Most Innovative Universities), la actividad investigadora (Ranking Académico de las Universidades del Mundo –ARWU-) y la actividad relacionada con la mejora del grado de ocupabilidad de sus egresados universitarios (QS Graduate Employability Rankings).

Asimismo, con los resultados obtenidos se han realizado análisis de correlación para determinar la relación de dependencia que existen entre cada uno de los resultados obtenidos mediante la aplicación del DEA.

Para mejorar la confiabilidad de la función de producción que se propone se ha considerado necesario cumplir con la regla de Regla de Cooper (Charnes y Cooper, Wei & Huang 1990), según la cual ha de existir una relación concreta entre DMU's e inputs y outputs. En especial, la regla indica que:

$$DMU's \geq \alpha (\text{input} + \text{outputs})$$

Así, el número de DMU's a considerar en el modelo debe ser mayor o, al menos, igual a veces la suma de los inputs y los outputs. La regla establece que el valor mínimo a asumir es $\alpha = 3$ aunque muchos autores, con la finalidad de garantizar resultados más robustos, suelen asumir valores superiores a 3 (Belmonte y Plaza, 2008; Pastor, 1995; Bartual y Garrido, 2011). En todos los cálculos DEA efectuados se cumple dicha regla.

4. RESULTADOS

Las universidades que se han seleccionado para el análisis DEA son aquellas que ocupan los 50 primeros puestos en los tres listados de ranking consultados. El listado se detalla en la tabla 2.

Tabla 2. DMU's utilizadas en el análisis DEA Global

Boston University	The University of Tokyo
California Institute of Technology	Tsinghua University
Carnegie Mellon University	University College London
Columbia University	University of British Columbia

Cornell University	University of California, Berkeley
Duke University	University of California, Davis
Georgia Institute of Technology	University of California, Irvine
Ghent University	University of California, Los Angeles
Harvard University	University of California, San Diego
Imperial College London	University of California, Santa Barbara
Johns Hopkins University	University of Cambridge
KU Leuven	University of Chicago
Kyoto University	University of Colorado at Boulder
Leiden University	University of Copenhagen
Massachusetts Institute of Technology	University of Florida
National University of Singapore	University of Illinois at Urbana
Northwestern University	University of Michigan-Ann Arbor
Peking University	University of Minnesota, Twin Cities
Pennsylvania State University - University Park	University of Munich
Pierre and Marie Curie University - Paris 6	University of North Carolina at Chapel Hill
Princeton University	University of Oxford
Stanford University	University of Paris-Sud (Paris 1)
Swiss Federal Institute of Technology	University of Pennsylvania
Technical University Munich	University of Southern California
Technion-Israel Institute of Technology	University of Toronto
The Ohio State University	University of Washington
The University of Manchester	University of Wisconsin - Madison
The University of Texas at Austin	University of Zurich
The University of Texas Southwestern Medical Center at Dallas	Yale University

Para la estimación de la eficiencia global se asumen rendimientos variables a escala y una orientación hacia la maximización de los outputs seleccionados –patentes, empleo de sus egresados y publicaciones- según un modelo BBC-output, sin conocimiento previo de los rendimientos a escala que puedan generarse frente a la cantidad de inputs aplicados en la función de producción maximizadora.

La siguiente tabla recoge un resumen de los estadísticos correspondientes a las variables de entrada y salida que se han definido en la función de producción.

Tabla 3. Resumen estadísticos básicos variables inputs/outputs para la función de producción

	Actual Q1 EMPLEO	Actual Q2 PUB.	Actual Q3 PATENTES	Actual PG STUDENTS	Actual UG STUDENTS	Actual DOMESTIC STAFF	Actual INTERNATIONAL STAFF
VARIANZA	394,3456	177,96	137894,6724	36760328,41	211217816,9	1757940,304	760748,05
DESVIACIÓN ESTÁNDAR	19,85813687	13,34016492	371,3417192	6063,029639	14533,33468	1325,873412	872,2087193
CUASIVARIANZA	402,3934694	181,5918367	140708,8494	37510539,19	215528384,6	1793816,637	776273,5204
MEDIANA	76	46	298,5	12899	17163,5	2935,5	929
COEFICIENTE DE CURTOSIS	0,49815688	3,647343155	14,68455765	0,335999376	2,322466256	-0,736159112	0,429862713
COEFICIENTE DE ASIMETRÍA	-0,92312827	1,289594564	3,304959437	0,508325498	1,30198266	0,093735028	0,995842596
MÁXIMO	100	100	2382	30836	75109	5702	3692

MÍNIMO	21	22	104	1834	1072	591	111
RANGO	79	78	2278	29002	74037	5111	3581

4.1 DEA 1: Análisis de eficiencia en la gestión de patentes.

En este análisis se han utilizado las variables inputs relacionadas con el alumnado y el profesorado y una sola variable output que mide el número de patentes según los datos del World's Most Innovative Universities. Las universidades elegidas en este DEA han sido las primeras 50 de las que se tenía información en las tres bases de datos utilizadas.

Los datos aparecen en la tabla 4. En ella se recoge, en la primera columna, la puntuación obtenida. En la segunda columna aparece el esfuerzo que debería de realizar la Universidad para situarse en el nivel óptimo de eficiencia.

Tabla 4. Resultados y objetivos DEA1.

Unit name	Score	Target Q3 PATENTES
Swiss Federal Institute of Technology	100	0,00
Princeton University	100	0,00
Technion-Israel Institute of Technology	100	0,00
University of California, Santa Barbara	100	0,00
Duke University	100	0,00
The University of Texas at Austin	100	0,00
Pennsylvania State University - Park	100	0,00
The University of Texas Southwestern Medical Center at Dallas	100	0,00
California Institute of Technology	100	0,00
University of California, Davis	100	0,00
The University of Tokyo	100	0,00
University of California, Berkeley	100	0,00
Johns Hopkins University	94,75	5,54
Harvard University	93,31	7,17
Kyoto University	77,26	29,44
Stanford University	67,41	48,33
Columbia University	63,82	56,70
University of Illinois at Urbana	48,2	107,48
University of Pennsylvania	45,83	118,19
University of Florida	45,28	120,87
Tsinghua University	44,84	123,04
Pierre and Marie Curie University – Paris 6	41,53	140,78
Georgia Institute of Technology	41,04	143,68
Cornell University	39,89	150,70
University of North Carolina at Chapel Hill	39,88	150,75
University of Washington	38,44	160,13
University of California, Irvine	34,62	188,89

Massachusetts Institute of Technology	34,24	192,05
University of Minnesota, Twin Cities	33,04	202,62
University of Oxford	30,98	222,83
University of Colorado at Boulder	30,69	225,82
Yale University	29,17	242,87
Northwestern University	28,9	246,00
University of Michigan-Ann Arbor	25,46	292,78
University of Southern California	24,65	305,62
Peking University	22,9	336,73
National University of Singapore	22,8	338,65
Imperial College London	21,93	356,01
Ghent University	21,56	363,74
KU Leuven	19,05	424,83
Carnegie Mellon University	17,39	475,12
University of Chicago	17,07	485,67
University of California, San Diego	16,68	499,55
University of Cambridge	16,6	502,34
University of California, Los Angeles	16,42	509,07
University of Wisconsin - Madison	13,1	663,49
Boston University	12,92	673,70
University of Paris-Sud (Paris 1)	11,78	749,19
University College London	11,25	788,60
University of Toronto	10,58	845,24

4.2 DEA 2: Análisis de eficiencia en publicaciones.

En este análisis se han utilizado las mismas variables inputs que para el DEA 1. Sin embargo, el output elegido en esta ocasión es el valor obtenido a partir de la información suministrada por el Ranking Académico de las Universidades del Mundo –ARWU-.

Tabla 5. Resultados y objetivos DEA2.

Unit name	Score	Target Q2 PUBLICACIONES
Technion-Israel Institute of Technology	100	0,00
University of California, Santa Barbara	100	0,00
The University of Texas Southwestern Medical Center at Dallas	100	0,00
The University of Texas at Austin	100	0,00
Swiss Federal Institute of Technology	100	0,00
California Institute of Technology	100	0,00
Princeton University	100	0,00
Duke University	100	0,00
Massachusetts Institute of Technology	100	0,00
University of California, Berkeley	100	0,00

Harvard University	100	0,00
Stanford University	100	0,00
University of Washington	93,34	7,13
University of California, San Diego	89,22	12,08
University of Cambridge	87,77	13,93
University of Oxford	87,25	14,61
University of Minnesota, Twin Cities	85,59	16,85
The University of Tokyo	84,75	17,98
Yale University	81,12	23,27
University of California, Los Angeles	77,13	29,65
Pennsylvania State University –University Park	76,59	30,56
Georgia Institute of Technology	75,35	32,70
Pierre and Marie Curie University – Paris 6	73,06	36,87
University of Illinois at Urbana	71,06	40,74
University of North Carolina at Chapel Hill	70,96	40,93
University of Colorado at Boulder	70,7	41,45
Cornell University	70,56	41,72
Columbia University	68,89	45,16
Kyoto University	66,78	49,74
University of California, Davis	64,85	54,20
University of Chicago	64,77	54,40
Northwestern University	64,19	55,78
University of British Columbia	63,58	57,29
Imperial College London	63,32	57,91
University of Pennsylvania	62,73	59,42
Johns Hopkins University	62,59	59,77
University of California, Irvine	62,43	60,18
Ghent University	59,2	68,92
Boston University	58,9	69,78
University of Michigan-Ann Arbor	58,74	70,24
KU Leuven	56,44	77,18
University of Wisconsin - Madison	56,36	77,41
University of Southern California	56,29	77,65
National University of Singapore	55,09	81,53
University of Florida	55,02	81,76
University College London	55	81,82
University of Toronto	54	85,19
Leiden University	52,14	91,79
University of Copenhagen	50,24	99,02
The Ohio State University	48,68	105,45

4.3 DEA 3: Análisis de la eficiencia de la inserción laboral de los egresados universitarios.

Para el análisis DEA3, la principal variación con respecto a los anteriores análisis envolvente de datos ha sido la elección del output. En este caso la información utilizada ha sido suministrada por el QS Graduate Employability Rankings).

Tabla 6. Resultados y objetivos DEA3.

Unit name	Score	Target Q1 EMPLEO
University of California, Santa Barbara	100	0,00
Technion-Israel Institute of Technology	100	0,00
The University of Texas Southwestern Medical Center at Dallas	100	0,00
Duke University	100	0,00
The University of Texas at Austin	100	0,00
California Institute of Technology	100	0,00
Massachusetts Institute of Technology	100	0,00
Swiss Federal Institute of Technology	100	0,00
University of California, Los Angeles	100	0,00
Princeton University	100	0,00
Harvard University	100	0,00
Stanford University	100	0,00
University of California, Berkeley	99,38	0,63
University of Cambridge	98,99	1,02
The University of Tokyo	98,32	1,71
University of Oxford	96,6	3,53
Columbia University	95,99	4,18
Imperial College London	95,65	4,55
Tsinghua University	95,03	5,23
University College London	95	5,26
Cornell University	92,06	8,63
Yale University	91,34	9,48
Peking University	91,01	9,89
University of Chicago	90,86	10,06
University of Toronto	90	11,11
University of Pennsylvania	86,81	15,20
The University of Manchester	83,3	20,05
University of Michigan-Ann Arbor	82	21,95
National University of Singapore	80,36	24,44
Northwestern University	79,76	25,36
Georgia Institute of Technology	77,55	28,96
University of British Columbia	77,13	29,64
Kyoto University	74,87	33,57
Boston University	74,1	34,96
Carnegie Mellon University	72,84	37,30
University of Munich	72,74	37,49

Technical University Munich	72,74	37,49
KU Leuven	72,63	37,70
University of Southern California	70,66	41,52
Johns Hopkins University	69,21	44,48
University of Zurich	69	44,93
University of Copenhagen	69	44,93
University of Washington	68,98	44,97
University of Wisconsin - Madison	68,28	46,46
University of North Carolina at Chapel Hill	66,48	50,41
Leiden University	65,62	52,39
Pennsylvania State University – University park	63,85	56,60
Pierre and Marie Curie University – Paris 6	63,62	57,19
Ghent University	61,48	62,66
University of Illinois at Urbana	60,37	65,65

4.4 DEA 4: Análisis de le eficiencia global.

En la tabla 7 se muestran los resultados obtenidos de la aplicación del modelo DEA eficiencia global. En ella se recoge en la columna score la posición relativa de cada universidad con respecto a un punto óptimo al que se le ha signado un valor 100. Dicha columna es la que ha servido como criterio para establecer el orden entre las DMU's. Asimismo aparecen las columnas target Q1 empleo, target Q2 publicaciones y target Q3 patentes. En ellas se especifica el porcentaje de incremento que deberían realizar las universidades para llegar a una situación de máxima eficiencia global.

Tabla 7. Resultados y objetivos DEA Global.

Unit name	Score	Target Q1 EMPLEO	Target Q2 PUBLICACIONES	Target Q3 PATENTES
University of California, Santa Barbara	100,00	0,00	0,00	0,00
Technion-Israel Institute of Technology	100,00	0,00	0,00	0,00
Duke University	100,00	0,00	0,00	0,00
Pennsylvania State University – University Park	100,00	0,00	0,00	0,00
The University of Texas Southwestern Medical Center Park	100,00	0,00	0,00	0,00
The University of Texas at Austin	100,00	0,00	0,00	0,00
California Institute of Technology	100,00	0,00	0,00	0,00
Massachusetts Institute of Technology	100,00	0,00	0,00	0,00
The University of Tokyo	100,00	0,00	0,00	0,00
University of California, Davis	100,00	0,00	0,00	0,00
Swiss Federal Institute of Technology	100,00	0,00	0,00	0,00
Harvard University	100,00	0,00	0,00	0,00
Stanford University	100,00	0,00	0,00	0,00
Princeton University	100,00	0,00	0,00	0,00

University of California, Berkeley	100,00	0,00	0,00	0,00
University of California, Los Angeles	100,00	0,00	0,00	0,00
University of Cambridge	98,99	1,02	10,26	102,52
University of Oxford	96,60	3,53	12,69	23,54
Columbia University	96,18	3,97	38,59	3,97
Imperial College London	95,65	4,55	56,43	73,06
Johns Hopkins University	95,47	7,95	4,75	4,75
Tsinghua University	95,23	5,00	67,85	5,00
University of Washington	95,12	32,08	5,13	5,13
University College London	95,00	5,26	41,82	202,86
Cornell University	92,18	8,48	19,68	8,48
Yale University	91,34	9,48	16,20	52,68
Peking University	91,01	9,89	86,63	44,28
University of Chicago	90,86	10,06	51,51	169,83
University of Toronto	90,00	11,11	44,44	152,38
University of California, San Diego	89,22	47,26	12,08	151,94
University of Pennsylvania	86,81	15,20	51,10	17,13
University of Minnesota, Twin Cities	85,59	61,40	16,85	31,52
The University of Manchester	83,30	20,05	78,98	315,33
University of Michigan-Ann Arbor	82,16	21,71	33,66	21,71
Kyoto University	81,43	22,80	22,79	22,80
National University of Singapore	80,47	24,27	77,24	24,27
Northwestern University	79,76	25,36	48,49	89,26
Georgia Institute of Technology	77,66	28,77	29,59	28,77
University of British Columbia	77,13	29,64	47,02	188,12
University of Illinois at Urbana	77,06	29,78	29,76	29,77
Pierre and Marie Curie University (Paris 6)	76,81	30,19	30,18	30,20
University of North Carolina at Chapel Hill	74,41	34,40	34,40	34,40
Boston University	74,10	34,96	38,08	37,93
Carnegie Mellon University	72,84	37,30	104,67	54,36
Technical University Munich	72,74	37,49	103,89	174,45
University of Munich	72,74	37,49	103,89	345,98
KU Leuven	72,66	37,62	44,74	37,62
University of Southern California	71,08	40,69	49,32	40,69
University of Colorado at Boulder	70,70	66,83	41,45	109,60
University of Zurich	69,00	44,93	110,81	312,99

4.4 Análisis de correlación

A continuación, se ha realizado un análisis de correlación de Pearson para los cuatro modelos DEA, como se puede observar en la Tabla 8.

Tabla 8. Análisis de correlación de los cuatro modelos DEA.

	DEA 1	DEA 2	DEA 3	DEA TOTAL
DEA 1	1			
DEA 2	0,7085	1		
DEA 3	0,3706	0,5058	1	
DEA 4	0,6317	0,7048	0,7566	1

El coeficiente de correlación lineal de Pearson nos muestra que existe una correlación positiva y alta entre el modelo el modelo DEA 2 y 4 (0,7048), el modelo DEA 1 y 2 (0,7085), y finalmente, y en mayor medida, entre el modelo DEA 3 y el 4 (0,7566), siendo las otras moderadas o bajas (DEA 1 versus DEA 3).

5. CONCLUSIONES Y DEBATE

El objetivo general propuesto en este artículo ha sido el establecimiento de un ranking de eficiencia global de las cincuenta mejores universidades del mundo. En la definición de dicho concepto se ha tenido en cuenta las tres funciones básicas que desarrollan las universidades como son, las relacionadas con su actividad investigadora, su apoyo a la innovación empresarial y la mejora del grado de inserción laboral de sus egresados universitarios.

Con carácter previo se han realizado tres análisis DEA que han recogido específicamente tres variables outputs relacionadas con cada una de las funciones básicas, como son las extraídas del World's Most Innovative Universities, el Ranking Académico de las Universidades del Mundo –ARWU- y el QS Graduate Employability Rankings. De esta forma se han podido establecer tres tipos de ordenación de las DMU en función a su proximidad a una frontera de eficiencia parcial.

Posteriormente se ha aplicado el análisis envolvente de datos al concepto de eficiencia global, y que ha recogido tres outputs y se ha podido establecer un ranking.

En todo caso, los resultados obtenidos deben de ser interpretados con cautela, ya que son el resultado de haber definido una función de producción con esas tres variables output y cuatro variables inputs. Cualquier modificación en la definición de dicha función llevaría consigo que los resultados que arrojaría el modelo pudieran ser diferentes. El motivo de esta situación viene dado por el hecho de no poder establecer, de manera inequívoca, el proceso de conversión de variables inputs en outputs.

Los resultados aportados no solo arrojan una graduación universitaria en el nivel de eficiencia parcial y global. El análisis realizado ha permitido determinar para cada una de ellas los aspectos concretos que debería mejorar para alcanzar la condición de máxima eficiencia global.

Asimismo se ha establecido un análisis de correlación entre los resultados obtenidos de la aplicación DEA. En ellos ha quedado demostrada la relación positiva que existe entre el nivel de patentes universitarias y el nivel de publicaciones. Igualmente ha quedado demostrada la

relación entre la función investigadora y la función de mejora del grado de ocupabilidad universitaria.

Finalmente destacar, por la importante función que desarrollan las universidades, la necesidad de seguir realizando este tipo de análisis. Básicamente en dos líneas de actuación. Por un lado, mediante estudios de tipo cuantitativo, para lo cual sería conveniente que las universidades pusieran a disposición de los investigadores mayor cantidad de información sobre la evolución de las variables inputs/output utilizadas en este tipo de investigaciones. Por otro, mediante el desarrollo de análisis cualitativos que permitiesen justificar los resultados obtenidos.

Referencias

- Abbott, M., & Doucouliagos, C. (2003). The efficiency of Australian universities: a data envelopment analysis. *Economics of Education review*, 22(1), 89-97.
- Álvarez, R. (2001). Modelos con eficiencia técnica variante en el tiempo. La medición de la eficiencia y la productividad, Pirámide, Madrid.
- Bartual, A. M., y Garrido, R. S. (2011), "Análisis de la eficiencia y liderazgo de los puertos españoles por áreas geográficas". *Revista de estudios regionales*, (91), pp. 161-184.
- Belmonte, L.J y Plaza, J.A. (2008), "Análisis de la eficiencia en las cooperativas de crédito en España. Una propuesta metodológica basada en el análisis envolvente de datos (DEA)", *Revista CIRIEC*, 63, pp. 113-133
- Blanco, M., Bares, L., Hrynevych, O. (2018), "Ranking of global efficiency of the best universities in Europe", *Marketing and Management of Innovations*, 3, pp. 34-47
- Charnes, A., Cooper, W. W., & Rhodes, E. (1978). Measuring the efficiency of decision making units. *European journal of operational research*, 2(6), 429-444.
- Charnes, A., Cooper, W. W., Wei, Q. L., & Huang, Z. M. (1990). Fundamental theorems of nondominated solutions associated with cones in normed linear spaces. *Journal of Mathematical Analysis and Applications*, 150(1), 54-78.
- Emrouznejad, A., & Yang, G. L. (2018). A survey and analysis of the first 40 years of scholarly literature in DEA: 1978–2016. *Socio-Economic Planning Sciences*, 61, 4-8.
- Johnes, J. (2006). Measuring teaching efficiency in higher education: An application of data envelopment analysis to economics graduates from UK Universities 1993. *European Journal of Operational Research*, 174(1), 443-456.
- Johnes, J., & Li, Y. U. (2008). Measuring the research performance of Chinese higher education institutions using data envelopment analysis. *China economic review*, 19(4), 679-696.
- Kuah, C. T., & Wong, K. Y. (2011). Efficiency assessment of universities through data envelopment analysis. *Procedia Computer Science*, 3, 499-506.

- Martić, M., Novaković, M., & Baggia, A. (2009). Data envelopment analysis-basic models and their Utilization. *Organizacija*, 42(2), 37-43.
- Pastor, J. M. (1995), Eficiencia, cambio productivo y cambio técnico en los bancos y cajas de ahorro españolas: Un análisis de frontera no paramétrico, Valencia, Institut Valencià d'Investigacions Econòmiques.
- Pino Mejías, J. L., Solís Cabrera, F. M., Delgado Fernández, M., & Barea Barrera, R. D. C. (2010). Evaluación de la eficiencia de grupos de investigación mediante análisis envolvente de datos (DEA). *El profesional de la información*, 19(2), 160-167.
- Sagarra, M., Mar-Molinero, C., & Agasisti, T. (2017). Exploring the efficiency of Mexican universities: Integrating data envelopment analysis and multidimensional scaling. *Omega*, 67, 123-133.
- Wolszczak-Derlacz, J. (2017). An evaluation and explanation of (in) efficiency in higher education institutions in Europe and the US with the application of two-stage semi-parametric DEA. *Research Policy*, 46(9), 1595-1605.

MANAGEMENT ISSUES

COLLABORATION BETWEEN PUBLIC ENTITIES AND WITH THE PRIVATE SECTOR FOR EFFICIENT SOCIAL ACTION IN LOCAL AREAS

Albert Lladó Martínez

Universitat de Girona, Spain

Abstract:

A considerable number of social responsibility actions, considered as those actions in line with the Sustainable Development Goals foreseen by the United Nations, are undertaken in Spain in the local environment of the institutions. At the same time, it is noticeable that this work is not coordinated with the rest of the actors and agents that should be involved in achieving the Objectives, that is, universities, companies, social associations, industrial or interest groups. Moreover, when this coordination is achieved it is only for specific actions, without vocation for continuity in the medium and long-term. On the other hand, in all cases, the actions are designed by and from one of the agents, usually the local Administration, who decides which other actors, when it deems it necessary, will participate in the programmed actions. It is necessary to establish an independent and permanent space of operation where social responsibility is centralized at the local level, with a physical space for this purpose and with a legal structure that allows the participation of all operators, public and private, so that coordination and efficiency in the development of the SDGs are favored.

Keywords: social responsibility, sustainable development goals, sdg, sustainability, collaboration, administrative law.

Resumen:

Se llevan a cabo en España un número considerable de acciones de responsabilidad social en el entorno local de las instituciones, consideradas como aquellas acciones en línea con los Objetivos de Desarrollo Sostenible previstos por las Naciones Unidas. Al mismo tiempo, se observa que este trabajo no se coordina habitualmente con el resto de los actores y agentes que deberían participar en la consecución de los Objetivos, es decir, universidades, empresas, asociaciones sociales, industriales o grupos de interés. Además, cuando se logra esta coordinación, es solo para acciones específicas o puntuales, sin vocación de continuidad a medio y largo plazo. Por otro lado, en prácticamente todos los casos, las acciones son

diseñadas por y desde uno de los agentes, la Administración local, quien decide qué otros actores, cuando lo consideran necesario, participarán en las acciones programadas. Es necesario establecer un espacio de operación independiente y permanente donde la responsabilidad social se centralice a nivel local, con un espacio físico dedicado a este fin y con una estructura legal que permita la participación de todos los operadores, públicos y privados, para que la coordinación y la eficiencia se vean favorecidas en el desarrollo de los ODS.

Palabras clave: responsabilidad social, objetivos desarrollo sostenible, ods, sostenibilidad, organizaciones colaborativas, derecho administrativo.

Resum:

Es dueen a terme a Espanya un nombre considerable d'accions de responsabilitat social en l'entorn local de les institucions, considerades com aquelles accions en línia amb els Objectius de Desenvolupament Sostenible previstos per les Nacions Unides. Alhora, s'observa que aquest treball no es coordina habitualment amb la resta dels actors i agents que haurien de participar en la consecució dels Objectius, és a dir, universitats, empreses, associacions socials, industrials o grups d'interès. A més, quan s'aconsegueix aquesta coordinació, és només per a accions específiques o puntuals, sense vocació de continuïtat a mig i llarg termini. D'altra banda, en pràcticament tots els casos les accions són dissenyades per i des d'un dels agents, l'Administració local, que decideix quins altres actors, quan ho considera necessari, participaran en les accions programades. Cal establir un espai d'operació independent i permanent on la responsabilitat social es centralitzi a nivell local, amb un espai físic dedicat a aquesta finalitat i amb una estructura legal que permeti la participació de tots els operadors, públics i privats, perquè la coordinació i l'eficiència es vegin afavorides en el desenvolupament dels ODS.

Paraules clau: responsabilitat social, objectius desenvolupament sostenible, ods, sostenibilitat, organitzacions col·laboratives, dret administratiu.

ÍNDICE

- 1. Introduction: the lack of coordination in the local sphere is a problem for an efficient social action**
- 2. Local administrations: the main public agent needs to stop working solo**
- 3. Public universities: a second public agent with a main role who needs to embrace its local responsibility**
- 4. The remainder of agents, public and private. Especially, the insufficient involvement of the Science Parks**
- 5. A common shared space of operation for a sustained and efficient collaboration**
- 6. Conclusions**

1. INTRODUCTION: THE LACK OF COORDINATION IN THE LOCAL SPHERE IS A PROBLEM FOR AN EFFICIENT SOCIAL ACTION.

Social responsibility is a concept that has been developed extensively and has been analyzed from different perspectives in recent years. Without entering into an exhaustive definition, social responsibility corresponds to the contribution by social actors to economic, social and environmental improvement in a given territory.⁴³⁹

If we focus on our neighboring environment, and almost any European country will fit this description, we live in a highly technical society, which maintains increasing social inequalities, which have not been resolved, as was foreseeable, by the mere introduction and massive implementation of new technologies.

In this context of inequality, the United Nations organization (UN) adopted, in the summit held in September 2015, the 2030 Agenda for Sustainable Development.⁴⁴⁰ This Agenda is entirely in force since January 2016 and involves 17 Sustainable Development Goals (SDG)⁴⁴¹ that are considered essential, to be universally and immediately applied during the coming years. These objectives have to be implemented by all countries, whether rich or poor, and they aim, in a generic and at the same time concrete way, to end poverty throughout the planet. The actions to be carried out include a broad spectrum of areas, on the one hand, economic growth, but on the other hand also the attention to the social needs of an educational, health, social protection, and labor type. Likewise, the protection of the environment and the reversion of influence on climate change are part of the core of actions to be developed.

The governments of the member countries must establish, following the 2030 Agenda, the initiatives to be developed in their respective territories, aimed at achieving the 17 objectives. It is the national governments who have the responsibility to design the policies at the state level and to review and verify the progress and results of its implementation.

From this general state design, some diverse actors must work on the ground, and concretely on the territories of their competence to carry out the objectives established in the 2030 Agenda and, where appropriate, the policies established by the state government. It is at this level, when the objectives are applied in the form of actions in the cities and their surroundings, where the objectives of the Agenda find continuity between the planning perspective of globality and the concrete application of the locality.

And it must be here, close to its concretion in the local communities, where the actors called to collaborate in the implementation of the actions and programs that must lead to the achievement of the objectives of the Agenda must interact appropriately to study, plan, equip resources and decide the concrete actions and their areas of realization.

⁴³⁹ As progress is made in the awareness and implementation of these concepts, the particularities of social responsibility are being studied and shaped according to the main actors involved. Being the intention of this work to propose a field of joint action of all the agents involved, we will not go into detail about the different flavors that appear derived from the central concept. Some of these derivatives put their focus on: enterprise social responsibility (ESR), corporate social responsibility (CSR) (also of the public sector or the Administration), or university social responsibility (USR).

⁴⁴⁰ The full declaration is published in the UN webpage: <https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld>

⁴⁴¹ UN webpage of the SDG: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-development-goals/>

Local administrations are at the forefront of the field in which social responsibility must be exercised. The values to be applied, inspired in the SDG, must facilitate the improvement of the quality of life of citizens and their better social cohesion, and they must be put into practice in the first place and with the greatest urgency in the streets of our cities. The local authorities are the first to know the conditions of their territories and the citizens that inhabit them, their strengths and weaknesses, the most problematic aspects and the areas that require urgent actions.

The second major actor with a leading role in the field of social responsibility are universities, especially public universities because of their very nature as public entities, and because of their commitment with research and transfer of knowledge. The current regulations on universities obliges them to transfer knowledge to the social sphere, to improve the quality of life of citizens, social progress, and to seek for a responsible, equitable and sustainable development. Universities have traditionally focused this type of action towards cooperative and collaborative activities with developing countries. It is missing a greater number of equally essential actions focused on the immediate environment of universities, linked to their local context, both geographic and human, as says, among many others, Sacristán (2015, p. 152) when talking about Social Responsibility of Universities, remarking that: *"the attention to the needs of the less favored people of the immediate environment, in which volunteers have an important role"*. At the same time, and as we demand to other institutions, these actions should not be the result of individual efforts of some specific department or group of research, or a single collaboration with a local Administration, but part of a shared, stable and planned cooperation with the purpose of acting in the medium and long term.

The rest of the actors that have to participate in the structure dedicated to these transfer actions have to emerge from the city itself, from its social, industrial, business, rural environment and from the entities that shape this environment. Consequently, local business and industry associations, professional organizations, unions of workers, of neighbors, local environmentalists, schools, and others. Each one of these entities has the expertise to contribute to the decision-making: some will contribute knowledge, some financing and skills, others will identify problems and propose solutions; all of them must work horizontally, in a network and without a hierarchical structure between them.

The local governments, together with public agencies, companies, social entities and universities and research centers, will be the final managers of planning, developing, carrying out and evaluating the implementation of the SDG in their respective territorial area. At the same time, they will have to coordinate horizontally with the rest of the territories to ensure a rational, efficient and respectful action in accordance with the resources employed.

Our interest in these pages will be to emphasize the need for the actions carried out in the application of social responsibility to take place in a coordinated and efficient manner, in a shared place -both physically and juridically- where all the local agents, whether public or private, can meet and act by planning, executing and evaluating the actions of social responsibility in cooperation.

The problem to be faced is the lack of coordination of the efforts made by the different administrations and by private agents when implementing social responsibility actions, like

those defined in the UN 2030 Agenda for Sustainable Development. This absence of coordination is apparent from the publications of the same entities that carry out these actions. Based on this observation, we will make an attempt to provide a legal solution to the problem, starting from the assumption that a legal personality will be necessary to serve as an associative base for the agents involved, in which to develop social responsibility actions in a coordinated and efficient manner.

For the study of the activity of administrations and private entities in the field that concerns us, we start from the abounding existing bibliography on topics such as sustainable urban development, social responsibility or the relations between universities with their near surroundings. Finally, for the proposal of a solution in the form of legal figure that responds to the needs raised, we choose from the different possible forms existing in the Spanish legal system, the one that we believe to better cover the inferred necessities.

2. LOCAL ADMINISTRATIONS: THE MAIN PUBLIC AGENT NEEDS TO STOP WORKING SOLO.

The local administration is undoubtedly the first and main responsible and the one naturally knowledgeable of the needs of its territory and its population. We must understand here as local administration all the ways in which this materializes: not only in the constitutionally explicitly recognized forms, that is, municipalities through mainly the city councils and provinces with their provincial councils, but also in the multiple variants in which the administration is configured in its closest manifestation to the territory and people, especially the *mancomunidades*,⁴⁴² the districts and, in large cities, neighborhoods, districts and similar groups.

It should be evident that the municipalities are to be established as a reference entity when participating in the coordination, decision, and execution of plans and actions aimed at citizens living in specific parts of the territory that it covers. However, and taking into account the marked differences between different territories in crucial aspects such as population density, distances between nuclei, or the existence of different local administrations (counties, supra-municipal entities, etc.),⁴⁴³ it would not be advisable to limit to only the town councils the participation in the bodies that are formalized to carry out the corresponding planning and actions. On the other hand, given the local character of the actions, it would be necessary to limit the participation of the administrations to the upmost territorial level of the Provincial Councils, leaving for other structures the coordination between the Autonomous Communities and with the State bodies.

Local administrations are at the forefront of the field in which social responsibility must be exercised. The values to be applied, imbued in the SDGs, must facilitate the improvement of the quality of life of citizens and their greater cohesion, and they must be taken into practice in the first place and with the highest urgency in the streets of our cities. The local authorities

⁴⁴² A *mancomunidad* is an association of municipalities that takes the form of a legal personality, to which the members delegate some of their functions and powers. It is defined in the Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local [Basic Law of the Local Regime], article 44.

⁴⁴³ For a complete list of local administrations, consult the aforementioned Basic Law of the Local Regime, art. 3.

know first-hand the conditions of their territories and the citizens that inhabit them, their strengths and weaknesses, the most problematic areas and the fields that require actions.

The first problem when implementing any action in this sense will always be that of its financing; we cannot ignore this reality, but the objective of this paper is to propose a form of action that improves collaboration and efficiency in the actions; therefore, we will not enter the field of finance.

More importantly for our study, we must show that the local administrations are carrying out a number of actions and programs aimed at areas of social responsibility, in which there is a lack of sustained, coordinated and efficient collaboration of the maximum number of public and private agents with a role to play in the multiple fronts that the local communities need.

We can find numerous examples of actions that demonstrate this vocation to act separately or in isolation with projects to be developed in the short term, the first example often being, more than the lack of collaboration, the weakness derived of political motivations. As Obeso (2018, p. 286) says: "The experience shows that despite the recent increase in participatory processes, many administrations are watching them with mistrust and distrust, often political groups try to project themselves to their potential voters through empty participatory processes, without clear objectives, or simply to save time and entertain the public opinion".⁴⁴⁴

Another example of actions developed solely by local administrations, being executed during the present years, is the *Estrategias de Desarrollo Urbano Sostenible e Integrado* (EDUSI) [ISUDS],⁴⁴⁵ with funding from the European Union through FEDER funds, which are granted to municipalities and developed in a centralized manner and, by the very nature of the aid, without provisions of future continuity. Although these actions and financing are very necessary and well-taken advantage of, it is no less true that the City Councils request them and execute them practically by themselves or with little collaboration from other institutions or organizations. They take good care, on the other hand, of promoting the participation of the neighbors, which will provide, once again, political benefit.⁴⁴⁶

Consequently, the problem is not so much the lack of actions, programs or actions by the various actors, in this case, local governments, but that these actions are carried out mostly in isolation, with no continuity and little coordination with the other entities and actors that could or should also have an impact on this type of programs and actions. In this sense, González (2013) observes that local planning evolves from a more entrepreneurial style towards a more participatory and multisectoral approach. Accordingly, it should aim to

⁴⁴⁴ In this study, Obeso analyzes several case studies carried out in Beja (Portugal), Oviedo, Hannover (Germany), Olot, Berlin (Germany), Zapopán (Mexico) and Santa Coloma de Gramanet. In all cases, these are specific actions, which scarcely provide for the participation of other institutions and which do not have any signs of continuity.

⁴⁴⁵ ISUDS: Integrated Sustainable Urban Development Strategies. They consist of non-refundable subsidies that will be managed by the local public administrations and destined to the realization of projects in the territories of their competence. A minimum of 5% of the resources of this fund shall be used to finance integrated measures for sustainable urban development, in which cities, subregional or local agencies responsible for the implementation of sustainable urban strategies will be responsible for the tasks related, at least, with the selection of operations. Through three calls managed by the Spanish Ministry of Finance and Public Administration, grants have been awarded to more than a hundred municipalities, which had previously submitted the corresponding action plan.

⁴⁴⁶ A study of the ISUDS projects granted in Catalonia in the 2015 and 2016 calls can be found in Lladó (2017).

address complex objectives from the different points of view of the actors involved and from the nature of the problems, the people, and the territories involved.

There should be a tendency to establish collaborations that are stable over time, along with the lines in the United Kingdom and Ireland, as explained by Navarro-Galera (2014, p.92): "Government action is conceived as a promoter, facilitator of the Corporate Social Responsibility and encourages public-private partnership and voluntary services in the community". So, we see a noticeable "boost to reporting and integration of Social Responsibility strategies in British companies, traditionally sensitized to the role they play in the communities in which they operate, in line with their vision of SR". We must also mention in the same collaborative sense the traditional relationships known as Town & Gown, between universities and their cities. On this particular style of cooperation and a good number of examples of interactions city-universities in the United States, see Kemp (2013).

It is necessary to find a framework in which to work together and in a network: a physical place, in which the different entities develop the different ideas working together and permanently, so that medium and long-term programs can be designed. It will be necessary at the same time to give this physical place its own legal personality, so that, in the first place, the physical space does not belong to a specific institution or organization, but to the adopted legal person. Also, on the other hand, the fact of not being physically or legally inside one of the participating institutions is going to facilitate the work among the actors in a horizontal way, without dependency or subordination relationships, which should result in a more efficient operation as a group in a network.

3. PUBLIC UNIVERSITIES: A SECOND PUBLIC AGENT WITH A MAIN ROLE WHO NEEDS TO EMBRACE ITS LOCAL RESPONSIBILITY

The university integrates social responsibility as a component part of its institutional performance and the training of its students. Social responsibility implies, in the first place, to "*offer educational services and knowledge transfer following ethical principles, good governance, respect for the environment, social commitment and promotion of civic values*", as stated by Rodríguez, Cruz & Cuesta (2010, p. 42). However, it is not enough for the university to train graduates to equip these values, being as it is absolutely necessary, but our current society needs the university institution to approach their streets and put those values to practice there, in their city, together with their inhabitants.

Benavides (2013, p. 21) offers an approach to a definition of the social responsibility of universities in the context of generic social responsibility: "*The concept of Corporate Social Responsibility is part of the university's inescapable commitment to society and that translates into the obligation that the institution has to adopt policies and management systems in the economic, social and environmental fields tending to improve the environment, promote sustainable development and collaboration with developing countries, in order to achieve a better quality in the university system that has a positive impact on the society that finances it*". In this paper, however, we will focus on the application that is most territorially close to institutions, social responsibility in the most local and socially closest geographical sense.

Amongst the university missions, together with those of offering teaching and conducting research, is the duty to transfer the results of this research in its various forms, ranging from abstract knowledge, excellent professional and technical practices, to the application of new techniques and technologies, all applied to all the subjects that make up their areas of knowledge. This transfer mission is often oriented almost exclusively to the global and productive environments, but universities must be aware of the need to also address this mission to their direct social environment. They need to address it to a more local scale and pursue the necessity to report not only economic benefits, but also advantages in the form of cohesion of the closest society and improvement of the quality of life of its neighbors.

It is not enough, being essential, to educate qualified citizens who integrate these socially responsible values: the university must act on the ground, institutionally and through its students and researchers, engaging in the practice of socially responsible values. Granted, areas and collectives in need of actions of all sorts do exist in all cities around the world; and by all means the university is obliged to attend to this long-distance transfer. Not only because it is one of its missions, but also because it is a foundational responsibility for the institution, as a member of the public sector. But nonetheless, we can find collectives and disadvantaged areas in all the cities of any country and, as Gaete (2006, p. 137) says, universities must endeavor the realization of works and actions carried out in the community in areas such as education, arts or cooperation with municipalities.

That said, it is true that chairpersons and managers in charge of institutions tend to feel commonly a tighter bound from legal obligations than from those of a moral or noble nature. In this sense, the current Organic Law 6/2001, of December 21, on Universities, modified by the Organic Law 4/2007, of April 12 (from now on LOMLOU), establishes general provisions on the content and meaning of the mission of transference. The regulation of the activities of the university as an institution is mainly found in Title VII of the LOMLOU "*of the research in the university and the transfer of knowledge*", which holds the attribute of basic legislation, and will be later adapted and developed by the corresponding regional laws and by the Statutes of each university.

In the articles contained in this title, scientific research and its role as a "*fundamental tool for social development through the transfer of its results to society*" is recognized as fundamental (article 39). Furthermore, article 41.1 defines the objectives of universities' research and their transfer of knowledge and technology; amongst these objectives, we highlight the following aims, directly related to social responsibility:

- Improvement of the quality of life of citizens.
- Economic and social progress.
- Responsible, equitable and sustainable development.
- Promotion and achievement of equality.

However, these objectives of explicit social content seem to be listed just for mere display, since the LOMLOU itself in point 2 of the same article 41 does not include them among the objectives "*to ensure*". The objectives that deserve such security are only those related to "*international competitiveness*" and the "*link between university research and the productive*

system". All a declaration of intentions, already from the level of the Organic Law, which will signal the path for succeeding regional and institutional normative, and thus, actuation.

The objectives of improving the quality of life of citizens, social progress, sustainable development and the achievement of equality, are concepts that seem to have no economic benefit, at least in the short term; the efforts dedicated to these areas will result in improvements that are difficult to quantify, and which, of course, do not have a direct impact on the university ranks. The result of acting with economic performance as the main priority, and only for the short-term and global competitiveness, makes the objectives of social responsibility merely declarative, even from the Organic Law itself.

This lack of attention to the nearest favors the existence of degraded environments, both socially and environmentally, within the vicinity of any capital. Also, there is no need to dwell here on the pernicious implications that derive from this type of degradation, such as the lack of social cohesion and the emergence of excluded groups. And this only a few meters from the unaware and well-sheltered prosperous nuclei of the same cities.

It is the responsibility of the universities to be decisively involved in alleviating the lack of attention received by these "*social objectives of closeness*", which, while being foreseen in the LOMLOU, are not part of the actions that focus their transfer efforts. As it says Miralles-Guasch (2010), "*the Spanish academic world has rarely reflected on its role as social and territorial agents*". We must mention, and their effort is very commendable, that some actions and university programs already labor in these lines of action; however, the norm is that they are isolated actions, which tend to run thanks to the enthusiasm of their promoters, with little funding and with even less coordination and continuity.⁴⁴⁷ It is essential that universities make themselves available to local entities in their environment to provide them with the values of university social responsibility, in a determined, coordinated and continuous practice.

It is necessary to mention here that the Social Councils of the universities do fulfill an essential function of liaison between the university and society, but they are not an organ designed to satisfy the duties that will be assigned to an entity located outside the institutions.⁴⁴⁸ The actors involved in the actions of social responsibility will have to go and interact *outside* their organization, in a new space where they will interact in a horizontal system. The Social Council is, instead, a university body, a part of it. Although its nature is "*to act as an element of interrelation between society and the university*" (article 14.1 LOMLOU), in the same paragraph it is constituted as an organ of participation "*of society in the university*". It represents the exact opposite of the needs that are presented here; the Social Council is a body intended and designed with the university at the center of its nature and activity. For it to operate, is the society that must go to the university and, it is in the heart of the university where

⁴⁴⁷On the subject of addressing the problems that universities face in order to implement an institutional policy of social responsibility, it is remarkable the study by Larran & Andrades (2013, p.257), based on surveys conducted at 55 Spanish universities. In the study, university managers are asked to identify the main obstacles for the development of the SR. The highest-ranking obstacles are, on the one hand, those to be expected: the lack of time, funding, training and human resources. However, more remarkably, they point as well to the "lack of clear instructions and the possible obligatory nature (compliance with the regulations)". This statement is highly surprising coming from leaders of universities, institutions endowed with autonomy within the current legal framework, which of course does not prevent them from taking initiatives in this regard.

⁴⁴⁸An overview about Social Councils can be read in Conferencia de Consejos Sociales (2013), and a more critic and current study in Fernández-Fernández, J. (2017).

interrelations with other administrations and social organizations take place. On the contrary, for the efficient development of a strong shared social responsibility, every actor should go outside of itself and work in a commonplace together with the rest. Furthermore, the centrality, in terms of coordination, of an entity whose mission is to aggregate and convey all the actions in social and environmental matters in the local sphere, must necessarily correspond to a local administration.

On the other hand, for this role demanded of the universities to become a reality, it is essential for these institutions to internalize in their operation the ways to make it possible. The recognition route to the transfer of knowledge as a social service that opens the article 41.3 LOMLOU (*"the exercise of this activity will give right to the evaluation of its results and the recognition of the merits achieved, as a relevant criterion to determine its effectiveness in the development of their professional activity"*), must be collected and practiced by universities.

The dedication to actions of transference within the framework of university social responsibility, scarce as it is, is nowadays carried out through research, teaching, executive and administrative support, actions and concrete action programs. It is essential that all these actions acquire the appropriate institutional recognition, so that they can cease to be activities linked only to voluntarism and can become part of the essential tasks of the curricula of the members of the university community. The ways for the curricular integration of this recognition, which has to normalize the transfer activity in the field of social responsibility, are diverse and different for each of the groups involved. In this sense, there are recent studies that propose from concrete forms of recognition to updates on how curricula are presented and the role of the university as a social agent.

In the first place, in reference to the necessary actions to rethink the university curriculum to equip it with the necessary components of social responsibility both local and global, it has been pointed out by Moreso & Casadesús (2017, p. 181) the need to raise them in three crucial aspects: a) the introduction of courses aimed at obtaining a global vision, b) introducing changes in current courses to give them global perspectives, c) introducing international mobility and cooperation policies. Of course, the adequate indicators should always accompany these actions for further evaluation. In the same field of actions, Jean-Francois (2017, p. 194) suggests a change in the configuration framework of the curriculum of higher education in general, to move away from its orientation towards market agendas and focus on employability, to incorporate instead of the sense of global-local citizenship. To achieve this, a planned policy in this sense would be necessary, aimed at integrating the concepts of sustainable development, not only in teaching and research but permanently in the campuses and in the joint activities with the community.

4. THE REMAINDER OF AGENTS, PUBLIC AND PRIVATE. ESPECIALLY, THE INSUFFICIENT INVOLVEMENT OF THE SCIENCE PARKS.

The rest of the actors that have to participate in the structure dedicated to these transfer actions have to emerge from the city itself, from its social, industrial, business, rural environment, and from the entities that shape this environment. Thus, local business and

industry associations, professional associations, associations of workers, of neighbors, defense of the local environment, schools and others should be summoned in. Each of these entities has the expertise to contribute to decision-making: some will contribute with knowledge, some with financing or skills. Others will identify problems and propose solutions; but most important, all of them must work horizontally, in a network and without a hierarchical structure between them. Later we will discuss how to convey this collaboration.

An adequate notion of what social responsibility represents for organizations in general is transmitted by Sacristán (2015, p. 147), who writes that *"the Social Responsibility of any organization is, in addition to the strict compliance with its legal obligations in force, the voluntary integration into its government and its management, in its strategy, policies and procedures of social, labor, environmental and human rights concerns that arise from the relationship and transparent dialogue with its stakeholders, taking responsibility for the consequences and the resulting impacts of their actions"*. It is necessary to clarify that this definition considers social responsibility as a voluntary action, an aspect that must be understood directed to private organizations; public administrations and universities are, with greater or lesser intensity, legally obliged to integrate a return to society, directly or through the fruit of their activities.

We will not be able, for reasons of space, to enter into the detail of all the organizations and actors mentioned, but we are otherwise interested in minimally analyzing the approach to the local social responsibility of a specific type of entities, in which research and the transfer of their results are combined, in the shape of technology and knowledge. Of course, these entities are the Science and Technology Parks, which a few years ago were implemented and distributed practically all over the Spanish territory.⁴⁴⁹ These Science Parks (from now on, SP) have developed a role of great importance in what is their first assignment, the transfer of the results of academic and enterprise research, and the necessary rapprochement between universities and corporations. However, the Science Parks do not have as a main objective the exercise of social responsibility tasks, and their scope of action is not, as we shall see, mainly focused on their immediate geographical environment.

Nowadays there are in Spain, according to data from the Association of Science and Technology Parks of Spain (APTE), 65 member parks scattered throughout the territory, distributed among practically all the provinces. Of these, 48 are partner parks, that is, fully operational, 14 are affiliated parks that are in the process of development and other three are collaborating or honorary members (APTE, 2018, p. 7). The universities are directly promoters of 24 of the parks, while they assume the role of collaborators in another 46 cases. On the other hand, approximately half of them count among their promoter entities with local administrations, mostly city councils of the capitals in which they are physically located.

The entities promoting the parks tend to be autonomous governments and agencies, as well as universities, according to the association's directory (APTE, 2018). As we mentioned, in about half of the SP, the corresponding municipality is also the promoter and, to a lesser extent, the Provincial Councils, business associations, financial entities, chambers of commerce and

⁴⁴⁹ All of the 18 Autonomous Communities have at least one Science Park, and only 15 of the 50 provinces do not have a SP member of the Association in their territory (APTE, 2018, p. 9).

private companies also appear as promoters. Management, for its part, is usually entrusted to an independent management company, usually a public limited company.

It should be noted first that, in their last strategic plan, the Parks association continues in line with the previous ones, in the sense of basing its contextual framework on the regional areas, understood as the Autonomous region, State, and European Community. This line of obviating the nearest local environment has been the usual trend in the framework of action of the parks; as already established in the previous strategic plan of the association, its action was aimed at the *"development of activities that exceed the local framework"*, always with the outward focus, towards the *"global dimension"* (APTE, 2009, pp. 12;83). Of course, this strategy is absolutely legitimate and otherwise necessary to encourage the growth of the system: knowledge, technology, and transfer as a whole. However, it is necessary to point out and emphasize the lack of attention towards the local framework, towards the social environment closest to the sources of these technologies and knowledge.

In the same strategic plan 2009-2013, *"coordination at the regional and state level"* and the creation of *"global companies"* were identified as among the main challenges of the Spanish innovation system, and when the direct environment appears in the planning (*"revitalization of the business fabric and the society around the Parks"*) is only so that it can *"invigorate the most traditional business fabric and the lowest technological level"*. Not only does the social component of the transfer continue to be ignored, but it seems that even the closest thing in the territory is identified with the most technologically archaic.

In the current plan 2014-2020 (APTE, 2013), the previous vision has been somewhat softened, and it pays additional attention to the physical environment of the SP. However, the local environment is not regarded in any case, other than the actual location of the Science Park, as a first-order recipient of the transfer activities, and if it is mentioned at any time, it is always with the eye on the local companies, and in no case on the social domain.

The parks guide their transfer to the economic, industrial and business spheres, assuming that the social and local benefits will be derived from the former. It is evident that all progress in the medium or long term ends up reverting in some way to the society in general, but it is also true that certain social strata receive these benefits as a simple distant and late echo, a pale residue of what was created through collaborations between universities and companies, years or decades before.

To sum up, it does not seem that SP are the appropriate instruments to convey the transfer relations to the local environment. It is necessary to establish a new space dedicated to the specific transfer in the local social and environmental context, a space with strong identity and differentiated personality, born with these objectives in mind.

5. A COMMON SHARED SPACE OF OPERATION FOR A SUSTAINED AND EFFICIENT COLLABORATION.

In order to outline the common space dedicated to which we just referred, it is necessary to establish the bases of collaboration for socio-local purposes. In the first place, it would be a

wrong approach to place the central nucleus for deliberation, arrangements, and decision making indoors one of the institutions or structures involved. To achieve maximum efficiency, we must create an external and permanent environment in which all the local actors involved, be they public or private, will participate, without hierarchical relations but in a situation of full reticular collaboration instead.

In the case of public institutions, all of them have bodies committed to actions in these areas; as we pointed out before, the problem that we need to solve is not so much the lack of organisms, programs, and actions, as it is the lack of a continuous coordination of their actions. These dedicated bodies should be present in a shared space of collaboration created for that purpose.

It will be necessary for this to establish an adequate legal framework, which enables efficient cooperation and responds to the challenges posed. The fact that both the situation and the approaches to address it are analogous in all city-university environments makes it possible to envision one common solution for the implementation of the efficient collaboration that we are seeking here.

Accordingly, the same legal personification needs to apply in the same form to all local areas, which will include, once formalized, the members and actions that each case advises. A legal structure that allows the coexistence in its governing and management bodies of members of both public and private entities, as well as associations of the social, collegiate and business sectors.

The establishment of specific or particular agreements would not be adequate for this type of configuration, which aims to be stable over time and participated by all the local actors. Of course, these agreements will be useful precisely when putting the programs into practice, but the framework for the general action of the collaboration must have a more permanent legal form and not be so specific in its objectives and conditions.

It would be convenient a form of relationship between the actors that allows the participation of both public and private entities, allowing participants to plan and carry out actions in the local territory within the exercise of the competencies of the participating administrations. It should also provide a model of management that guarantees, on the one hand, stable management bodies that can plan in the medium and long-term, and that are, on the other hand, sufficiently flexible to incorporate -and to let go- the participants who have to play necessary roles in specific temporary actions.

The method of collaboration that seems naturally most appropriate to bring together the precise actors in the necessary terms is that of the *public foundation*, specifically in the terminology of Law 40/2015,⁴⁵⁰ Chapter VII, which refers to the *foundations of the state public sector*. As defined in the current regulation, a foundation is established as a non-profit organization and does affect its assets to the achievement of general interest purposes; besides, they can be constituted by both natural and legal persons, whether public or private, not being able, however, to exercise public powers.

⁴⁵⁰ Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público [Law 40/2015, of October 1st, on the Legal Regime of the Public Sector].

Regarding the typology and the territorial scope, it is only the foundational characteristics and those of their members that determine these parameters. Thus, foundations of the public sector are those created with a majority contribution, or more than half of the assets and rights of its founding patrimony, of the General State Administration or other entities of the public sector. The territorial scope of its action also derives from its formation and from the administrative body that will exercise the function of protectorate and registry. And of course, its territorial definition will mark the legal framework that will be applicable.

In this sense, the foundations of the state public sector are governed by the provisions of laws 39 and 40 of 2015, of procedure common administration of public administrations and of the legal regime of the public sector, as well as by Law 50/2002, of December 26, on Foundations. Several autonomous communities have issued specific legislation on foundations within their territorial scope, which will apply to them together with the private legal order, except in those matters in which the regulations of the public sector on the budgetary, accounting and economic control areas are concerned, as well as financial and contracting of the public sector (Trayter, 2017, p. 294).

The protectorate of these foundations is regulated by a basic clause in Law 40/2015, article 134, and is exercised by a body of the Administration, general of the State or Autonomic depending on the territorial scope, and aims to ensure the proper development of the foundational activities, as well as ensuring the legality of its constitution and the exercise of its activities. The Registry of foundations, on the other hand, keeps the inscriptions of the foundational entities created. According to its contents, the statutes of each foundation will determine the public administration to which it will be linked, following the specified provisions. The criteria prioritize that the foundation will be attached to the Administration that has a majority of employers, has the power to appoint or dismiss the majority of members of the executive bodies, management personnel and finally the members of the board. The final criterium for affiliation refers to the majority financing and the highest percentage of participation in the patrimonial fund. The bond to the administration may be revised, entailing a modification of the statutes in that sense within a period not exceeding three months.

A structure of this type would respond to the needs that have been detailed in this essay: to be an entity dedicated to actions in social and environmental matters at the local level, in line with the SDGs, being participated by all local actors whether public or private, with the representation of social entities. It would also suit the need to be constant over time, with the aim of providing the multiple actions that are already being carried out, but with an overall vision, with which both planning and developing would be improved. This would increase the efficiency and should significantly enhance the synergies between the efforts dedicated by the administrations, entities, and people involved.

6. CONCLUSIONS.

The multiple actions conducted in recent years in the field of Research and Responsible Innovation, in many cases linked to the Sustainable Development Goals of the United Nations for the year 2030, that are being carried out at the local level, make essential the organization

of the sector, to achieve better efficiency, coordination, identification of synergies, resource management, evaluation, and subsequent monitoring.

Several actions should be taken in order to adequately address the actions that take place in the socio-local area. These actions imply, in the first place the participation of all actors with a role to play in the local sphere, namely public institutions, social associations, business, industries, schools, and others. On the other hand, the collaboration space should not be physically located inside one of the institutions or actors involved: all of them must be in an external shared space, in which they can work under conditions of equality, in a networked and horizontal approach.

There are two leading roles to be played in the constitution of these spaces of collaboration. In the first place, the Local Administrations -in Spain mainly city councils and province administrations-, which represent the level of government naturally closer to the citizens. They deal with their problems first hand and have the assigned competencies to do it; that makes them the natural leader and ordinary coordinator of these shared spaces of collaboration.

The second central player has to be the University. Its missions as an institution -that is, teaching, research, and transfer of knowledge and technology-, make them play a decisive and fundamental role in the field of social progress. It is inherent in their activity to seek for the improvement of the quality of life of the citizens and for a responsible, equitable and sustainable development. Therefore, they must provide with their expertise and their knowledge the needs detected by the local administrations and associations.

Such shared spaces of collaboration do not exist at present. Numerous institutions are making significant efforts concerning social responsibility, but often these efforts are made individually or in coordination with only some other institution or private entity, and usually with a short-term scope.

Full and fruitful cooperation needs a permanent yet flexible relationship under a stable legal form. An enduring entity, which provides cooperation and horizontal relationship, and with a vocation for permanence in time. This new space cannot be configured within the interior of an institution so that the rest come to meet with it; on the contrary, it must have its own entity. It must start from the expression of the will of all its members to join forces to work in favor of the closest social and environmental fabric, gathered in a collective place of transfer, where no institution is in a pre-eminent position and where efficiency, the respectful use of resources and the seek for synergies are the basis of the coordinated actions.

It is necessary to create a shared space where all the actors involved in the social transfer at the local level are represented, starting with the town councils and other local administrations; a space where they act autonomously and not from within the bodies of a specific institution. In Spain, the legal form that appears to be the most adequate to contain this common space, with a structure that is stable over time and that provides flexibility at the same time as legal security, is that of a Foundation of the Public Sector. These Foundations are configured in the Spanish fundamental administrative Laws (Laws 39/2015 and 40/2015, of the standard administrative procedure and the legal regime of the public sector, respectively) with a board

and an executive body both integrated by the entirety of the actors identified in the respective territory. This configuration seems to be the most adequate to cover the needs described.

REFERENCES

- APTE (Asociación de Parques Científicos y Tecnológicos de España). (2009). *Estrategia de la APTE [Strategy of the APTE] (2009-2013)*. APTE (Asociación de Parques Científicos y Tecnológicos de España, Málaga).
- APTE (Asociación de Parques Científicos y Tecnológicos de España). (2013). Plan Estratégico de la Asociación de Parques Científicos y Tecnológicos de España (APTE) 2014-2020 [Strategic Plan of the Science and Technology Parks Association of Spain]. Asociación de Parques Científicos y Tecnológicos de España, Málaga.
- APTE (Asociación de Parques Científicos y Tecnológicos de España). (2018). *Directorio [Directory]*. (APTE (Asociación de Parques Científicos y Tecnológicos de España), Ed.) Málaga.
- Benavides Velasco, C. (2013). Integración de la responsabilidad social en los sistemas de garantía interna de calidad: hacia una universidad saludable, sostenible y solidaria (Proyecto de investigación) [Integration of social responsibility in internal quality assurance systems: towards a healthy, sustainable and solidary university (Research project)]. Málaga: Dirección del Plan Estratégico y Responsabilidad Social de la Universidad de Málaga.
- Conferencia de Consejos Sociales. (2013). Introducción al Consejo Social [Introduction to Social Council]. Madrid: Conferencia de Consejos Sociales. Retrieved from: https://ccsu.es/sites/default/files/introduccion_al_consejo_social.2013.pdf
- Fernández-Fernández, J. (2017). El Consejo Social, una institución discutida ayer, necesaria hoy e imprescindible mañana [The Social Council, an institution discussed yesterday, necessary today and essential tomorrow]. *La Cuestión Universitaria* (9), 60-73.
- Gaete Quezada, R. (2006). La universidad y la responsabilidad social [University and social responsibility]. *REXE: Revista de estudios y experiencias en educación*, 5(10), 129-145.
- González, M. (2013). La planificación estratégica de “nueva generación”: ¿Cómo evaluar su impacto como instrumento de gobernanza territorial? [The "new generation" strategic planning: How to evaluate its impact as an instrument of territorial governance?] *Geopolítica(s). Revista de estudios sobre espacio y poder*, 3(2), 271-291.
- Jean-Francois, E. (2017). Preparing Glocal Citizenry, Implications for the Curriculum. In GUNI (Ed.), *GUNi Series on the Social. Higher Education in the World 6: Towards a Socially Responsible University. Balancing the Global with the Local* (pp. 194–209). Barcelona: GUNI (Global University Network for Innovation).

- Kemp, R. L. (2013). *Town and Gown Relations: A Handbook of Best Practices*. Jefferson, NC: McFarland & Co Inc.
- Larrán Jorge, M., & Andrades Peña, F. J. (2013). Frenos y aceleradores para la implantación de la responsabilidad social en las Universidades Españolas [Brakes and accelerators for the implementation of social responsibility in Spanish Universities]. *Prisma Social. Revista de Investigación Social*, (10), 233–270.
- Lladó Martínez, A. (2017). Ayudas concedidas en las convocatorias EDUSI 2015 y 2016 a municipios de Cataluña: contexto y breve comentario [Aid granted in the EDUSI 2015 and 2016 calls to municipalities in Catalonia: context and brief comment]. *WPS Review International on Sustainable Housing and Urban Renewal* (6), 116-136.
- Miralles-Guasch, C. (2010). De Universidad-Campus, aislada y suburbana, a polo metropolitano del conocimiento. El caso de la Universitat Autònoma de Barcelona [From University-Campus, isolated and suburban, to metropolitan pole of knowledge. The case of the Autonomous University of Barcelona]. *Scripta Nova - Revista electrónica de geografía y ciencias sociales*, XIV(319).
- Moreso, J., & Casadesús, M. (2017). Preparing the Global Citizenry, Implications for the Curriculum. In GUNI (Ed.), *GUNi Series on the Social. Higher Education in the World 6: Towards a Socially Responsible University. Balancing the Global with the Local* (pp. 181–194). Barcelona: GUNI (Global University Network for Innovation).
- Navarro-Galera, A., Ruiz-Lozano, M., de los Rios-Berjillos, A., & Tirado-Valencia, P. (2014). La responsabilidad social corporativa en los gobiernos locales : el caso de Reino Unido e Irlanda [Corporate social responsibility in local governments: the case of the United Kingdom and Ireland]. *Innovar: revista de ciencias administrativas y sociales*, 24(54), 89-105
- Obeso Muñiz, Í. (2018). Experiencias de innovación social [Experiences of social innovation]. In Í. Obeso Muñiz, *La sostenibilidad socioeconómica de las ciudades. Estudios jurídicos* (pp. 265-288). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rodríguez Fernández, J., Cruz Ayuso, C., & Cuesta González, M. (2010). Responsabilidad social universitaria [University social responsibility]. A Coruña: Netbiblos.
- Sacristán Represa, M. (2015). La RSU en el contexto de la actual reforma universitaria [The USR in the context of the current university reform]. In T. Prieto Álvarez, *La Reforma de la universidad española* (pp. 143-166). Cizur Menor, Navarra.: Thomson Reuters Aranzadi.
- Trayter Jiménez, J. M. (2017). *Derecho administrativo: parte general [Administrative Law: general part]* (3a ed.). Barcelona: Atelier.
- United Nations Association (UN). (2018, August). Sustainable Development Goals. Retrieved from <https://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-development-goals/>

COMPETENCIAS QUE AFECTAN A LA CREACIÓN DE UNA START-UP INTERNACIONAL

Teresa Torres-Coronas, Arantzazu Vidal-Blasco

Universitat Rovira i Virgili, Spain

Resumen:

La globalización brinda oportunidades y opciones profesionales internacionales, como el emprendimiento global. Para el estudiantado universitario la viabilidad de esta opción de carrera depende de sus propias motivaciones, competencias percibidas y objetivos profesionales. Este estudio analiza, a través de un modelo de ecuaciones estructurales, cómo las competencias interculturales, las habilidades cognitivas culturales, la autoeficacia emprendedora y las competencias lingüísticas afectan la motivación de los estudiantes para crear una empresa con vocación internacional. Los resultados muestran que el dominio de una tercera lengua, las habilidades del lenguaje y la autoeficacia emprendedora son los factores más relevantes. La investigación discute las implicaciones de estos resultados para las instituciones de educación superior y el diseño curricular de sus planes de estudios.

Palabras clave: carrera internacional, emprendimiento global, competencia intercultural, habilidades cognitivas culturales, autoeficacia empresarial, competencias lingüísticas.

ÍNDICE

1. **Introducción**
2. **Revisión de la literatura**
 - 2.1. **Autoeficacia emprendedora**
 - 2.2. **Competencias que afectan a la movilidad internacional**
3. **Metodología**
 - 3.1. **Población sujeta a estudio**
 - 3.2. **Instrumentos de medida**
 - 3.3. **Factores contextuales**
4. **Validación del modelo final**

1. INTRODUCCIÓN

El emprendimiento está relacionado con el crecimiento económico (Fritsch, 2011) y la mejora de la competitividad empresarial; donde juega un papel destacado el comportamiento emprendedor de la plantilla. Por todo ello, cada vez se presta más atención a los factores que influyen en la intención emprendedora (Ahmetoglu, Leutner & Chamorro, 2011), lo que ha consolidado el estudio del espíritu emprendedor como un área investigación (Fayolle & Liñán, 2014).

Do Paço et al. (2013) sintetizan en dos los enfoques para el análisis de la intención emprendedora: un primer enfoque centrado en las características personales y un segundo en el comportamiento. El primero se focaliza en la personalidad del emprendedor/a (Dinis et al., 2013), la inteligencia emocional (Ahmetoglu et al., 2011; Neghabi, Yousefi & Rezvani, 2011; Rhee & White, 2007) y la autoeficacia emprendedora (Liñán & Chen, 2009; Zampetakis et al., 2009). Estos estudios refuerzan la idea de que las características psicológicas (el enfoque de rasgo) influyen en la intención emprendedora.

El segundo enfoque, centrado en el comportamiento, indaga en el origen de la intención emprendedora a través del Modelo del evento emprendedor (MEE) (Shapero & Sokol, 1982) y la Teoría del comportamiento planeado (TCP) de Ajzen (1991). En el modelo del evento emprendedor, la intención emprendedora depende de la viabilidad percibida y oportunidad percibida para comenzar un negocio, así como de la propensión a actuar. La teoría del comportamiento planeado se centra en las actitudes y el control conductual percibido.

Las interrelaciones entre estos dos enfoques aumentan la complejidad de los modelos que predicen la intención emprendedora. A esto hay que añadir otras evidencias, como el efecto de estados fisiológicos, como la ansiedad y el estrés, en la reducción de la autoeficacia emprendedora percibida (Boyd & Vozikis, 1994) o la correlación de la inteligencia emocional con la autoeficacia percibida (Salvador & Morales, 2009; Laviolette, Lefebvre & Brunel, 2012). A mayor autoeficacia percibida, la actitud hacia la creación de empresas es también más favorable (Morales-Alonso, Pablo-Lerchundi & Núñez-Del-Río, 2016). El aprendizaje de otros idiomas y el desarrollo de competencias transversales hacen que el 85%

de los estudiantes aumente su interés por realizar una carrera profesional internacional (European Commission, 2014). Por lo que en el mundo de la emprendeduría global, la competencia intercultural puede pasar a jugar un papel que debe ser analizado.

En esta investigación se utilizan los principios del modelo de Azjen (1991) para analizar los factores que afectan a la motivación de crear una empresa. La finalidad última es incorporar los resultados de la investigación en el diseño de los programas de formación en emprendeduría que, unas veces tienen un efecto positivo en la intención emprendedora (Zhang, Duysters & Cloudt, 2014) y otras producen el efecto contrario (Oosterbeek, van Praag & Ijsselstein, 2010). Si los programas de emprendimiento están diseñados para potenciar la creación de empresas, se deben explorar nuevos modelos explicativos para mejorar la eficiencia de los programas formativos. De esta manera, los estudiantes universitarios, independientemente de sus antecedentes y características personales, podrán beneficiarse de cursos de capacitación más efectivos.

El primer apartado del trabajo presenta la revisión de la literatura y define el tema a investigar, las hipótesis y el modelo propuesto. A continuación se describe la metodología y, finalmente, se discuten los resultados y las conclusiones del estudio. Los resultados muestran que tanto la competencia intercultural, el dominio de una lengua y la autoeficacia emprendedora impactan de manera positiva en la motivación para crear una empresa con vocación internacional.

2. REVISIÓN DE LA LITERATURA

2.1. Autoeficacia emprendedora

Bandura (1997) define la autoeficacia emprendedora como "la creencia en la capacidad de uno para alcanzar un cierto nivel de desempeño o un resultado deseado que puede influir en las situaciones y afectar sus vidas" (p.72). La autoeficacia es clave para detectar a una persona emprendedora (Markman, Baron & Balkin, 2005) y para predecir la intención emprendedora (Moriano, Palací y Morales, 2006; Laguna, 2013) ya que si no hay percepción de habilidades, el comportamiento no se producirá. Las creencias motivadoras se refieren "no solo al ejercicio del control sobre la acción sino también a la autorregulación de los procesos de pensamiento, la motivación y los estados afectivos y psicológicos" (Bandura, 1997, p.36). Por tanto, la autoeficacia emprendedora se incluye en los modelos que estudian la motivación para una emprendeduría global.

Estudios como los de Salvador y Morales (2009) y Laviolette et al. (2012) muestran que las emociones afectan la autoeficacia emprendedora; una variable que no es ajena a los roles de género (Mueller & Conway Dato-on, 2013) ni a las barreras culturales (Shinnar, Giacomini & Janssen, 2012).

Sobre la base de lo anterior se puede formular la siguiente hipótesis:

H1: La autoeficacia emprendedora tendrá un efecto positivo en la motivación para una emprendeduría global.

2.2. Competencias que afectan a la movilidad internacional

La toma de decisiones relacionada con la carrera profesional se entiende como un proceso que describe o explica las elecciones que una persona hace en relación a su carrera a lo largo de su vida laboral. En este proceso es relevante identificar qué factores afectan la toma de decisiones así como comprender el nivel de impacto que estos factores tienen en las elecciones individuales. Estudios previos relacionan el conocimiento de una lengua, la competencia intercultural y la inteligencia cultural cognitiva con la movilidad internacional y el interés por iniciar una carrera profesional en el ámbito internacional.

Factor 1. El nivel de conocimiento acreditado de una lengua

El actual mercado laboral, cada vez más globalizado, exigente y competitivo, establece la necesidad de tener una formación adecuada en lenguas, lo que nos lleva a hablar de la competencia lingüística como una de las competencias comunicativas de la lengua. La competencia lingüística se entiende como la “capacidad de conocer y usar la lengua correctamente atendiendo a todos sus componentes” (Rico, 2005: 80). Barbero, Maestro, Pitcaim y Saiz (2008, p.11) la definen como la “habilidad para expresar e interpretar pensamientos, sentimientos y hechos tanto de forma oral como escrita y para interactuar lingüísticamente de forma apropiada en una amplia gama de contextos sociales y culturales”. En similares términos se define en el Marco Común Europeo de Referencia para las Lenguas (Consejo de Europa, 2001, p.113), al entenderla como el conocimiento y las destrezas necesarias para abordar la dimensión social del uso de la lengua. Sin embargo, no es suficiente desarrollar una buena competencia lingüística si la misma no se enmarca en una competencia comunicativa más amplia, en la que se incluiría la competencia intercultural (Rico, 2005). En opinión de Salaberri (2007), “el desarrollo de la competencia comunicativa resulta insuficiente para responder a las demandas que exigen las nuevas sociedades multiculturales y multilingües. El objetivo de la enseñanza-aprendizaje de lenguas debería ser el desarrollo de hablantes interculturales” (p.61). En definitiva, es necesario tener en cuenta la perspectiva intercultural.

Factor 2. Competencia intercultural

Según Halliday (1975), “la adquisición de la competencia lingüística se produce, principalmente, a través de la interacción comunicativa en el seno de una comunidad, un proceso que al mismo tiempo contribuye a la construcción progresiva de la identidad social de los individuos y del significado social de los usos lingüísticos” (en Gago, 2010, p. 222). Cuando una persona aprende una lengua extranjera, se enfrenta a diferentes interpretaciones de muchos de los valores, normas, comportamientos y creencias que había adquirido y asumido

como naturales y normales. La competencia es, pues, "la habilidad de poderse manejar en este tipo de situaciones, con contradicciones y diferencias" (Gago, 2010, p. 235). Esto implica, conocer y comprender las diferencias culturales, experimentar otras culturas, y, autoconocer la propia cultura. Estos tres elementos ponen de manifiesto la importancia de conocer no solo la cultura propia sino también las culturas ajenas (Deardorff, 2006).

Desde los años 90 un creciente número de académicos/as ha estudiado las competencias que son claves en el mundo de los negocios internacionales señalándose diferentes dimensiones (Bird, Mendhenhall, Stevents & Oddou, 2009). Estas dimensiones implican competencias directamente relacionadas con la interacción intercultural. Las personas con un mayor nivel de competencia intercultural muestran más respeto y empatía hacia otras culturas e interacción de una manera menos sesgada (Lustig & Koester, 2006) y, al mismo tiempo, poseen una mayor habilidad para aprender nuevas lenguas.

Factor 3. Inteligencia cultural cognitiva

La inteligencia cultural puede definirse como "la capacidad de una persona para adaptarse eficazmente a los nuevos contextos culturales" (Earley & Ang, 2003, p.59). Nos referimos a la percepción de un individuo sobre su conocimiento de otras culturas. Comprende las facetas de inteligencia cultural, metacognitiva, cognitiva, motivacional y de comportamiento que influyen positivamente en la eficacia de la interacción de diversos entornos culturales (Ang, Van Dyne & Tan, 2011).

Sobre la base de lo anterior se pueden formular las siguientes hipótesis:

H2: El nivel lingüístico tendrá un efecto positivo en la motivación para una emprendeduría global.

H3: La competencia intercultural tendrá un efecto positivo en la motivación para una emprendeduría global.

H4: La inteligencia cultural cognitiva tendrá un efecto positivo en la motivación para una emprendeduría global.

3. Metodología

3.1 Población sujeta a estudio

Esta investigación tiene como objetivo explorar los factores que afectan a la intención de crear una empresa con vocación internacional mediante un cuestionario enviado a estudiantes de grado universitarios durante el año académico 2016-2017. El número final de participantes fue de 482, de los cuales el 75,7% eran mujeres. De la muestra final, el 56.3% no declaró no tener experiencia profesional pero, un 43,7% sí había realizado prácticas en empresas durante el grado. El 35% eran estudiantes Ciencias Sociales y Derecho; el 17% de Arquitectura e

Ingeniería; el 12.2% de Ciencias; el 23.5% de Ciencias de la salud; y el 2.4% de Artes y Humanidades.

3.2 Instrumentos de medida

A continuación se describen las escalas y las propiedades psicométricas de los instrumentos de valoración utilizados.

Motivación para iniciar una start-up internacional. Esta variable recoge la percepción de los participantes sobre su propia capacidad para crear y gestionar en el extranjero una nueva empresa. Se utilizó un cuestionario de cinco preguntas, con un Alpha de Cronbach de 0,73.

Autoeficacia emprendedora. La escala utilizada para medir esta variable es la escala de autoeficacia emprendedora de De Noble, Jung y Ehrlich (1999), en su versión adaptada y validada en España (Moriano et al., 2006). La versión final de la escala consta de 23 ítems y las respuestas se dan en una escala de Likert de cinco puntos, que va desde completamente incapaz (1) a totalmente capaz (5). La escala utilizada para medir esta variable es un cuestionario de 5 preguntas con un alfa de Cronbach de 0,83.

Competencia intercultural. En este caso el estudio valida y utiliza la escala de sensibilidad intercultural desarrollada por Fritz, Möllenberg y Chen (2002), con un alfa de Cronbach de 0,65.

Inteligencia cultural cognitiva. Aquí se valora el conocimiento de normas y prácticas de otras culturas adquiridas a través de la educación y la experiencia personal (Ng et al., 2012). Incluye el conocimiento de los sistemas económicos, socio-lingüísticos y sistemas de relaciones interpersonales, así como el conocimiento básico de los valores culturales, en línea similar a los descritos por el modelo de diferencias culturales de Hofstede (2001). Los individuos con un alto nivel de inteligencia cultural cognitiva entienden mejor las diferencias y similitudes interculturales (Brislin, Worthley & MacNab, 2006). Se ha utilizado la escala de inteligencia cultural cognitiva desarrollada por Ang et al. (2007).

Competencia en lengua extranjera (nivel acreditado de conocimiento de la lengua inglesa). En este apartado los participantes indican su nivel de inglés siguiendo el Consejo de Europa (2001) que lo clasifica en seis niveles: Usuario básico (A1-Acceso y A2 –plataforma), Usuario independiente (B1 – Intermedio y B2 -Intermedio alto), Usuario competente (C1 -Dominio operativo eficaz y C2 -Maestría). De los participantes el 2,5% indicó tener un nivel básico, el 6,4% nivel B1, el 28,2% B2, el 39,4% C1 y el 23,6% nivel de maestría. La mayoría de los participantes tienen, en consecuencia, un nivel superior al intermedio, lo que se traduce en un nivel de dominio de la lengua fluido, capacidad de utilizar expresiones coloquiales y un amplio vocabulario.

3.3 Factores contextuales

Ámbito de estudios (campo de conocimiento). Del trabajo de Hassan y Wafa (2012) se desprende que los estudiantes que siguen un programa de ciencias tienen intenciones emprendedoras significativamente más altas que los estudiantes de empresa o de arte, motivo por el cual se ha incluido la variable ámbito de estudios como una variable contextual. Los estudios sobre el impacto de la educación en emprendimiento sobre la autoeficacia emprendedora no son concluyentes (Shinar, Giacomini & Janssen, 2012).

Experiencia laboral. El enfoque Jack-of-all-trades de Lazear (2005) muestra que tener experiencia en diferentes perfiles aumenta la probabilidad de convertirse en emprendedor (Miralles, Giones y Riverola, 2015). Una mayor experiencia se relaciona con una mayor competencia emprendedora (Camuffo, Gerli y Gurbita, 2012).

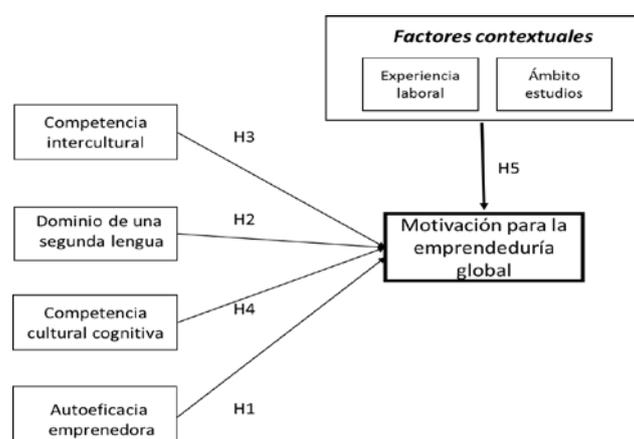
La incorporación de factores contextuales al estudio permite formular la siguiente nueva hipótesis:

H5: Los factores contextuales tendrán un efecto directo y positivo en la motivación para una emprendeduría global.

4 VALIDACIÓN DEL MODELO FINAL

El modelo propuesto considera que la competencia intercultural, las habilidades cognitivas culturales, las habilidades del lenguaje y la percepción de las propias capacidades (escala autoeficacia emprendedora) tienen un impacto directo en la motivación emprendedora internacional. Asimismo, se considera que la experiencia laboral y el ámbito de estudios también afectan a la motivación para comenzar un nuevo negocio en el extranjero. La figura 1 sintetiza el modelo propuesto.

Figura 1. Modelo propuesto



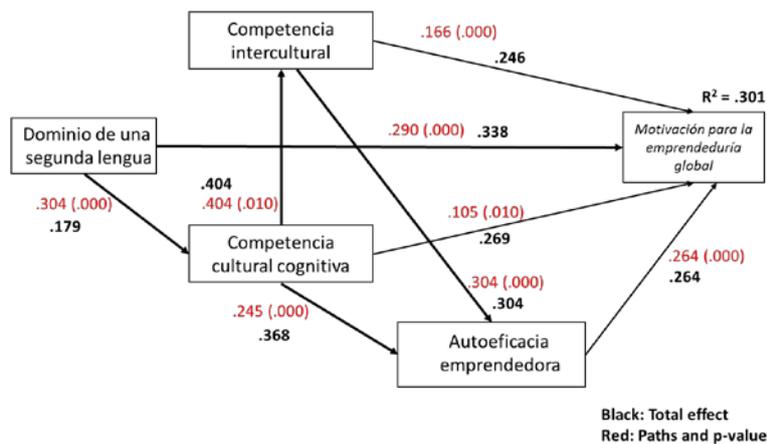
Fuente: Elaboración propia

5. VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

Para validar el modelo, se llevó a cabo un análisis bootstrap con 500 muestras con el programa SMARTPLS. A continuación se recogen los resultados del modelo que presentó una mejor fiabilidad.

La Figura 2 muestra el resultado del análisis de Bootstrap, con los coeficientes de camino estandarizados. Para la variable endógena, motivación de crear una start-up internacional el valor del cuadrado R es 0.301. La Figura 2 muestra tanto los efectos directos de las variables exógenas sobre la endógena como las relaciones entre las variables exógenas.

Figura 2. Coeficientes de camino y efectos totales



Fuente: Elaboración propia

La validez de los instrumentos utilizados se verificó utilizando la validez convergente, la validez discriminante y la fiabilidad de constructo. Todos los estadísticos del modelo son significativos, lo que confirma la validez convergente del constructo.

Los resultados recogidos en la Figura 2 con los caminos estadísticamente significativos permiten confirmar las hipótesis 1 a 4, siendo el dominio de una segunda lengua extranjera (en este caso el inglés) la variable que más peso tiene a la hora de crear confianza para la emprendeduría global. Las variables relacionadas con la competencia intercultural y la competencia cultural cognitiva también tienen un peso relevante para explicar el comportamiento de los participantes en el estudio. Esto permite concluir que no sólo las habilidades lingüísticas son relevantes si, desde las instituciones de educación superior, se quiere formar emprendedores globales.

La hipótesis 5, relacionada con los factores contextuales Experiencia laboral y Ámbito de estudios, ha resultado rechazada por el modelo y, por tanto, ya no aparecen en la Figura 2.

Estos resultados tienen una limitación importante, ya que no se ha utilizado la perspectiva de género. Dado el menor número de mujeres emprendedoras (Díaz-García & Jiménez-Moreno, 2010) y las evidencias sobre el diferente nivel competencial entre hombres y mujeres (Alcaraz-Rodríguez, Álvarez, & Villasana, 2014) incorporar la perspectiva de género al modelo es una tarea pendiente.

6. CONCLUSIONES

La interpretación de los resultados permite afirmar que la universidad tiene que desarrollar la capacidad del alumnado para actuar de manera adecuada y flexible ante acciones, actitudes y expectativas de personas de otras culturas. La demanda de que el alumnado acabe sus estudios universitarios con un certificado B2 o C1 no es suficiente para garantizar la empleabilidad de los titulados/as en un mundo global. En este sentido, los resultados preliminares mostrarían que requisitos curriculares de estancias en el extranjero pueden jugar un papel relevante en el fomento de la emprendeduría global. Es, por tanto, importante que tanto desde el Gobierno como desde los órganos rectores de la universidad se apoyen iniciativas destinadas al intercambio multicultural. Esto permitirá que los estudiantes desarrollen la competencia intercultural, una competencia que impacta en la productividad del trabajo en equipo y en el espíritu hacia la internacionalización.

Referencias bibliográficas

- Ahmetoglu, G., Leutner, F., & Chamorro, T. (2011). EQ-nomics: Understanding the relationship between individual differences in Trait Emotional Intelligence and entrepreneurship. *Personality and Individual Differences*, 51, 1028-1033.
- Ajzen, I. (1991). The theory of planned behavior. *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 50(2), 179-211. doi:10.1016/0749-5978(91)90020-T
- Alcaraz-Rodríguez, R., Álvarez, M.M., & Villasana, M. (2014). Developing entrepreneurial competences in students in the life sciences: the Lifetech Ad-Venture program. *On the Horizon*, 22(3), 182-191. doi:10.1108/OTH-11-2013-0053
- Ang, S., Van Dyne, L., & Tan, M.L. (2011). Cultural intelligence. En R. J. Sternberg & S. B. Kaufman (Eds.), *Cambridge Handbook on Intelligence* (pp. 582-602). New York: Cambridge Press.
- Ang, S., van Dyne, L., Koh, C., Ng, K-Y., Templer, K., Tay, C., & Chandrasekar, N. A. (2007). Cultural intelligence: Its measurement and effects on cultural judgment and decision making, cultural adaptation and task performance. *Management and Organization Review*. 3(3), 335-371.
- Bandura, A. (1997). *Self-efficacy: The exercise of control*. New York, NY: Freeman.

- Barbero, J., Maestro, A., Pitcairn, C., & Saiz, A. (2008). Las competencias básicas en el área de lenguas extranjeras. Cuadernos de Educación de Cantabria. Gobierno de Cantabria. Consejería de Educación.
- Bird, A., Mendenhall, M., Stevens, M., & Oddou, G. (2009). Defining the content domain of intercultural competence for global leaders. *Journal of Managerial Psychology*, 25, 810-828.
- Boyd, N., & Vozikis, G. (1994). The influence of self-efficacy on the development of entrepreneurial intentions and actions. *Entrepreneurship Theory and Practice*, 18(4), 63-77.
- Brislin, R., Worthley, R., & Macnab, B. (2006). Cultural intelligence. *Group and Organization Management*, 31, 40-55.
- Camuffo, A., Gerli, F., & Gubitta, P. (2012). Competencies matter: modeling effective entrepreneurship in Northeast of Italy small firms. *Cross Cultural Management*, 19(1), 48-66.
- Consejo de Europa (2001) Marco común europeo de referencia para las lenguas: Aprendizaje, Enseñanza, Evaluación, MCERL. Consejo de Europa.
- De Noble, A., Jung, D., & Ehrlich, S. (1999). Entrepreneurial self-efficacy: The development of a measure and its relationship to entrepreneurial actions. Trabajo presentado al Comunicación presentada en el *Frontiers of Entrepreneurship Research*, Waltham
- Deardorff, D. (2006). Identification and assessment of intercultural competence as a student outcome of internationalization. *Journal of studies in international education*, 10(3), 241 -265.
- Díaz-García, M.C., & Jiménez-Moreno, J. (2010). Entrepreneurial intention: the role of gender. *International Entrepreneurship Management Journal*, 6, 261-283. doi:10.1007/s11365-008-0103-2
- Dinis A., do Paço, A., Ferreira, J., Raposo M., Gouveia Rodrigues R. (2013). Psychological characteristics and entrepreneurial intentions among secondary students. *Education+Training*, 55(8/9), 763-780. doi:10.1108/ET-06-2013-0085
- Do Paço, A., Matos, J., Raposo, M., Gouveia, R., & Dinis, A. (2013). Entrepreneurial intentions: is education enough? *International Entrepreneurship and Management Journal*, 50, 57-75. doi:10.1007/s11365-013-0280-5
- Earley, P.C., & Ang, S. (2003). *Cultural intelligence: Individual interactions across cultures*. Palo Alto: Stanford University Press.
- European Commission (2014). *The Erasmus Impact Study Effects of mobility on the skills and employability of students and the internationalisation of higher education institutions*. Disponible en: http://ec.europa.eu/education/library/study/2014/erasmus-impact_en.pdf.
- Fayolle, A., & Liñán, F. (2014). The future of research on entrepreneurial intentions. *Journal of Business Research*, 67, 663-666.

- Fritsch, M. (2011). New business formation and regional development: A survey and assessment of the evidence. *Foundations and Trends (R) in Entrepreneurship*, 9(3), 249-364.
- Fritz, W., Mollenberg, A., & Chen, G. M. (2002). Measuring intercultural sensitivity in different cultural context. *Intercultural Communication Studies*, 11(2), 165-176.
- Gago, E. (2010). El desarrollo de la competencia intercultural en el aula de ELE. *AnMal Electrónica*, 29, 221-239.
- Halliday, M. (1975). *Learning how to mean: Explorations in the development of language*. London: Edward Arnold.
- Hassan, R. A., & Wafa, S. A. (2012). Predictors towards entrepreneurial intention: a Malaysian case study. *Asian Journal of Business and Management Sciences*, 1(11), 1-10.
- Hofstede, G. (2001). *Culture's consequences: Comparing values, behaviours, institutions, and organizations across nations*. Thousand Oaks, CA: Sage.
- Laguna, M. (2013). Self-efficacy, self-esteem, and entrepreneurship among the unemployed. *Journal of Applied Social Psychology*, 43(2), 253-262. doi:10.1111/j.1559-1816.2012.00994.x
- Lavolette, E. M., Lefebvre, M. R., & Brunel, O. (2012). The impact of story based entrepreneurial role models on self-efficacy and entrepreneurial intention. *International Journal of Entrepreneurial Behavior & Research*, 18(6), 720-742. doi:10.1108/13552551211268148
- Lazear, E.P. (2005). Entrepreneurship. *Journal of Labor Economics*, 23(4), 649-680.
- Liñán, F., & Chen, Y.W. (2009). Development and cross-cultural application of a specific instrument to measure entrepreneurial intentions. *Entrepreneurship Theory and Practice*, 33(3), 593-617.
- Lustig, M., & Koester, J. (2006). *Intercultural competence interpersonal communication across cultures*. Boston, MA Pearson and AB.
- Markman, G. D., Baron, R.A., & Balkin, D. B. (2005). Are perseverance and self-efficacy costless? Assessing entrepreneurs' regretful thinking. *Journal of Organizational Behavior*, 26, 1-19.
- Miralles, F., Giones, F., & Riverola, C. (2015). Evaluating the impact of prior experience in entrepreneurial intention. *International Entrepreneurship and Management Journal*, 12, 791-813. doi:10.1007/s11365-015-0365-4
- Morales-Alonso, G., Pablo-Lerchundi, I., & Núñez-Del-Río, M.C. (2016). Entrepreneurial intention of engineering students and associated influence of contextual factors. *Revista de Psicología Social*, 31(1), 75-108. doi:10.1080/02134748.2015.1101314
- Moriano, J.A., Palací, F. J., & Morales, J.F. (2006). Adaptación y validación en España de la escala de Autoeficacia Emprendedora. *Revista de Psicología Social*, 21(1), 51-64.
- Mueller, S. L., & Conway Dato-on, M. C. (2013). A cross cultural study of gender-role orientation and entrepreneurial self-efficacy. *International Entrepreneurship and Management Journal*, 9(1), 1-20.

- Neghabi, S., Yousefi, M., & Rezvani, M. (2011). Emotional intelligence and entrepreneurial behavior: development of personal aspects of intentions model. *International Conference on Information and Finance*, 21, (pp. 27-31). Singapore: IACSIT Press.
- Ng, K-Y., van Dyne, L., & Ang, S. (2012). Cultural intelligence: A review, reflections, and recommendations for future research. In A.M. Ryan, F.T.L. Leong, & F.L. Oswald (Eds.), *Conducting multinational research: Applying organizational psychology in the workplace* (pp. 29–58). Washington, DC: American Psychological Association.
- Oosterbeek, H. & van Praag, M. & Ijsselstein, A. (2010). The impact of entrepreneurship education on entrepreneurship skills and motivation. *European Economic Review*, 54(3), 442-454.
- Rhee, K. S., & White, R. J. (2007). The emotional intelligence of entrepreneurs. *Journal of Small Business and Entrepreneurship*, 20(4), 409-426.
- Rico, A. M. (2005). De la competencia intercultural en la adquisición de una segunda lengua o lengua extranjera: conceptos, metodología y revisión de métodos. *Porta Linguarum*, 3, 79-94.
- Salaberri, M. S. (2007). Competencia comunicativa intercultural. *Opiniones*. 61-76.
- Salvador, C.M., & Morales, J. (2009). Fundamentos psicológicos de la autoeficacia emprendedora en jóvenes mexicanos. *Alternativas en Psicología*, 14(20), 35-47.
- Shapero, A., & Sokol, L. (1982). Social dimensions of entrepreneurship. In C. Kent, D. Sexton, and K.H. Vesper (Eds.), *The Encyclopaedia of Entrepreneurship* (pp. 77-90). Englewood Cliffs: Prectice-Hall.
- Shinnar, R. S., Giacomini, O., & Janssen, F. (2012). Entrepreneurial perceptions and intentions: The role of gender and culture. *Entrepreneurship Theory and Practice*, 36(3), 465-493. doi:10.1111/j.1540-6520.2012.00509.x
- Zampetakis, L. A., Kafetsios, K., Bouranta, N., Dewett, T., & Moustakis, V.S. (2009). On the relationship between emotional intelligence and entrepreneurial attitudes and intentions. *International Journal of Entrepreneurial Behaviour & Research*, 15(6), 595-618. doi:10.1108/13552550910995452
- Zhang, Y., Duysters, G. M., & Cloudt, M. M. A. H. (2014). The role of entrepreneurship education as a predictor of university students' entrepreneurial intention. *International Entrepreneurship and Management Journal*, 10(3), 623-641. doi: 10.1007/s11365-012-0246-z

MOBBING: PRINCIPALES HERRAMIENTAS PARA LA MEDICIÓN DEL ACOSO LABORAL

Margarita Feliz Feliz, Mario Arias-Oliva

Universitat Rovira i Virgili, Spain

Ruben Fernández Ortiz

Universidad de la Rioja, Spain

Resumen:

El mobbing es un fenómeno social complejo que atraviesa edad, etnia y las fronteras nacionales, tiende a involucrar a un agresor, una víctima, y otros individuos en una variedad de roles que pueden tomar la forma de una presencia activa (agresor ayudante o defensor víctima), una presencia pasiva (espectador), o incluso una presencia percibida (actitudes de pares). Curiosamente, estos roles tienden a ser dinámicos ya que no es raro que un individuo adopte diferentes roles de una situación a la siguiente (Espelage y Swearer, 2003). Durante décadas los investigadores del acoso psicológico no han alcanzado un acuerdo de cuál es la mejor herramienta que permita analizar su ocurrencia y los factores que dan lugar a su presencia dentro de los entornos laborales. La realidad es que no hay una respuesta única a la pregunta de qué herramienta se debe usar para el análisis de la incidencia y los factores del mobbing. La respuesta depende de cada investigador y de los resultados esperados en su estudio.

Palabras Claves: *Mobbing*, hostigamiento psicológico, acoso laboral.

Abstract:

Mobbing is a complex social phenomenon that crosses age, ethnicity and national boundaries, tends to involve an aggressor, a victim, and other individuals in a variety of roles that can take the form of an active presence (aggressor assistant or victim defender), a passive presence (spectator), or even a perceived presence (peer attitudes). Interestingly, these roles tend to be dynamic since it is not uncommon for an individual to adopt different roles from one situation to the next (Espelage and Swearer, 2003). For decades, psychological harassment researchers

have not reached an agreement on the best tool to analyze their occurrence and the factors that give rise to their presence in work environments. The reality is that there is no single answer to the question of which tool should be used for the analysis of the incidence and factors of mobbing. The answer depends on each researcher and the expected results in his study.

Keywords: Mobbing, psychological harassment, moral harassment

ÍNDICE

1. **Introducción**
2. **Herramientas usadas para medir el acoso laboral**
3. **Conclusiones finales**

1. INTRODUCCIÓN

Con relación a veinte años atrás, el aumento experimentado por el conocimiento de la conformación del acoso laboral y su alcance, es significativo, aunque hay que decir, que todas las investigaciones confluyen en que es un fenómeno de conductas negativas que son realizadas en varias etapas por una o varias personas a otra, de forma constante en el tiempo, donde es posible se ocasione desmejoramiento serio no solo en su salud física sino también psicológica. Por lo que muchos autores como, Aquino (2000), Vartia (2001), Salin (2003), Lewis (2006), Nielsen et al. (2009), Hutchinson et al. (2010) y Hogh et al. (2011), consideran la exposición a tales conductas como una fuente desproporcionada de estrés psicosocial que puede ir acompañada, entre otras variables, de la idealización de escaso apoyo social, un desnivel de poder, real o percibido o a factores de la organización.

Randall (1992) nos señala que uno de los elementos en donde han puesto mayor énfasis los investigadores es en proveer estadísticas que nos dejen saber cuál es la incidencia de esta problemática en los trabajadores; pero obtener esta información es difícil, debido a la forma en que la información es obtenida de parte de las víctimas, que básicamente es a través cuestionarios o entrevistas, que en muchos casos permite que el entrevistado niegue o no le dé la importancia real a su situación.

Según las investigaciones, la incidencia del mobbing varía desde un 1% hasta un 17% o más dependiendo la forma en que se obtenga la información (LIPT, NAQ, etc.), el criterio que se use para medir la repetición (diario, semanal, mensual durante un mínimo de seis meses) o si se pregunta directamente a la víctima de la conducta (Björkqvist et al., 1994; Niedl, 1995; Leymann, 1990, 1992 y 1996; Einarsen y Skogstad, 1996; Einarsen y Raknes, 1997; O'Moore, 2000; Hoel et al., 2001; Hogh y Dofraddotir, 2001; Paoli y Merllié, 2001; Salin, 2001; Quine,

1999 y 2001; Piñuel, 2002; Salin, 2003; Vartia y Hyyti, 2002; O'Moore et al., 2003; Vartia 1996 y 2003; Mtas, 2004; García-Izquierdo et al., 2006; Meseguer de Pedro et al., 2008)

El acoso es un fenómeno social complejo que atraviesa la edad, la etnia y las fronteras nacionales. El acoso tiende a involucrar a un agresor, una víctima, y otros individuos en una variedad de roles que pueden tomar la forma de una presencia activa (por ejemplo, agresor ayudante o defensor víctima), una presencia pasiva (por ejemplo, el espectador), o incluso una presencia percibida (por ejemplo, las actitudes de pares). Curiosamente, estos roles tienden a ser dinámicos ya que no es raro que un individuo adopte diferentes roles de una situación a la siguiente (Espelage y Swearer, 2003).

2. HERRAMIENTAS USADAS PARA MEDIR EL ACOSO LABORAL

Desde el inicio que iniciaron las investigaciones del fenómeno del mobbing, surgió la necesidad de un instrumento que permitiera medir el mismo.

Nuestros resultados apuntan a los hallazgos encontrados por Cardoso dos santos (2012), quien también realizó un análisis detallado de las diferentes herramientas usadas hasta el 2008 en distintas investigaciones que no solo abarcaban autores diversos, sino escenarios variados en los cuales interactúan los sujetos de estudios en países de varios continentes. Al igual que en el estudio de Cardoso dos santos (2012), nos encontramos que continúan siendo las mismas herramientas usadas para la evaluación de acoso laboral, siendo los cuestionarios los de uso más frecuentes, entre los que destacan: LIPT, NAQ, NAQ-R, PWI, WHS, escala Cisneros, etc.

A continuación abordaremos los principales herramientas en un contexto más explicativo:

- **El cuestionario**

Al ser uno de las técnicas más usadas en la investigación, los autores han creado sus herramientas para medir el mobbing auxiliándose de este. Entre las más reconocidas se encuentran: el LIPT (LeymannInventory of Psychological Terror) presentada por Leymann (1990) y el cuestionario NAQ (NegativeActsQuestionnaire) que vemos es usada en estudios de los autores Einarsen et al. (1994), Hoel y Cooper (2000), entre otros.

En el LIPT como en su versión revisada el LIPT II (Niedl, 1996 y Zapf et al., 1996) se presentan cuarenta y cinco (45) o cuarenta y seis (46) ítems dependiendo la versión, muestran diferentes comportamientos o conductas representativas del acoso laboral. A través de cada pregunta la persona encuestada debe marcar la frecuencia de ocurrencia usando una escala de cuatro (4) o seis (6) anclajes de respuesta. Esta medida permite la realización de estudios usando análisis factoriales, como podemos constatar en las investigaciones de Leymann (1990) y otros autores, en las cuales se obtuvo resultados muy parecidos. En el estudio de Zapf et al. (1996) se extrajeron seis (6) factores, que denomino como: aislamiento social, medidas organizacionales, agresiones a la vida personal, agresiones a su forma de ser, hacer correr chuchicheos o rumores y violencia física. Los cuales oscilaban desde por debajo de un .60 hasta por encima de un .80 en su consistencia interna calculada a través del α de Cronbach.

Piñuel (2003), nos dice que son fácil de predecir los resultados de las conductas descritas sobre la víctima en su vida laboral y la su salud tanto física como psicológica (nerviosismo, depresión, deserción laboral, estrés postraumático, sentir que ya no puede dar más en el trabajo o burnout, etc.). El pionero del acoso laboral, Leymann (1992), fijo en sus investigaciones estadísticas, una definición sobre este: cuando se repite al menos una vez por semana por lo menos durante seis (6) meses, una o varias de las cuarenta y cinco (45) conductas hostiles, existe mobbing.

Según Leymann (1992), para saber si es una víctima del acoso laboral, debe revisarse en las cuarenta y cinco (45) interrogantes, una serie de puntos relacionados con el mobbing:

1. Limitar o bajar la comunicación efectiva de la víctima con otros, incluyendo al acosador.
2. No permitir que el acosado interaccione socialmente.
3. Ensuciar la imagen personal o laboral del acosado.
4. Bajar mediante el descrédito la ocupabilidad y la capacidad de empleo a nivel profesional.
5. Atacar física y psicológicamente al acosado.

Este tipo de maltrato contiene:

- Una situación poco identificada.
- Una gran cantidad de comportamientos destructivos.
- Altos costos para la empresa, la sociedad y la víctima.
- Que no envuelve a una sola persona.
- Que puede tener su origen en factores sociales, económicos, culturales y organizacionales.
- Que afecta la organización y el desarrollo del trabajo, y que debe ser detenido desde el mismo momento en que es detectado.

Al LIPT ser uno de las herramientas más usadas, para la medición del acoso laboral, se han realizado varias adaptaciones, una de estas adaptaciones al castellano (González de Rivera y Rodríguez-Abuín, 2003), define cuarenta y cinco (45) actos de maltrato psicológico, en el cual señalaba a la persona estudiada si había padecido o no. A esta adaptación se le agregaron quince (15) comportamientos que se dan constantemente en España, además de cambiar las repuestas a una escala likert de cinco (5) puntos en vez de la dicotómica, denominando a su adaptación LIPT-60 (Cuestionario de Estrategias de Acoso Psicológico), obteniendo un factorial donde de los 14 extraídos, seis se asemejaron a los encontrados en el LIPT y explicaba la varianza en un 57.2%.

La NAQ (Escala de Conductas Negativas) de Einarsen y Raknes (1997), en los últimos tiempo es la que más se ha usado y validado a nivel internacional, esto en gran medida a que fue pensada con el objeto de medir el maltrato o acoso desde el punto de vista del acosado. En sus inicios estaba compuesta de 29 ítems, más tarde según fueron surgiendo diferentes

versiones, aparecieron de 22 ítems y hasta de 9 en la llamada S-NAQ realizada por Notelaers y Einarsen (2008).

Moreno, et al (2013), evaluando las agresiones y el *mobbing*, demuestran la fiabilidad más la validez de la versión japonesa del IVAPT (Inventario de agresiones y maltrato moral), comparando NAQ-R y LIPT. En sus resultados, el alpha de la escala de Cronbach fue de 0,97 entre la violencia psíquica y 0,94 para el *mobbing*. El estudio factorial exploratorio mostró que el con el factor primero extraído se explica del total de la varianza el 64,5%. La violencia psicológica y el acoso en el trabajo son más frecuentes entre los encuestados de mayor edad. La intensidad de la violencia psicológica estaba bien acorde con otras escalas de acoso laboral, es decir, LIPT y NAQ-R, y el acoso psicológico en el trabajo estaba bien acorde con el NAQ-R. Las conclusiones de la versión japonesa del IVAPT mostraron una alta consistencia interna. Mientras que el primer factor explica una gran proporción de la varianza, la IVAPT parece tener un factor de estructura única en la muestra japonesa. La validez concurrente del IVAPT fue apoyada por la comparación con las otras escalas.

El NAQ-R mantiene el inventario más ampliamente utilizado para examinar la prevalencia del *mobbing* con el 47% de las investigaciones sobre el comportamiento que han utilizado una variación de este instrumento (Nielsen et al., 2011). El NAQ también ha sido validado en varios estudios y países (Nielsen et al, 2011.). Con las propiedades psicométricas de la NAQ-R que muestran una gran estabilidad interna y excelente criterio y validez de constructo (Einarsen et al, 2009). En efecto, el uso de un instrumento bien validado proporciona la oportunidad para la comparación con muestras internacionales (Bentley et al., 2012).

La herramienta del barómetro CISNEROS (Piñuel, 2000), cuyo propósito es medir el acoso laboral no solo en las empresas, sino también para ver las consecuencias de este fenómeno, siendo en España el primer instrumento para evaluar la incidencia del *mobbing*. Esta herramienta ha sido validada por el mismo creador junto a otros investigadores a través de los años.

El HPT-R o Cuestionario de Hostigamiento Psicológico en el Trabajo-Revisado, planteado por Fornés et al. (2008), tiene como objeto medir el comportamiento de maltrato refiriéndose solamente al psicológico sin incluir el abuso físico o el sexual.

El CAPT o Cuestionario de Acoso Psicológico en el Trabajo, planteado por Moreno-Jiménez, Rodríguez-Muñoz et al. (2008), evalúa el acoso psicológico para individuos específicamente de lengua española a través de entrevistas a empleados del sector transporte de la comunidad de Madrid.

La Batería de Factores Psicosociales o BFPSL, realizado por Universidad de Valencia (2004), ayuda a las organizaciones a localizar, medir la concurrencia de riesgos psicosociales, medir su trascendencia, saber dónde está ocurriendo el hecho (departamento, unidad, etc.), medir su consecuencia en la salud de los empleados y perdida laboral, controlando los sesgos de deshabilitación social en las respuestas, tal como nos dice Meliá (2004) en su investigación.

En resumen, se han usado principalmente para dar una categoría al acosado dos métodos, no importando el instrumento usado para realizar la medición:

- 1.- El criterio Leyman o método objetivo, en donde observan la frecuencia con que se da la conducta hostil y no es necesario que el investigado se auto clasifique (O'Moore et al 2003).
- 2.- El método subjetivo, donde los investigadores dan una explicación primero del acoso laboral, para que el encuestado elija si es o no víctima, evitando con ello trabajar con personas que no son acosados y obteniendo la información de la escala analizada más fiable. (Hoel et al., 2001)

El cuestionario, como herramienta de investigación es usada como base de una serie de escalas para medir el *mobbing*, posee ventajas y desventajas que se deben tener en cuenta según los resultados esperados, pues aunque a través de él se pueden estudiar grandes poblaciones en un corto tiempo y se conserva el anonimato de los investigados, éste tiende a ser de composición un tanto cerrada o rígida, que no permite individualizar los casos o ver la forma en que han ido evolucionando o nos obstaculiza el conocer el origen del problema.

- **Entrevista**

Siguiendo al cuestionario, es la técnica más usada en el estudio sobre el acoso laboral. Se ha usado continuamente calificar la evolución del acoso laboral y las medidas para enfrentarlo que usa el acosado en distintos procesos. Autores como Zapf (1999b) y Zapf y Groos (2001), son un ejemplo de investigadores que se han valido de esta técnica usando la herramienta EVLN (exit-voice-loyalty-neglect) desarrollada por Withey y Cooper (1989), explicando el pase de los acosados de ser positivos, leales a la empresa y activos en la resolución de conflictos; a individuos negativos, destructivos, abandonados en su labor y que piensan en salir de la empresa.

La entrevista es sugerida por los investigadores (Cowie et al., 2002) como una técnica sistemática con la cual sustraer información importante del acoso laboral o *mobbing*, no sin advertir de los riesgos de distorsión de la información por parte de individuos que dejan la empresa. A diferencia del cuestionario, con la entrevista se puede ver cada caso de manera particular, analizar sus causas, experiencias y formas diferentes en que se manifiesta el *mobbing*, aunque con un costo mayor en cuanto al tiempo y a los recursos, que implica muestras más pequeñas que dan resultados difíciles transferir a una población de manera generalizada.

- **Grupos focales**

En esta técnica, el o los investigadores reúnen de ocho (8) a doce (12) personas con las cuales se analiza y elabora, desde su visión personal, una problemática social que es el objetivo del estudio. Liefoghe y Mackenzie Davie en estudios realizados tanto en 2001 como en 2003, analizaron la forma en que los empleados usaron el término *mobbing*, explicando que con esta

técnica se busca oír a aquellos que normalmente no son sujetos de la investigación y encontrar el significado del acoso laboral desde su óptica y no desde la visión de los investigadores.

Con los grupos focales su éxito dependerá de una buena selección de los participantes, a los cuales se les asegure el anonimato y la forma en que los moderadores interactúen. A diferencia de la entrevista necesita de menos tiempo, aunque es más difícil mantener el anonimato y no dejar que un participante influya demasiado en el grupo, pero se logra obtener el conocimiento de la naturaleza del acoso laboral y las variables implicadas dentro de la empresa de una forma más certera que en la entrevista individual.

- **Método Incidentes Críticos**

Creado por Flanagan (1954), este método analiza los elementos críticos y principales de fenómenos sociales puntuales. Liefoghe y Olafsson (1999), lo usaron en el estudio del acoso laboral como fenómeno cultural y social, desde un ángulo distinto a lo percibido por la víctima y el agresor, analizando como lo ven desde la vivencia de una cultura o grupo. En su estudio usando a estudiantes y personal universitario, concluyeron que el *mobbing* no tiene un único significado, sino que puede tener distintos significados, dando como ejemplo diferentes conductas organizacionales relacionadas con el control. Cowie et al. (2002), señalan que uno de sus beneficios de esta herramienta es que permite analizar el *mobbing* en diferentes niveles de la organización, pero posee la desventaja del tiempo usado para su aplicación y lo difícil que resulta categorizar los incidentes críticos metódicamente.

- **Informes diarios realizados por víctimas.**

Se les solicita a las personas que han sido identificadas como víctimas que documenten diariamente las escenas más importantes de las agresiones recibidas (cartas, mail, videos, etc.). Desde la perspectiva legal es de gran utilidad que la víctima cuente con esta evidencia, además de que permite recolectar información más detallada de la relación entre el acosador y el acosado. Con que apuntaran tres sucesos diarios relevantes para los investigadores McGhee y Miell (1998) era suficiente, mientras que Keashly y Rogers (2001), elaboraron un listado de conductas negativas y solicitaron a los encuestados que marcaran la ocurrencia de esos actos por una semana, agregándole quien les acosaba, su género y su posición en la organización. Con la información recolectada investigaban la relación del acosado con su agresor y las causas que estaban originando el fenómeno.

Cowie et al. (2002), ven como una desventaja en esta herramienta lo difícil de evidenciar a posteriori los casos que han sido descritos a diario por la víctima. Pero pese a lo anterior un beneficio de la técnica es que permite analizar las relaciones entre los actores, el tiempo y frecuencia en que se da la agresión e impide se distorsionen debido a la memoria selectiva en el procesamiento de la información.

- **Estudio de casos**

Este método es común en las ciencias de la salud y las sociales, es un análisis profundo de un caso en particular, ya sea de un individuo, un grupo o una organización. Se estudian los

diferentes ángulos del caso, valiéndose de un gran número de fuentes tanto escritas como orales. Bromley (1986), nos explica que la triangulación que se da al combinar diferentes fuentes de información, tiene como objetivo permitir entender el sujeto de estudio y en algunos casos, aplicarlo en casos similares.

La técnica ha sido aplicada en distintas investigaciones de mano de autores como: Leymann (1996), que analizó el contenido y desarrollo del acoso laboral a través del caso Eva; Groeblichhoff y Becker (1996), realizaron la evaluación de las consecuencias psicológicas y psicosomáticas en dos casos, desde la visión del diagnóstico clínico; García-Izquierdo y Sáez (2001), mostraron el problema del acoso laboral a través del “caso la soledad de Patricia”; En el caso Amandad et al., (2003) identificaron cómo la distribución y la cultura organizativa resultan ilesos detrás de la pantalla de un agresor siniestro que oculta las reales causas del acoso laboral; y Matthiesen et al. (2003), con el caso XY, encontraron una situación atípica, por que concluye bien.

A modo de resumen, a continuación, presentamos algunas investigaciones destacadas del mobbing, según bibliografía consultada:

Tabla 1. Investigaciones, objetivos, ámbitos geográficos y técnicas usadas sobre el mobbing.

Investigaciones	Objetivo	Ámbito Geográfico	Herramientas
Vandekerckhove y Ronald (2003)	Baja en el trabajo por acoso laboral	Países Bajos	Modelo Foucault
Wornham (2003)	Moral y víctima lugar de trabajo	Países Bajos	Descriptivo narrativo
Fidalgo y Piñuel (2004)	Valoración de <i>mobbing</i> con escala Cisneros	España	Barómetro escala Cisneros
Báguena et al. (2006)	Mobbing, género y Salud	España	Varias técnicas
Gómez (2006)	Factores asociados al acoso laboral	Puerto Rico	Entrevista- cualitativo
Meseguer et al. (2007a)	Diferentes consecuencias del acoso laboral	España	NAQ-RE (Sáez et al., 2003)
Meseguer et al. (2007b)	Analizar la incidencia, componentes y origen del <i>mobbing</i> en el trabajo en el sector hortofrutícola	España	NAQ-RE
Topa, Depolo y Domínguez (2007)	Acoso Laboral	España	Meta-Análisis
Baillien et al. (2008)	Desarrollo del acoso laboral	USA	Análisis cualitativo
EFE y AYZ (2010)	Acoso laboral en las enfermeras	Turquía	FocusGroup y otros
López-Cabarcos et al. (2010)	Factores psicosociales como origen del acoso laboral	España	Cuantitativo transversal
Songul Celik y Sevinc Peker (2010)	Acoso laboral en los maestros	Turquía	T-tests, ANOVA y Kruskal-Wallis tests.
Tsunoet al.(2010)	<i>Mobbing</i> , validación escala NAQ-R versión japonesa	Japón	NAQ_R versión japonesa, análisis factorial confirmatorio

Bas (2011)	Prevención del <i>mobbing</i> en el lugar de trabajo.	Turquía	AHP (Análisis jerárquico)
López-cabarcos y Vazquez-Rodriguez (2011b)	Definición de <i>mobbing</i>	España	Revisión bibliográfica
Méndez et al (2011)	Determinación de grado de <i>mobbing</i> en docentes	México	LIPT-60 en su versión modificada y adaptada al español por González de Rivera (2003)
Féliz (2012)	Análisis de la incidencia y de los factores del <i>Mobbing</i>	República Dominicana	NAQ-RE (Sáez et al., 2003)
López y Martin (2015)	Tipología del <i>Mobbing</i>	Brasil	Teoría de Bourdieu
Bel (2017)	Protocolos de acoso laboral	España	Análisis Comparativo
Muñoz et al. (2018)	Relación entre el <i>mobbing</i> y la satisfacción laboral	México	Método CISNEROS, NAQ-RE y método EMSLD

Fuente: Elaboración propia

Como se puede apreciar en el cuadro no existe una sola técnica o herramienta usada por país o por investigador. Su uso depende de la preferencia del investigador, los resultados que espera, el tipo de población, empresa y hasta entorno donde se aplique.

3. CONCLUSIONES FINALES

La literatura revisada no nos ofrece una sola herramienta para el análisis del *mobbing*, su incidencia, sus factores y la determinación del perfil de la víctima, más bien nos ofrece un abanico de ellas.

Como investigadores tenemos la tarea de en base a una serie de criterios elegir la herramienta que se adaptara mejor al tipo de investigación a realizar y de los resultados que se desean.

Algunos autores han realizado comparaciones que indican las ventajas o desventajas de su uso, además de que las primeras en aparecer siguen siendo las más adaptadas. Pero no se puede puntualizar de que una herramienta es la mejor, pues como se ha dicho eso dependerá del investigador al momento de elegirla y de las razones por la cual eligió una herramienta por encima de otra.

Bibliografía

- Adams J. (1992). El factor humano en las relaciones laborales. Manual de dirección y gestión. Editorial Pirámide.
- Aquino, K. (2000). Structural and individual determinants of workplace victimation: the effects of hierarchical status and conflict management style. *Journal of Management*, 26(2), 171-193.
- Báguena, M. J. et al (2006). *Mobbing, género y salud*. Instituto de la Mujer, Informe final 2003-2006, Universidad de Valencia, Ref. 686-2/03.

- Baillien, E., Neyens, I., de Witte, H y .Notelaers, G. (2008). From conflict escalation to workplace.
- Bas, E. (2011). An investment plan for preventing child injuries using risk priority number of failure mode and effects analysis methodology and a multi-objective, multi-dimensional mixed 0-1 knapsack model. *Reliability Engineering and System Safety*, Volume 96, Issue 7, July 2011, Pages 748-756.
- Bel Martínez, David (2017). Protocolo de Prevención e Intervención frente al Acoso Laboral. Trabajo de Final, Máster Universitario en Seguridad Y Salud En El Trabajo: Prevención De Riesgos Laborales. Universidad Politécnica Cataluña.
- Bertolotti, T. y Magnani, L. A (2013) Philosophical and evolutionary approach to cyber-bullying: social networks and the disruption of sub-moralities. *Ethics and Information Technology*, pp. 1-15.
- Björkqvist, K, Österman, K. y Hjelt-Bäck, M. (1994). Aggression among university employees. *Aggressive Behavior*, 20, 173-184.
- Boada, J.; Diego, R. y Vigil, A. (2003). Mobbing: Análisis de las propiedades psicométricas y estructura factorial de cuatro escalas (MOBB-90; MOBBCF- 21; MOBBCG-15 y MOBBCS-28). *Encuentros en Psicología social*, 1(5), Málaga, España: Aljibe, 26-31.
- Bromley, D.B. (1986). *The Case-Study Method in Psychology and Related Disciplines*. Nueva York: John Wiley.
- Camps del Saz, P., Martin, D. F. y Pérez, B. J. (1996). Hostigamiento psicológico en el trabajo: el mobbing. *Salud y Trabajo*, 118, 10-14.
- Cardoso dos santos, Meiremar (2012), Estudio comparativo sobre el hostigamiento psicológico o mobbing en personal de enfermería de Brasil y España, Tesis Doctoral, Universitat de les Illes Balears , Departament de Psicologia.
- Cowie, H, Naylor, P., Rivers, I., Smith, PK., y Pereira, B (2002) Measuring workplace bullying. *Aggression and violent behavior* 7 (1), 33-51
- Coyne, I., Seigne, E. y Randall, P. (2000). Predicting workplace victim status from personality. *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 9 (3), 335-349.
- Davenport, N., Schwart, R. D. y Elliot, G. P. (2002). *Mobbing. Emotional abuse in the american workplace*. Ames, Iowa: Civil society Publishing.
- Efe, S.Y. y Ayaz, S. (2010), Mobbing against nurses in the workplace in Turkey, *International Nursing Review* 57 (3) , pp. 328-334.
- Einarsen, S. y Raknes, B. I. (1997). Harassment at work and the victimization of men. *Violence and Victims*, 12, 247-263. Einarsen, S. y Raknes, B. I. (1991). *Bullying at work*. Research Centre for Occupational Health and Safety: University of Bergen, Norway.
- Einarsen, S. y Hauge, L. J. (2006). Antecedentes y consecuencias del acoso psicológico en el trabajo: una revisión de la literatura. *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, 22, 251-274.

- Einarsen, S. y Hoel, H. (2001). The Negative Acts Questionnaire: development, validation and revision of a measure of bullying at work. Paper presented a 10^a European Congress on Work and Organisational Psychology. Praga.
- Einarsen, S. y Skogstad, A. (1996). Bullying at work. Epidemiological findings in public and private organizations. *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 5, 185-203.
- Einarsen, S., Hoel, H., Zapf, D. y Cooper, C. (2003). The Concept of Bullying at work. The European Tradition. En: S. Einarsen, H. Hoel, D. Zapf y C. Cooper (Eds.), *Bullying and Emotional Abuse in the Workplace: International Perspectives in research and practice*. London / New York: Taylor y Francis.
- Einarsen, S., Raknes, B. I. y Mathiesen, S. M. (1994). Bullying and harassment at work and their relations to work environment quality. An exploratory study. *The European Work and Organizational Psychology*, 4, 381-401.
- Einarsen, S., Hoel, H., & Notelaers, G. (2009). Measuring Exposure to Bullying and Harassment at Work: Validity, Factor Structure and Psychometric Properties of the Negative Acts Questionnaire-Revised. *Work & Stress*, 23, 24-44. <http://dx.doi.org/10.1080/02678370902815673> Einarsen, S., Hoel, H., Zapf, D., & Cooper, C. L. (201
- Eriksen, W. B., y Einarsen, S. (2004). "Gender Minority as a Risk Factor for Exposure to Bullying at Work: The Case of Male Assistant Nurses." *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 13: 472-492.
- Escartín, J., Rodríguez-Carballeira, A. y Zapf, D. (2012). *Mobbing o acoso psicológico en el trabajo*. Editorial Síntesis: Madrid.
- Espelage, D. L., y Swearer, S. M. (2003). Research on school bullying and victimization: What we have learned and where do we go from here? *School Psychology Review*, 32, 365–383.
- Féliz F., M. (2012). *Mobbing en la República Dominicana: análisis de la incidencia y de sus factores*. Trabajo Final, Máster Universitario de Investigación en Economía de la Empresa. Universidad de La Rioja.
- Fidalgo, A. y Piñuel, I. (2004) La escala Cisneros como herramienta de valoración del mobbing, *Psicothema*, Vol. 16, nº 4, pp. 615-624
- Field, T. (1996). *Bully in sight. How to predict, resist, challenge and combat workplace bullying. Overcoming the silence and denial by which abuse thrives*. Oxfordshire: Success Unlimited.
- Flanagan, John C. (1954). The critical incident technique. *Psychological Bulletin*, Vol 51(4), Jul 1954, 327-358. doi: [10.1037/h0061470](https://doi.org/10.1037/h0061470)
- Fornés, J., Martínez-Abascal, M. A. y García de la Banda, G. (2008). Análisis factorial del cuestionario de hostigamiento psicológico en el trabajo en profesionales de enfermería. *International Journal of Clinical and Health Psychology*, 8(1), 267-283.

- Fornés, J., Martínez-Abascal, M. A., García de la Banda, G. y Reinés, J. (2004). Hostigamiento laboral en el personal de enfermería de Baleares. En: P. Mondelo, M. Mattile, W. Karwowski, y A. Hale (Eds.), *Proceedings of the 3rd Conference on Occupational Risk Prevention (CD-ROM)*. Santiago de Compostela, España
- Frizzo, M.N., Bisol, L. W y, Lara D. R. (2013) Bullying victimization is associated with dysfunctional emotional traits and affective temperaments, *Journal of Affective Disorders* 148 (2013) 48–52
- Fuertes, J. C. (2004). *Acoso laboral ¡Mobbing! Psicoterrorismo en el trabajo*. Madrid: Arán.
- García Izquierdo, Mariano, Castellón Caicedo, Mercedes, Albadalejo Monreal, Belén, García Izquierdo, Antonio L. (1993) Relaciones entre Burnout, ambigüedad de rol y satisfacción laboral en el personal de banca. *Psicología del Trabajo y Organizaciones*; Vol. 9, no. 24: 17-26
- García-Izquierdo, M., Llor, B., León, A. y Ruiz, J. (2006). Bienestar psicológico y mobbing en una muestra de profesionales de los sectores educativo y sanitario. *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, 22(3), 381-395.
- Gil-Monte, P. R., Carretero, N. y Luciano, J. V. (2006). Prevalencia del mobbing en trabajadores de centros de asistencia a personas con discapacidad. *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, 22, 275-292.
- Gómez Peralta, M. C. (2006), Manifestaciones del acoso laboral, mobbing y síntomas asociados al estrés postraumático: Estudio de caso, *psicología desde el caribe*, issn 0123-417X, N° 17.
- González de Rivera, J. L. (2000). El síndrome de acoso institucional. *Diario médico*, Julio.
- González de Rivera, J.L. y Rodríguez-Abuín, M. (2003). Cuestionario de estrategias de acoso psicológico: el LIPT-60 (Leymann Inventory of Psychological Terrorization) en versión española. *Psiquis*, 24 (2), 59-66.
- Groeblinghoff, D. y Becker, M. (1996). A case study and the clinical treatment of mobbing victims. *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 5 (2), 277-294.
- Hauge, L. J., Skogstad, A. y Einarsen, S. (2010). The relative impact of workplace bullying as a social stressor at work. *Personality and Social Sciences*, 51, 426-433.
- Hirigoyen, M. F. (1999). *El acoso moral. El maltrato psicológico en la vida cotidiana*. Barcelona: Paidós.
- Hirigoyen, M. F. (2001). *El acoso moral en el trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso*. Barcelona: Paidós. (pag. 27)
- Hoel, H. y Cooper, C. L. (2000). *Destructive conflict and bullying at work*. Unpublished report, University of Manchester, Institute of Science and Technology.
- Hoel, H. y Salin, D. (2003). Organizational antecedents of bullying. En: S. Einarsen, H. Hoel, D. Zapf, C. Cooper (Eds.), *Bullying and Emotional Abuse in the Workplace: International Perspectives in Research and Practice*, pp. 203-218. Taylor y Francis, London.

- Hoel, H., Cooper, C. L. y Faragher, B. (2001). The experience of bullying in Great Britain: The impact of organizational status. *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 10(4), 443-466.
- Hoel, H., Rayner, C. y Cooper, C. L. (1999). Workplace bullying. En C. L. Cooper y I. T. Robertson (Eds.), *International review of industrial and organizational psychology*, 14, 195-230. Chichester: Wiley.
- Hoel, H., Sheehan, M., Cooper, C. L. y Einarsen, S. (2011). Organizational effects of workplace bullying. In S. Einarsen, H. Hoel, D. Zapf y C. L. Cooper (Eds.), *Workplace bullying: Developments in theory, research and practice* (pp. 129-147). London y New York: Taylor y Francis.
- Hoel, H.; Zapf, D., Einarsen, S., y Vartia, M. (2003). Empirical findings on bullying in the workplace. En S. Einarsen, H. Hoel, D. Zapf y C. L. Cooper, (Eds), *Bullying and emotional abuse in the workplace. International perspectives in research and practice.* (pp. 103-126). London y New York: Taylor y Francis.
- Hogh, A. y Dofradottir, A. (2001). Coping with bullying in the workplace. *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 10, 485-495.
- Hogh, A., Carneiro, I., Giver, H. y Rugulies, R. (2011). Are immigrants in the nursing industry at increased risk of bullying at work? A one-year follow-up study. *Scandinavian Journal of Psychology*, 52(1), 49-56.
- Hogh, A., Hoel, H. y Carneiro, I. (2011). Bullying and employee turnover among healthcare workers: a three-wave prospective study. *Journal of Nursing Management*, 19(6), 742-751.
- Hutchinson, M., Wilkes, L., Jackson, D. y Vickers, M. (2010). Integrating individual, work group and organizational factors: testing a multidimensional model of bullying in the nursing. *Journal of Nursing Management*, 18(2), 173-181.
- Justicia, F., Benítez, J. L. y Fernández, E. (2006). Caracterización del acoso psicológico en el contexto universitario. *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, 22(3), 293-308.
- Keashly, L. y Rogers, K.A. (2001). *Aggressive behaviour and role state stressors*. Detroit, Michigan: Wayne State University.
- Lewis, S. E. (2006). Recognition of workplace bullying: a qualitative study of women targets in the public sector. *Journal of Community and Applied Social Psychology*, 7(2), 119-135.
- Leymann, H. (1990). Mobbing and psychological terror at workplaces. *Violence and victims*, 5, 119-126.
- Leymann, H. (1992). *Leymann inventory of psychological terror*. Violen: Karlskrona.
- Leymann, H. (1996). The content and development of mobbing at work. *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 5, (2), 165-184.
- Leymann, H. y Gustafsson, A. (1996). Mobbing and the development of post-traumatic stress disorders. *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 5(2), 251-276.

- Liefooghe, A. y Mackenzie, D. (2001). Accounts of workplace bullying: The role of the organization. *European Journal of work and organizational psychology*, 10 (4), 375-392.
- Liefooghe, A. P. y Olafsson, R. (1999). "Scientists" and "amateurs": mapping the bullying domain. *International Journal of Manpower*, 20, (1/2), 39-49.
- Liefooghe, A.P.D. y McKenzie Davey, K. (2003). Explaining bullying at work: Why should we listen to employee accounts? En S. Einarsen.; H. Hoel; D. Zapf y C.L. Cooper (Ed.), *Bullying and Emotional Abuse in the Workplace. International perspectives in research and practise* (pp 219-230) Lon-don: Taylor y Francis Books Ltd.
- López Cabarcos, M. A. y Vázquez Rodríguez, P. (2011a) "la ley al servicio de la víctima de mobbing", Universidad de Santiago de Compostela, Facultad de Administración y Dirección de Empresas, Departamento de Organización de Empresas y Comercialización.
- López Cabarcos, M. A. y Vázquez Rodríguez, P. (2011b) "El mobbing en las organizaciones. La ausencia de un concepto global único"
- López Cabarcos, M.A.; Vázquez Rodríguez, P. (2003). *Mobbing. Cómo prevenir, identificar y solucionar el acoso psicológico en el trabajo*. Editorial Pirámide.
- Luna, A. (2003). *Acoso psicológico en el trabajo (mobbing)*. Secretaría de Salud Laboral, Madrid: Ediciones GPS.
- Lutgen-Sandvik, P., Namie, G. y Namie, R. (2009). Workplace bullying: Causes, consequences, and corrections." En: P. Lutgen-Sandvik y B. D. Sypher (Eds.), *Destructive organizational communication: Processes, consequences, and constructive ways of organizing*. (pp. 27-52). New York: Routledge/Taylor y Francis.
- Martín, F. y Pérez J. (1998). NTP 476: El hostigamiento psicológico en el trabajo: mobbing. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo.
- Matthiesen, S. B. y Einarsen, S. (2001). MMPI-2 configurations among victims of bullying at work. *European Journal at Work and Organizational Psychology*, 10(4), 467-484.
- Matthiesen, S. B., Aasen, E., Holst, G., Wie, K. y Einarsen, S. (2003). The escalation of conflict: a case study of bullying at work. *International Journal of Management and Decision Making*,4(1), 96-112.
- McGhee, P. y Miell, D. (1998). *Everyday experience of social interaction and relationships. D317: social psychology: personal lives, social worlds*. Milton Keynes: Open Univ. Press.
- Méndez C., I. A.; Trejo K., E. Y.; Rodríguez J., F. (2011). Estudio para la determinación del grado de acoso laboral (mobbing) de los trabajadores de una institución de educación superior en el estado de guerrero. Universidad Autónoma De Guerrero. Publicado en el XV Congreso Internacional de investigación de ciencias administrativas.
- Meliá, J. L. (2006). The Best Psychosocial Correlates of Mobbing (bullying) at Work. En: P. Mondelo, M. Mattila, W. Karwowski, A. Hale (Eds.), *Proceedings of the Fourth International Conference on Occupational Risk Prevention*.

- Meseguer de Pedro et al. (2007), Incidencia, componentes y origen del mobbing en el trabajo en el sector hortofrutícola, *anales de psicología*, vol. 23, nº 1 (junio), 92-100
- Meseguer, M., Soler, M. I., García, M., Sáez, M. C., y Sánchez, J. (2007). Los factores psicosociales de riesgo en el trabajo como predictores del mobbing. *Psicothema*, 19 (2), 225-230.
- Meseguer, M., Soler, M. I., Sáez, M. C., García-Izquierdo, M. (2008). Workplace mobbing and effects on workers' Health. *The Spanish Journal of Psychology*, 11(1), 219-227.
- Mikkelsen, E. G. y Einarsen S. (2002a). Basic assumptions and symptoms of post-traumatic stress among victims of bullying at work. *European Journal at Work and Organizational Psychology*, 11(1), 87-111.
- Mikkelsen, E. G. y Einarsen, S. (2002b). Relationships between exposure to bullying at work and psychological and psychosomatic health complaints: The role of state negative affectivity and generalized self-efficacy. *Scandinavian Journal of Psychology*, 43(5), 397-405.
- Mikkelsen, E.G. y Einarsen, S. (2001). Bullying in Danish work-life: Prevalence and health correlates. *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 10, 393-413.
- Moreno, J., Rodríguez, A., Garrosa, E., y Morante, M.A. (2005). Antecedentes organizacionales del acoso psicológico en el trabajo: un estudio exploratorio. *Psicothema*, 17 (4), 627-632.
- Moreno, M.P., Aranda, C., Tsuno, K., Inoue, A. y Kawakami, N.(2013) Assessing Psychological Violence and Harassment at Work: Reliability and Validity of the Japanese Version of the Inventory of Violence and Psychological Harassment (IVAPT) Comparing NAQ-R and LIPT. *J OccupHealth*; 55: 108-119
- Moreno-Jiménez, B. y Rodríguez-Muñoz, A. (2006). Introducción al número monográfico sobre acoso psicológico en el trabajo: Una perspectiva general. *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, 22(3), 245-249.
- Moreno-Jiménez, B., Rodríguez-Carvajal, R., Velasco, L., Garrosa, E., Morante, ME. (2007). Burnout process and HIV/AIDS: main implications for health care workers. *Revista Colombiana de Psicología*, 15, 67-80.
- Muñoz Chávez, J. P.; López-Chau, A.; González Pérez, M. (2018) Estudio sobre la relación entre Mobbing y la Satisfacción Laboral en Docentes de Instituciones de Educación Superior en México. *European Scientific Journal February 2018 edition Vol.14, No.4 ISSN: 1857 – 7881 (Print) e - ISSN 1857- 7431*.
- MTAS. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. (2004). V Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo. A. Almodóvar. (Coord.). Madrid: MTAS
- Niedl, K. (1995). *Mobbing/Bullying im arbeitsplatz*. Munich: Rainer Hampp Verlag.
- Niedl, K. (1996). Mobbing and well-being: Economic and Personnel Development Implications. *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 5(2), 239-250.

- Nielsen, Notelaers, G. y Einarsen, S. (2011). Measuring Exposure to Workplace Bullying. En S. Einarsen, H. Hoel, D. Zapf y C. L. Cooper (Eds.), *Workplace bullying: Development in theory, research and practice* (pp. 149- 177). London y New York: Taylor y Francis.
- Núñez, M. R. (2002). Violencia y malestar en nuestros servicios de salud. *Diario médico*.
- O'Moore, M. (2000) Summary Report on the National Survey on Workplace Bullying in Ireland. Dublin: The Anti-Bullying Research Centre, Trinity College.
- Ott, E. (1989). Effects of the male-female ratio at work. Policewomen and male nurses. *Psychology of Women Quarterly*, 13(1), 41-57.
- Oxford, J. y Beasley, J. (1997). Preface of special issue of JCASP on bullying in adult life. *Journal of Community and Applied Social Psychology*, 7(3), 173-175.
- Paoli, P. y Merllie, D. (2001). Third European Survey on Working Conditions in the European Union (2000). European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions. Luxemburg: Office for the Official Publications of Parlamento Europeo (2002), "Acta del 20/9/2001- Acoso en el lugar de trabajo. Resolución del Parlamento Europeo sobre el acoso moral en el lugar de trabajo (2001/2339 (INI)).
- Piñuel, I. (2001). Estudio Barómetro Cisneros II. Madrid: Universidad de Alcalá de Henares.
- Piñuel, I. (2001a). *Mobbing. Cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*. Santander: Sal terrae.
- Piñuel, I. (2001b). *Mobbing. La lenta y silenciosa alternativa al despido*. AEDIPE, 17, 19-55.
- Piñuel, I. (2003). *Mobbing. Manual de autoayuda*. Madrid: Aguilar. Piñuel, I., Fidalgo, A.M.
- Quine, L. (1999). Workplace bullying in NHS community trust: Staff questionnaire survey. *British Medical Journal*, 3, 228-232.
- Quine, L. (2001). Workplace bullying in nurses. *Journal of Health Psychology*, 6(1), 73-84.
- Quine, L. (2009). Workplace bullying in junior doctors: questionnaire survey. *British Medical Journal*, 324, 878-879.
- Randall, P. (1992). Abuse at work drains people, money, and medical work-place not immune. *Journal of American Medical Association*, 267, 1439-1440.
- Rayner, C. (1997). The incidence of workplace bullying. *Journal of Community y Applied Social Psychology*, 7(3), 199-208.
- Rayner, C. y Cooper, C. L. (1997). Workplace bullying: Mit. Or reality can we afford to ignore it? *Leadership and Organizational Development Journal*, 18, 211-214.
- Salin, D. (2001). Prevalence and forms of bullying among business professionals: a comparison of two different strategies for measuring bullying. *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 10(4), 425-441..
- Salin, D. (2003a). Ways of explaining workplace bullying: A review of enabling, motivating and precipitating structures and processes in the work environment. *Human Relations*, 56(10), 1213-1232.

- Salin, D. (2003b). Bullying and organizational politics in competitive and rapidly changing work environments. *International Journal of Management and Decision Making*, 4(1), 35-46.
- Salin, D. (2006). ¿Se preocupan las organizaciones por el acoso psicológico en el trabajo? Percepciones de los trabajadores sobre las medidas organizacionales contra el acoso psicológico. *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, 22(3), 413-431.
- Sánchez Carazo, C. (2002). El acoso psicológico en el trabajo: un problema de salud laboral. *Diario médico*.
- Simons S. y Mawn, B. (2010). Bullying in the workplace – A qualitative study of newly licensed registered nurses. *American Association of Occupational Health Nurses*, 58 (7), 305-311.
- SongulCelik and SevincPeker (2010). Mobbing perceptions of high school teachers. *Procedia Social and Behavioral Sciences* 9 (2010) 1617–1623. 1877-0428 © 2010 Published by Elsevier Ltd. doi:10.1016/j.sbspro.2010.12.375
- Topa, G., Depolo, M. y Morales J. F. (2007). Acoso laboral: Meta-análisis y modelo integrador de sus antecedentes y consecuencias. *Psicothema*, 19(1), 88-94.
- Tsuno, K., Dasgupta, R., Danielson, L. y Righter, K. (2012). Flux of carbonate melt from deeply subducted pelitic sediments - geophysical and geochemical implications for the source of Central American volcanic arc. *GeophysicalResearchLetters*39, L16307. doi:<http://dx.doi.org/10.1029/2012GL052606>
- Tsuno, K., Kawakami, N., Inoue, A. y Abe, K. (2010), Measuring workplace bullying: Reliability and validity of the Japanese version of the negative acts questionnaire. *Journal of OccupationalHealth* 52 (4), pp. 216-226.
- Vandekerckhove, W. y Ronald Commers, M.S. (2003), Downward Workplace Mobbing: A Sign of the Times? *Journal of Business Ethics* 45 (1-2), pp. 41-50.
- Vartia, M. y Hyyti, J. (2002). Gender differences in workplace bullying among prison officers. *European Journal at Work and Organizational Psychology*, 11(1), 113-126.
- Vartia, M. (1993). Psychological harassment (bullying, mobbing) at work. En: K. Kauppinnen-Toropainen (Ed.), *OECD panel group on women, work and health* (pp.149–152). Helsinki: Ministry of Social Affairs and Health.
- Vartia, M. (2001). Consequences of workplace bullying with respect to the well-being of its targets and the observers of bullying. *Scandinavian Journal of Work Environment Health*, 27(1), 63-69.
- Vartia, M. y Leka, S. (2011). Interventions for the prevention and management of bullying at work. En S. Einarsen, H. Hoel, D. Zapf y C. L. Cooper (Eds.), *Workplace bullying: Development in theory, research and practice* (pp. 359- 380). London y New York: Taylor y Francis.
- Vartia, M., Kivimäki, M., Virtanen, M.; Elovainio, M., Vahtera, J., y Keltikangas-Järvinen, L. (2003). Workplace bullying and the risk of cardiovascular disease and depression. *Occupational and Environmental Medicine*, 60, 779-783.

- Velázquez, M. (2001), "La respuesta jurídico legal ante el acoso moral en el trabajo o mobbing", en Prevencion.com
- Vercesi, C. (2004). Assedio moral em uma instituicao publica de ensino superior. Comunicación presentada en el 2o Congreso Hispano Portugués de Psicología.
- Whitney, M. J., y Cooper, W. H. (1989), "Predicting Exit, Voice, Loyalty, and Neglect." *Administrative Science Quarterly*, 34, 521–539.
- Einarsen, S. y Hoel, H. (2001). The Negative Acts Questionnaire: development, validation and revision of a measure of bullying at work. Paper presented an the 10ª European Congress on Work and Organisational Psychology. Praga.
- Wornham, D. (2003). A Descriptive Investigation of Morality and Victimization at Work. *Journal of Business Ethics*, Volume 45, Issue 1-2, June 2003, Pages 29-40
- Zapf, D. y Einarsen, S. (Eds.) (2001). *Bulling in the work-place: Recent trends in research and practice (special issue)*. *European Journal of Work and Organizational Psychology*.
- Zapf, D. y Gross, C. (2001). Conflict escalation and coping with workplace bullying: A replication and extension. *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 10, 497-522.
- Zapf, D., Einarsen, S., Hoel, H. y Vartia, M. (2003). Empirical findings on bullying in the workplace. En S. Einarsen, H. Hoel, D. Zapf y C. L. Cooper, (Eds), *Bullying and emotional abuse in the workplace. International perspectives in research and practice*. (pp. 103-126). London y New York: Taylor y Francis.
- Zapf, D., Escartín, J., Einarsen, S., Hoel, H. y Vartia, M. (2011). Empirical findings on prevalence and risk groups of bullying in the workplace. En S. Einarsen, H. Hoel, D. Zapf y C. L. Cooper (Eds.), *Workplace bullying: Developments in theory, research and practice* (pp. 75- 105). London y New York: Taylor y Francis.
- Zapf, D., Knorz, C. y Kulla, M. (1996). On the relationship between mobbing factors, and job content, social work environment, and health Outcomes. *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 5 (2), 215-238.

LAS INVERSIONES DIRECTAS EXTRANJERAS EN MARRUECOS: COMPETITIVIDAD Y DINÁMICA

Younes Karrouk, Mario Arias-Oliva

Universitat Rovira i Virgili, Spain.

Resumen:

Los países en desarrollo están aumentando su atractivo de las políticas de inversión extranjera directa para enriquecer las externalidades nacionales que se ofrecen a las empresas locales, y beneficiarse de algunos efectos positivos en sus economías para el crecimiento, la tecnología, el conocimiento, etcétera.

El objetivo de este artículo es analizar el tema de la inversión extranjera directa en Marruecos en el periodo 2003-2016, centrándose en las acciones y estrategias políticas que han incrementado la competitividad de Marruecos en comparación con los países vecinos del Norte de África: Argelia, Egipto y Túnez.

Palabras clave: Países en desarrollo, competitividad de Marruecos, inversión extranjera directa, África del Norte.

Abstract:

The developing countries are stepping up their policies of attracting Foreign Direct Investment in order to enrich the national externalities offered to local businesses, and to benefit from certain positive effects on their economy in terms of growth, technology, know-how, etc.

The objective of this paper is to analyze the Foreign Direct Investment (FDI) in Morocco from 2003 to 2016, focusing on actions and political strategies that have increased Morocco's competitiveness compared to its North African neighbors: Algeria, Egypt and Tunisia.

Keywords: Developing countries, Morocco's Competitiveness, Foreign Direct Investment, North Africa

ÍNDICE

1. Introducción
2. La atracción de las IED: Marruecos en perspectiva
3. Dinámica de las IED en Marruecos
4. Conclusión

1. INTRODUCCIÓN

Las inversiones de cualquier índole favorecen el crecimiento económico y por lo tanto, suelen facilitar la creación de empleo. En muchos sentidos, la inversión extranjera directa complementa los ahorros e inversiones locales, además de ser una fuente de creación de empleo. Por otro lado, para los países emergentes y en desarrollo, la inversión extranjera directa puede tener otra ventaja, la de transferir tecnología desde los países más avanzados (Grossman y Helpman, 1991). En el mismo sentido, La IED brinda la oportunidad de transferir conocimientos técnicos a la economía local, a través de la difusión del conocimiento (Javorcik, 2004).

En una época en que la producción está fragmentada en redes internacionales, la capacidad de un país para atraer inversión extranjera directa puede aumentar sus exportaciones a través de su participación en la “cadena de valor global”. Además, gracias a la difusión del conocimiento, la dispersión de la productividad tiende a disminuir en sectores con alta penetración de empresas extranjeras (Mona, 1993).

La inversión extranjera directa también puede tener externalidades positivas al promover el desarrollo de industrias locales a través de la colaboración entre empresas (Barrios, Görg y Strobl, 2005). No es sorprendente que varios países hayan experimentado reformas en sus intentos de atraer inversión extranjera directa. Sin embargo, África aún recibe menos del 5% de los flujos mundiales de IED (UNCTAD, 2016).

Muchos factores influyen las decisiones de reubicación e inversión de las empresas multinacionales. Marruecos ha hecho un trabajo notable en atraer inversión extranjera durante la última década. Al igual que en diciembre de 2016, Marruecos fue el segundo mercado más grande de África, después de Sudáfrica, donde se destinaron más proyectos de IED.

En la siguiente sección presentaremos las principales tendencias y características de las inversiones extranjeras directas en Marruecos, el origen de los proyectos de IED, las actividades de destino y su ubicación.

2. LA ATRACCIÓN DE LAS IED: MARRUECOS EN PERSPECTIVA

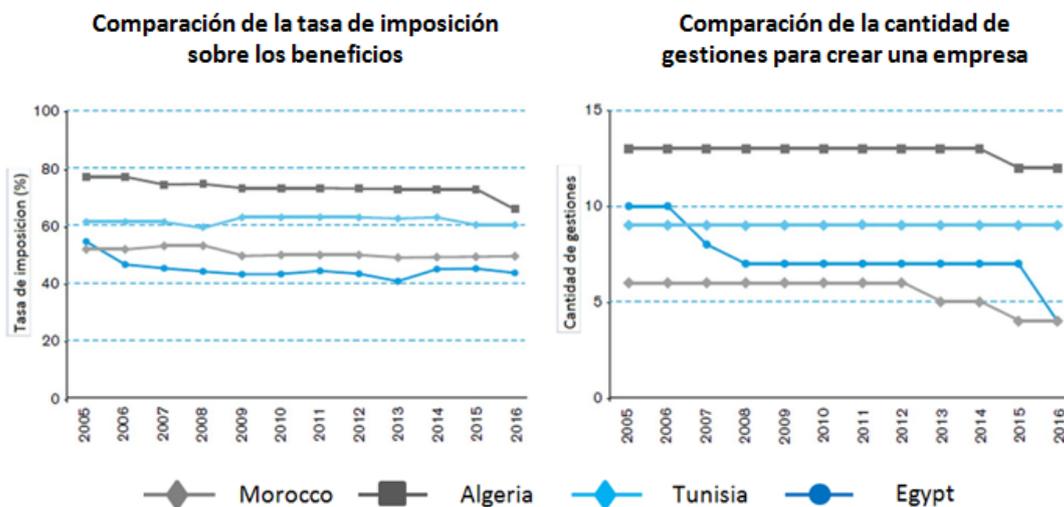
Antes de la década de los años noventa, la economía marroquí estaba extremadamente protegida y se basaba esencialmente en la industrialización por sustitución de importaciones y autosuficiencia agrícola (Currie & Harrison, 1997). Una serie de reformas económicas han sido emprendidas por el gobierno en los últimos años noventa para modernizar la economía marroquí. Una de estas reformas tuvo como objetivo, en particular, reformar el código de inversión marroquí para atraer la inversión extranjera (Banco Mundial, 1993).

Además de esta reforma, el gobierno ha llevado a cabo una privatización masiva de empresas estatales para atraer inversiones extranjeras. Por ejemplo, en 2001, el gobierno vendió el 35% de su participación en la empresa Maroc Telecom a Vivendi, una empresa francesa (Maroc Telecom, 2014).

Otra acción importante del gobierno Marroquí para atraer inversión extranjera ha sido concluir acuerdos de libre comercio (ALC) con socios comerciales clave para desarrollar el comercio y la inversión. Estos incluyen la Declaración de Agadir, firmada entre Marruecos, Egipto, Túnez y Jordania; el Acuerdo de Asociación, firmado con la Unión Europea; y un acuerdo de libre comercio con los Estados Unidos, todos los cuales serán acuerdos políticos importantes para atraer inversión extranjera a Marruecos (Goufrane, 2013).

Al mismo tiempo, el sistema fiscal de Marruecos también ha sufrido una simplificación considerable durante los años noventa. Suponiendo que los bajos impuestos sobre las ganancias puedan atraer la IED, el gobierno Marroquí ha simplificado el código tributario del país al introducir un Código tributario general. Sobre todo, podemos mencionar la adopción de la "Carta de inversiones" en 1995, que otorgó una exención de 5 años de IVA para los nuevos inversores (Conseil économique et social, 2012).

GRAFICO 1 Competitividad monetaria y no monetaria para atraer las IED

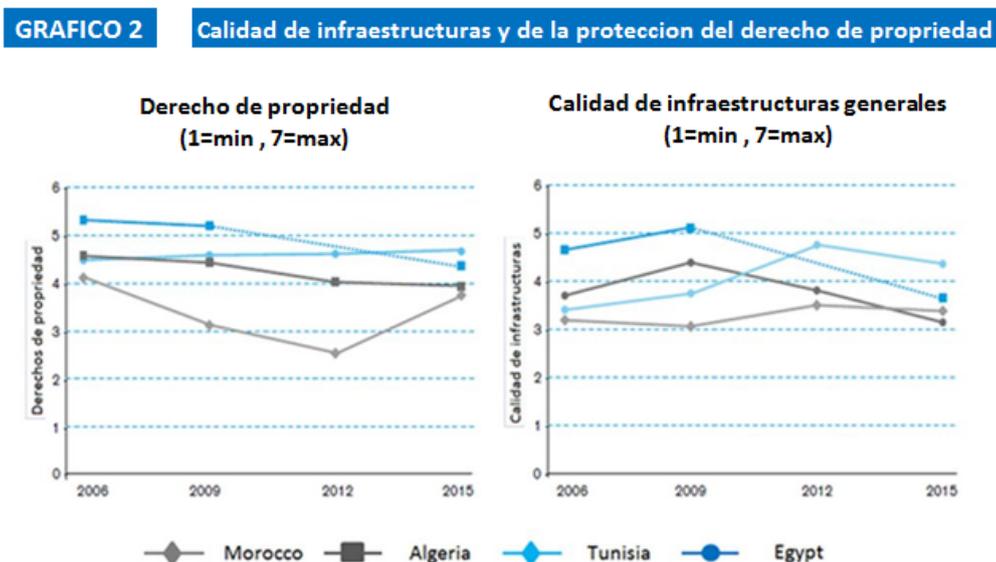


Fuente: Informe Doing Business 2017 (Banco Mundial)

Para mostrar la ventaja de Marruecos en comparación con sus vecinos en el norte de África, el gráfico 1 compara la tasa de imposición sobre las ganancias y la cantidad de gestiones necesarios para iniciar un negocio durante los años 2005 al 2016: los datos utilizados provienen del informe Doing Business del Banco Mundial (Banco Mundial, 2017).

Podemos observar en el gráfico izquierdo que Marruecos viene en segundo lugar, después de Egipto, en el tipo impositivo sobre los beneficios. El gráfico derecho muestra que Marruecos, es el país que requiere menos trámites y gestiones administrativas para los posibles inversionistas que desean crear nuevas empresas.

Basándonos en los datos del índice de competitividad mundial (publicado por el foro económico mundial), vamos a intentar comparar el rendimiento de competitividad entre Argelia, Egipto, Marruecos y Túnez (Foro Económico Mundial, 2016).



Fuente: World Competitiveness Report 2016 (World Economic Forum)

Nota: La líneas discontinuas indican los datos faltantes de Túnez entre el año 2009 y 2015

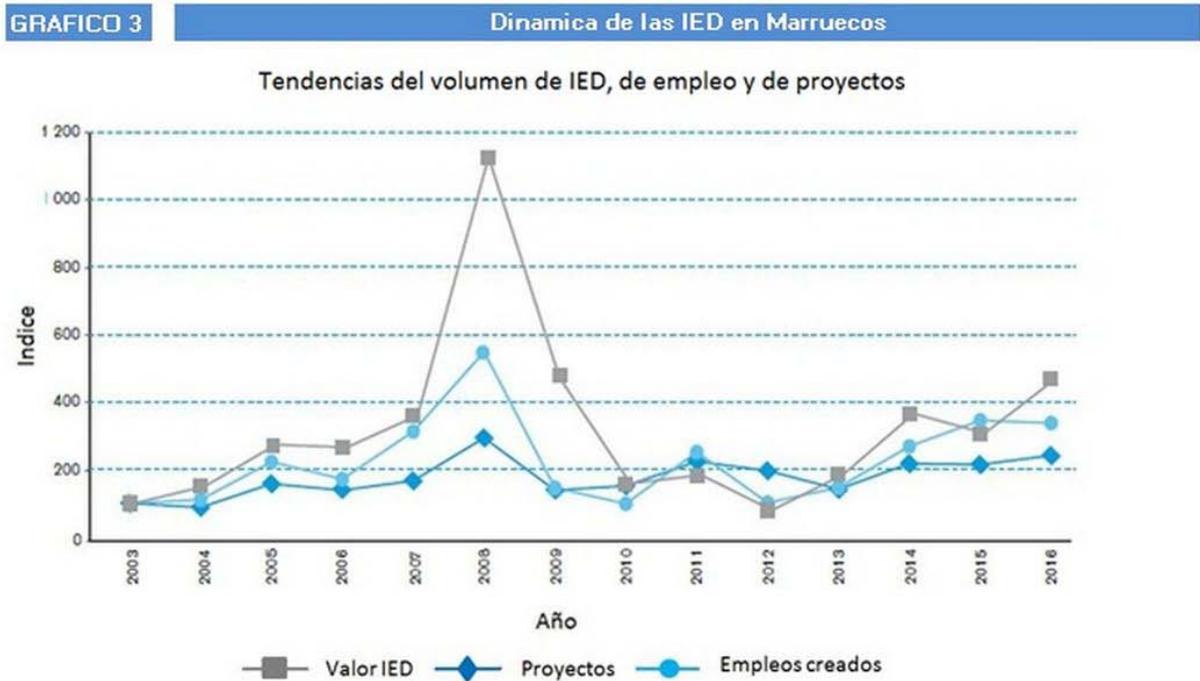
El gráfico 2 muestra que Marruecos también ha tomado medidas para mejorar el desarrollo de su infraestructura y la calidad de sus instituciones. Es especialmente en el puerto de Tánger-Med que las infraestructuras portuarias se han mejorado considerablemente gracias a las importantes inversiones que recibió dicho puerto. Sin lugar a duda, tener una infraestructura de calidad y garantizar la protección de los derechos de propiedad es susceptible de reforzar la confianza de los inversores.

Finalmente, la tabla 1 muestra que el potencial del mercado interno ocupa (después de una serie de reformas) el primer lugar en las razones de inversión en Marruecos, que son declaradas por las empresas que invierten en Marruecos. Su proximidad a los mercados

(especialmente a Europa), el contexto comercial y la disponibilidad de mano de obra calificada son, en orden, los principales factores que llevan a elegir a Marruecos como mercado de destino.

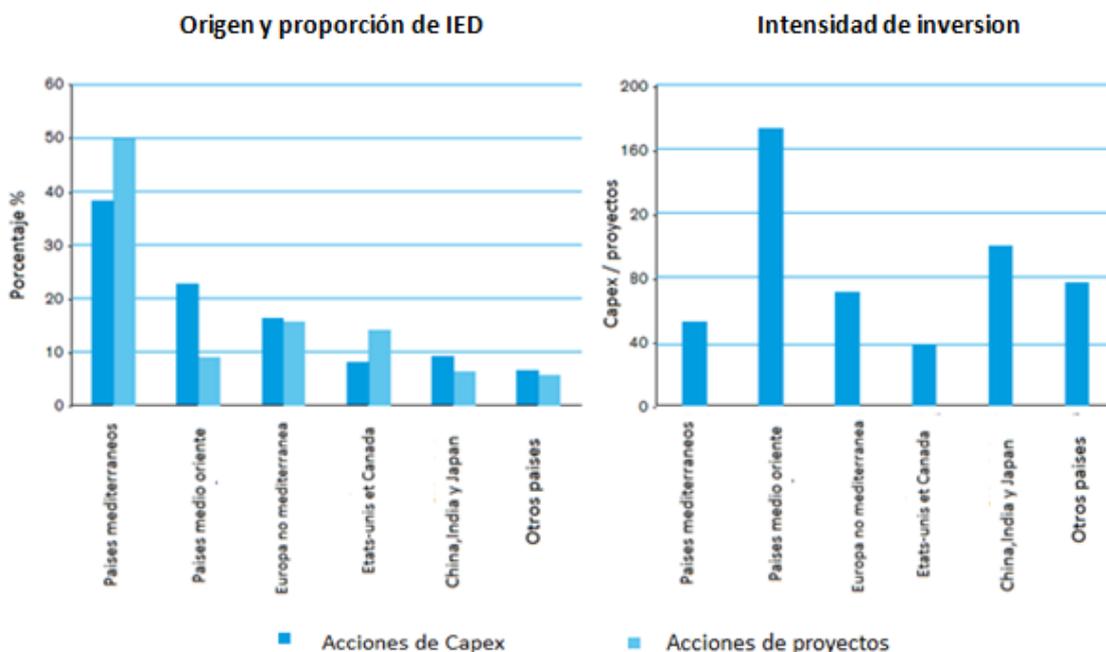
3. DINÁMICA DE LAS IED EN MARRUECOS

Marruecos registró 817 proyectos de IED entre 2003 y 2016, que representó inversiones de capital de 55,3 mil millones de euros y la creación de 231,747 empleos (Financial Times Ltd, 2017). El gráfico 3 presenta la dinámica resumida de los principales indicadores de IED: en este gráfico, el año 2003 fue elegido como el año de referencia para monitorear los cambios en los indicadores. Se puede observar que los tres indicadores registraron una tendencia al alza, casi a lo largo de todo del período, con la excepción de algunos casos que han Registrado una tendencia a la baja respecto al año 2003.



Fuente: Financial Times (2017)

Curiosamente, en medio de la crisis financiera mundial del año 2008, Marruecos registró su más alto nivel en inversión de capital en IED, con una tasa de crecimiento del 970% en comparación con el año 2003. Si comparamos el año 2008 respecto al año 2007 por el mismo período, las inversiones de capital en IED aumentaron en aproximadamente un 208%.



Fuente: FDI Markets (2016)

La estrecha relación económica entre Marruecos y sus vecinos mediterráneos se ve confirmada por la proporción de inversiones en capitales procedentes de países del mediterráneo, sino también por la proporción de proyectos de IED. Sobre un total de 55,3 millares de euros invertidos, aproximadamente 21,1 millares de euros provienen de Francia, España, Italia y Turquía, lo que representa el 38,12%.

Dentro de este grupo, Francia es el país que más contribuye a las inversiones de capital en IED con 11.54 millares de euros, o sea 54,71% del grupo de países mediterráneos y el 20,86% del importe total. Del mismo modo, sobre un total de 817 proyectos, 407 de ellos, es decir, el 49,82%, provienen de los países mediterráneos.

Los países de Oriente Medio, Emiratos Árabes Unidos, Arabia Saudita y Qatar, son los siguientes en términos de capital invertido, aunque representan solo el 8% del número total de proyectos. Como se puede ver en la segunda mitad del gráfico 4, esto se traduce en una mayor intensidad de inversión para los países del Cercano Oriente en comparación con otras regiones.

Los países europeos pero no mediterráneos - como Gran Bretaña, Irlanda, Alemania, Dinamarca y Portugal son el tercer grupo más grande que invierte en Marruecos. Los Estados Unidos y Canadá representan el 7,91% de las inversiones de capital, pero con una cartera diversificada en 115 proyectos de IED. Finalmente, China, India y Japón invirtieron en conjunto 4.9 millares de euros, lo que representa alrededor del 9% del total de la inversión de capital en IED. El número total de proyectos donde estos países asiáticos están involucrados representan el 6% del total de proyectos de IED; China es el primer inversor en este grupo de países.

En la tabla 2 se presenta la composición de la IED por actividades comerciales. Las IED en Marruecos se concentran principalmente en cinco actividades comerciales, que representan el 82,5% de todos los proyectos, mientras que el sector manufacturero representa el 28,8% de todos los proyectos, con una inversión de total de capital de 17 millares de euros generando el mayor número de puestos de trabajo.

De las cinco actividades principales, la construcción representa la inversión de capital más alta, generando el empleo promedio más alto por proyecto. Curiosamente, la electricidad, que no es uno de los cinco sectores principales, tiene la relación capital / empleo más alta para cada capital invertido.

Tabla 3 Composición de IED por región de destinación (2003-2016)						
Región de destinación	Proyectos	Empresas	Empleos creados		Inversión de capital	
			Total	Medio/proyecto	Total (m)	Medio (m)
Casablanca	310	283	50 598	163	9 381	30
Tanger-Tétouan	129	113	60 454	468	11 824	92
Rabat-Salé-Zemmour-Zaer	64	55	22 058	344	4 497	70
Marrakech-Tensift-El Haouz	37	35	14 802	400	3 841	104
Souss-Massa-Draâ	21	20	3 327	158	864	41
Gharb-Chrarda-Béni Hssen	15	12	10 091	672	954	64
Fés-Boulmane	10	9	1 692	169	542	54
Laâyoune-Boujdour-Sakia El Hamra	9	7	1 045	116	862	96
Oriental	8	7	786	98	771	96
El Jadida	6	6	676	112	1 597	266
Otras regiones de destinación	34	31	20 563	604	4 152	122
Non especificados	174	170	45 655	262	16 017	92
Total	817	748	231 747	283	55 301	68

Fuente : Fdi Markets (www.fdimarkets.com)

Fuente: FDI Markets (2016)

Como se puede constatar en la tabla 3, no solamente los sectores de destino se concentran, sino también las regiones de destino (o ciudades). Solo la región de Casablanca representa el 37,94% de todos los proyectos, es decir, el 44% de todas las empresas que realizan IED en Marruecos. La región Tánger-Tetuán es la segunda región con la tasa más alta de IED, con 129 proyectos de un total de 817. Las dos principales provincias representan el 53,73% de los proyectos de IED y, para las ciudades, Casablanca y Tánger. Representan 48.23% de todos estos proyectos, lo que indica que hay poca distribución en ambas regiones.

Finalmente, esta se comparó la relación existente entre el nivel de competitividad y el número de proyectos de IED. Una simple correlación entre el nivel de calidad de la infraestructura general y el número de proyectos de IED da un resultado de 0,87; Al mismo tiempo, la correlación entre los derechos de propiedad y los proyectos de IED da un puntaje de 0,85. Resaltar esta correlación no significa causalidad, pero el análisis confirma una correlación entre IED y competitividad.

4. CONCLUSIÓN

Este artículo analiza por un lado la competitividad de Marruecos y su capacidad para atraer inversiones. Pero también la dinámica de entrada de estas inversiones desde el año 2003 hasta el año 2016. El ascenso de Marruecos a la posición del segundo mayor receptor de IED de África es el resultado de una combinación de factores. En el grupo de países del norte de África, Marruecos ha puesto en marcha una serie de reformas económicas encaminadas a lograr una ventaja competitiva.

Importantes obstáculos monetarios y no monetarios desalientan a los posibles inversores y, por lo tanto, frenan el flujo de IED en la economía. Del mismo modo, la calidad de las infraestructuras y los derechos de propiedad privada influyen en la elección de los inversores extranjeros del país de destino.

Dados los altos niveles de inversión extranjera, la puesta en marcha de medidas necesarias para reducir las barreras y aumentar la competitividad del país es susceptible de reforzar la confianza de los inversores.

La creciente proporción de proyectos de IED en Marruecos indica que los inversores están respondiendo a la competitividad. El hecho de que la IED provenga principalmente de los países mediterráneos también destaca la importancia de las relaciones comerciales entre Marruecos y sus vecinos mediterráneos.

Además, la concentración de proyectos de IED en las regiones de Casablanca y Tánger-Tetuán recuerda la correlación entre la calidad de las infraestructuras y los proyectos de IED. Por lo tanto, debemos desarrollar la creación de infraestructuras en otras regiones del país, para reducir la asimetría que se observa en la distribución de proyectos de IED en Marruecos.

BIBLIOGRAFIA

- Banque Mondiale. The World Bank Group. 12 avril 2017 : www.doingbusiness.org/
Banque Mondiale. The Kingdom of Morocco: Developing Private Industry in Morocco. Washington DC: World Bank, 1993.
- Barrios, S., Görg, H. & Strobl, E. «Foreign direct investment, competition and industrial development in the host country». *European Economic Review*, 49 (7), p. 1761–1784, 2005.
- CNUCED. 2016. World Investment Report 2016. United Nations Conference on Trade And Development, Geneve : United Nations Publication, 2016.

- Conseil économique et social. «Le système fiscal marocain : développement économique et cohésion sociale».Auto-Saisine n°9/2012, Rabat:
<http://www.ces.ma/Documents/PDF/Rapport-Fiscalite-VF.pdf>
- Currie, J. & Harrison, A. « Sharing the Costs: The Impact of Trade Reform on Capital and Labor in Morocco ». Journal of Labor Economics, 15(S3), S44-S71, 1997.
- Financial Times Ltd. FDI Markets, 10 avril 2017 : www.fdimarkets.com/
- Ghoufrane ,A. « Les accords de libre-échange conclus par le Maroc : quelles incidences sur la compétitivité globale du Maroc ? ».Institut royal des études stratégiques ,Mars 2013:https://www.ires.ma/wp-content/uploads/2015/11/les_accords_de_libre-échange_conclus_par_le_maroc_quelles_incidence_sur_la_competitivite_globale_du_maroc.pdf
- Grossman, G. M. & Helpman, E. « Trade, Knowledge Spillovers, and Growth ». European Economic Review, 35 (2-3), p. 517-526, 1991.
- Javorcik, B. S. « Does Foreign Direct Investment Increase the Productivity of Domestic Firms? In Search of Spillovers through Backward Linkages ». The American Economic Review, 94 (3), p.605-627, 2004.
- MarocTelecom. Document de référence, Rabat: MarocTelecom, 2014:http://www.casablanca-bourse.com/Documents/IAM/fr/IAM_doc_ref_14_fr.pdf
- Mona, H. « Are there positive spillovers from direct foreign investment? : Evidence from panel data for Morocco ». Journal of Development Economics, 42 (1), p. 51-74, 1993.
- World Economic Forum. World Competitiveness Report, Geneve: World Economic Forum, 2016. <http://reports.weforum.org/global-competitivenessindex/downloads/>

ROBOTS IN BUSINESS: A REVIEW

Ala' Al-Mahameed

Universitat Rovira I Virgili, Spain

Jorge Pelegrín-Borondo

La Rioja University, Spain

Mario Arias-Oliva

Universitat Rovira i Virgili, Spain

Abstract:

Robotic technology is used extensively in different kinds of business. Actually, the deployment of these technologies into business practices is becoming a necessity, not a choice, in order to survive in the business world, and to maintain a balance in the competition with the other competitors. The main feature of the robot is its ability of gathering complex information and executing physical actions based on that information in a superior way. This ability enables the robot to replace, supplement, or even transcend human performance in various tasks. To understand how the robotic technology is perceived and implemented in the business world, the research (1) overviewed the effect of the Artificial Intelligence (AI) and machine learning on the robotic technology advancement, (2) mentioned some examples of the robotic technology in different fields and their impact and (3) discussed the acceptance of the robots, by reviewing the related literature. The research points out the importance of the Technology Acceptance Model (TAM) on the acceptance of the robotic technology in business fields. Furthermore, the research advised to draw more attention to the social factors, such as warmth and competency, beside the importance of the investigation in emotions and behavior desire of the workers, especially when they have to work side by side with robots in workplaces. Moreover, if humans perceive a robot as too close to a human being, it will fall into "uncanny valley", and in turn it will be perceived as less emotional. Another important note was related to the fear and anxiety that form such technologies. The research mentioned that AI lacks human intelligence. It is specialized in very specific types of tasks, not being able to perform many of the tasks that people can do. In terms of learning capacities, nowadays it is not possible to compare machine learning ability to the human ones. In addition to that, AI and

machine learning are seen as tools, the fear does not come by AI and machine learning themselves, it comes from how people will use them.

Keywords: Robot in business, Technology acceptance, Human-robot interaction

ÍNDICE

1. **Introducción**
2. **Artificial intelligence**
3. **Machine learning**
4. **Robot in business**
5. **Robots acceptance**
6. **Conclusion**

1. INTRODUCTION

Robots' ability for autonomous mobility and to perform a set of tasks had been captured by writers' imaginations. But recently, robots have emerged from the pages of science fiction novels into the real world (Graetz & Michaels, 2015). Different types of robots were developed, such as, industrial, mobile, educational, collaborative and service robots (Park & del Pobil, 2013).

Robot can be defined as a mechatronic device that can be programmed to do automatic procedures or can be controlled through computer based mechanical interface (Diana & Marescaux, 2015). Consequently, the main feature of a robot is its ability of gathering complex information and executing physical actions based on that information in a superior way. This ability enables the robot to replace, supplement, or even transcend human performance in various tasks (Taylor, Menciassi, Fichtinger, Fiorini, & Dario, 2016).

This advancement in technology should not be seen as a threat, it represents a great opportunity for both individuals and society to improve welfare, especially in the fields where these technologies will be applied. Additionally, the relationship between robots and humans differs in nature from the relationship between human and other machines. For instance, the industrial robot is defined as a reprogrammable and automatically controlled robot that has the ability to perform multipurpose manipulations with three or more programmable axes. It could be fixed or mobile, and used in industrial automation applications (ISO, 2012). We can find as well service robots, that are designed to live with humans and to perform different type of tasks. It could be defined as a set of mobile robots, designed to work in populated environments, such as, hospitals, offices, restaurants, universities, museums and homes. They are developed to perform different tasks like cleaning, education, learning, entertainment and care. There are some of autonomous and intelligent robots used in home assistant tasks (Bennewitz, 2004). However, educational robots are used in language learning, teaching

assistant, development of social skills and so on. They have the social ability to interact with students (Cheng, Sun, & Chen, 2018). As well, in the medical sector, the main idea of using robots is to improve patient safety and to perform surgical care remotely when needed (Haidegger, Sandor, & Benyo, 2011). But, making the entire surgical procedure or a part of it, is imagined as a potential futuristic application of the robots (Pessaux et al., 2015).

Artificial intelligence and machine learning technologies are embedded into the robotics technology. And the vast development in both of them, enables new features and improvements in the robot's development. For example, motion control, vision, grasping and understanding data patterns are some of the AI and machine learning inventions, which are implemented in robotic technology (Robotics Online Marketing Team, 2018).

This research analyzes from a theoretical perspective the use of robotic technologies in business, with emphasis in places where direct interaction of robots and humans is expected, as the case of employees or customers. In this context will be important to study social skills on the one hand, and the technical and cognitive capabilities needed to perform these tasks on the other (Devin, Milliez, Fiore, Clodic, & Alami, 2016). We will discuss firstly the development in the AI and machine learning, and how these developments improve the capabilities of the robotic technology. After that, the research will review some examples of the robot use in different business fields and how it was perceived by human. Then the research will discuss the robot's acceptance, especially when the social interaction is involved, by reviewing the related literature. And finally, the conclusion will point to some important notes related to the use and acceptance of robotic technology in business.

2. ARTIFICIAL INTELLIGENCE

The Artificial Intelligence (AI) was introduced by McCarthy (1956) in Dartmouth Conference, which is considered the year of AI birth. Since that year, different works had been established in AI development. Actually, it is studying the human intelligence behaviors (recognition, problem solving, learning, perception, language use, creativity and manipulation of symbols) to produce models that can be used in creating computer programs, which have the capability of simulating human intelligence. These programs can be used for different purposes, such as, voice recognition, shapes recognition, theorem prove, games running, language translation, composing music, medical diagnosis formation and forming expertise (Sołtysik-Piorunkiewicz, Ziuziański, & Furmankiewicz, 2014). For instance, people do not move randomly in their environments, they ordinarily follow a particular path or movement patterns based on their intentions. The ability of mobile service robot to know these patterns using the AI algorithms will make it able to keep track of people motions and improve its behavior (Bennewitz, Burgard, & Thrun, 2002). Moreover, chatbot is an artificial intelligence program, used to simulate human behavior through audio or textual conversation (Shawar & Atwell, 2007). It could be used for language learning, like computer assisted English learning chatbot (Jia, 2009), or for psychotherapy as DoctorChatbot (Weizenbaum, 1976).

3. MACHINE LEARNING

Machine learning is related to build computers that have the ability to learn from past experiences. It is a combination between different sciences, including computer science, statistics, data science and artificial intelligence. Recently, the development of machine learning is driven from the new learning algorithms, big-data and inexpensive computation systems (Jordan & Mitchell, 2015). For example, in medical sector, machine learning is flexible and powerful instrument that can be used to resolve and predict results from clinical and biological information. Its models have the power to improve the efficiency of the healthcare in different ways, such as diagnostic models, which can be used in risk stratification, and in recommending the required lab tests and appropriate therapies (Gui & Chan, 2017).

The integration between robotics technologies and machine learning produced the robotic learning, which is related to:

1. **Reinforcement learning:** it is a machine learning model presuming the world as a set of environments and agents states "S", the agent can execute a set of actions "A", roles to explain what the agent observes, and the time, which is represented by discrete steps (Smart & Kaelbling, 2002). The agent will be given a reward for each performed action as shown in Fig 1.
2. **Developmental robotics:** it is concerned in studying the development of lifelong cognitive behaviors and focus on robot autonomous mental development (AMD), such as, artificial emotions, self-organization and self-motivation (Xu, Min, & Xiao, 2014). AMD is using robot sensors and effectors to develop mental capabilities by the autonomous interaction with its environment (Weng et al., 2001).
3. **Evolutionary robotics (ER):** is the application of an artificial peer of natural Darwinian evolution, in order to develop robots artificial brains, sensors and bodies (Arvey, Paolo, Wood, Quinn, & Tuci, 2005). It implements population-based artificial evolution to improve autonomous robot controllers. The process of controller evolution contains repeating cycles of controller appropriateness evaluation and selection which are almost similar to a generation in natural evolution. For each cycle, every controller from a population of candidate controllers is set to perform a specific task, and to be involved then in evaluation period. The evaluation is based on fitness function, which is a function used to measure if the design is fulfilling its targets, and a modification is repeatedly performed based on the fitness function evaluation. Then a genetic algorithm (GA) is applied, based on the information resulted from fitness function, to select and replicate the fittest candidates to the next generation (Nelson & Grant, 2006).



Figure 1 Reinforcement Learning framework (Zhou, Zhu, Liu, Fu, & Huang, 2014, p.3)

It is important for the robot to be able to capture the companion person emotions. Realizing the emotional status from physiological cues is an efficient method of achieving potential human-robot interaction. Various machine learning methods have been successfully utilized in emotions recognition to predict the emotional status of an individual, based on a set of physiological features (Changchun Liu, Rani, & Sarkar, 2005).

4. ROBOTS IN BUSINESS

Using robots in business field may be seen as a science fiction vision for future. Nevertheless, the reality indicates a wide use of the robotic technology in different types of business across the globe. The interest in research about business robots increased as robotic technology is progressing (Choi, Song, Jeong, & Jeon, 2011).

Robot could be a simple machine, or a complex mobile and autonomous one. It can get involved in human's daily life and has a social interaction with them (Rogers, 2004). Human Robot Interaction (HRI) is emerged as a scope of research concerned in evaluating, designing and understanding of robotic systems in their interactions with people. This interaction requires a communication between a robot and a person. The communication could be remotely (human and robot are not in the same place) or proximate (both are in the same place). With these types of communication, different interaction-based classifications are used for robots. These classifications are related to social interaction, physical manipulation and mobility. For example, proximate interaction with mobility will produce robot-assistant systems. Additionally, empathy, sociability, and cognitive characteristics are associated with the social interaction. In contrast, remote interaction with mobile robots is available in supervisory and teleoperation control applications (Goodrich, 2008). In the same context, the applications of mobile robots have been growing in both outdoor and indoor environments in different sectors. Robots are used specially in risky activities and in the places where it is difficult for human to access (Sharifi, Young, Chen, Clucas, & Pretty, 2016). They are used in manufacturing, military applications, healthcare, search and rescue, security, homes, and tourism among many other activities (Shneier & Bostelman, 2015).

For instance, an interactive robot called "RHINO" was used as a museum tour-guide in Germany in 1997 by Burgard et al. (1999) to examine how robot interacted with people in public places and how people will perceived it. The importance of this experiment was related

to the transfer of robot use from closed offices to public environments, where more obstacles, constraints and crowds surrounding and affecting robot tasks. Therefore, the challenge was to implement a robot that has the ability to cope with surrounding environmental obstacles, and at the same time, to design an interface perceived ease for the users, and to include social features that attract the users in terms of human-robot interaction context. Two types of interfaces were associated with the "RHINO": onboard and web interface. In the onboard interface, the robot gives the ability for users to choose a tour and listen to an introduction from the robot. The robot then starts moving while playing a music to add some entertainment to the tour. The direction of the camera is pointed to the direction of the robot motion. For each exhibit, the robot gives a brief audio explanation about the exhibit, and then leave the choice to the user to continue in listening or to move to another exhibit. On the other side, the web interface gives the users four capabilities: control, monitoring, background information and discussion forum. Its ability to react with people by welcoming their presence through its horn sounds, and its ability to slow down its speed to excuse people to make way, were considered the most enjoyable sides of "RHINO". Two years later, a new generation of "RHINO" was developed, called "Minerva". Minerva robot was tested in Smithsonian museum in USA in 1999. RHINO and Minerva used camera images for localization, its motion planner used information acquisition during paths planning and it had the ability to learn maps. They had a face, what was very helpful to attract people attention, showing emotional states (Thrun et al., 1999).

Recently, a human-shaped robot called Prepper (Fig 2) is being used for different applications, such as welcome, guide and inform the visitors. It was used in more than 2000 companies across the world. The robot was designed by SoftBank company in Japan. It has face and basic emotions recognition abilities and it has the ability to interact with people through conversation and touch screen. The company is offering different versions of Prepper for different businesses sectors, such as retail, finance, government, education and research, healthcare and tourism applications (SoftBank, 2018). For instance, Prepper robot was used in Smithsonian Institution in Washington DC as a tour guide in the museums. It is programmed to answer commonly questions, to tell stories, to react with the visitors and to make gestures. It can translate phrases in Swahili language in the National Museum of African Art, it can guide the visitors into Rosa Parks VR experience in the National Museum of African American History and Culture and it can teach visiting students coding and software engineering in the Smithsonian's teen educational space ARTLAB+(Burton, 2018). Furthermore, Prepper becomes the first employee in Jordan by Princess Sumaya University for Technology. Its movement and language were programmed by a group of students in the university. It is offering a support in the scientific research procedures and in teaching students the needed skills to develop and manufacture Prepper itself (PSUT, 2018). Prepper was developed in 2014 for the B2B uses and then involved in the B2C applications. The developers avoided the human-like exact appearance to keep it away from falling in the uncanny valley (Mori, 1970). And they make it as a gender-neutral shape and with childlike and androgynous voice, in order to avoid the stereotyping effects. Furthermore, the safety aspect was perceived well through the design process. The robot was designed in such way that it can ensure the affordability by the needed functions, sensors and components. In fact, the developers showed more attention in the interactivity side of the robot design. They implemented different software components to provide the robot with the necessary abilities, including emotions perception and expression,

gestures expression and liveliness behaviors. These abilities will ensure a proper interaction with people. Moreover, Pepper has the ability to work 12 hours with each charge and it has different modules for various autonomous behaviors(Pandey & Gelin, 2018).

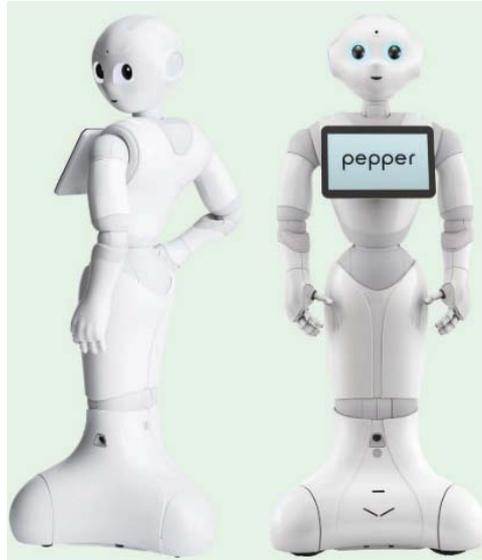


Figure 2 Pepper Humanoid Robot (Pandey & Gelin, 2018, p.41)

Moreover, in the 8th of November 2018, New China News Agency (Xinhua) revealed its first virtual news presenter wearing formal clothes and speaks like a robot. The AI news presenter was designed by Xinhua and Chinese search engine company (Sogou) to simulate human gestures, emotions and voice. The Agency pointed out the expected cutting cost by using it and its usefulness in presenting the breaking news in timely manner. They produced different AI presentation styles for different type of news, trying to avoid boredom feeling of viewers (Baraniuk, 2018). Some experts criticize the limited facial expressions, the artificial voice and the possibility to enter in the “uncanny valley”, it is considered a promising news experience, in which AI, machine learning and robotic research could improve and develop innovative products with higher performance in the close future(Vincent, 2018).

Another attempt to use robots in business application was coined by Choi et al. (2011). They developed a remote video conferencing robot (Fig 3). The robot was designed to enhance the one-to-many communication in a conference call. Robot can be controlled by a smart phone or a PC, and participants can connect their devices (PC, Smartphone or tablet) to the robot via over Wi-Fi or WCDMA. This robot needs further developments in enhancing the physical design and their functionalities, such as autonomous mobility, voice recognition and minimizing the delay associated with the network and synchronization with smart phones.



Figure 3 Video Conferencing Robot(Choi et al., 2011, p.672)

5. ROBOTS ACCEPTANCE

As a matter of fact, robot's acceptance has been studied in literature in terms of technology acceptance concept, considering the social aspects. Studying the social aspects in robot acceptance is a keystone of their future development, especially when robots will be used to work side by side with people. This importance is due to the expected mutual interaction between humans and robots in such settings (Savela, Turja, & Oksanen, 2018).

The Technology Acceptance model (TAM) developed by Davis (1985) and its extension (TAM2) developed by Venkatesh and Davis (2000), could be used in the study of the acceptance of robotic technologies by people. TAM is originally based on the Theory of Reasoned Action (TRA) of Fishbein and Ajzen (1975). TRA had the purpose of studying the acceptance of new technology within the ICT context. The model suggests that the system perceived ease of use (PEU) and perceived usefulness (PU) will impact positively the attitude toward that system, which in turn will stimulate the intention behavior and finally the actual use. In the robotic context, the PU can be defined as the expected enhancement of the activities that is associated with the use of robots. PEU can be defined as the mental and physical efforts required to interact with robots (De Graaf & Ben Allouch, 2013).

It is important for the human to perceive PEU and PU constructs positively, to ensure the acceptance of robots. But these functional aspects are not enough. There are other aspects that should be considered, such as those related with social interaction. For instance, in business fields, such as banks, hotels or hospitals, customer must feel that the offered services by robots are matching or exceeding human services, in order to get satisfied. Therefore, the robot has to show and behave in a human-like way. Furthermore, it should look like human in terms of appearance and behavior. This idea was mentioned by Mori (1970), who developed the Uncanny Valley Theory. Mori (1970) analyzed the relation between human-likeness and familiarity when dealing with robots. He claimed that, at some point (First Peak), the maximum

familiarity will be achieved when the robot become a human-like in terms of behavior and appearance. Furthermore, robot with natural motion will enhance the familiarity perception. However, the author pointed out that the feel of eeriness, which can affect in a negative way to familiarity (Uncanny Valley) as shown in Fig 3. This eeriness is a result of making human-like robot more realistic. At some point, the realism will improve human-robot interaction and will impact positively the acceptance of robots. In contrary, it will negatively affect the robot acceptance, if it goes beyond the normality, as perceived as a the human when it is not (Bartneck, Kulić, Croft, & Zoghbi, 2009; De Graaf & Ben Allouch, 2013).

In terms of the appearance, robots' could be classified into the following types (Moro, 2018):

1. **Human-Like robot:** the appearance of the robots looks like a human being (e.g. Two legs, two hands, head, face and so on).
2. **Animal-like robot:** here, the robots take an animal look with four legs, tail, etc.
3. **Machine-like:** no human or animal features are included in the appearance design of the robot, such as the industrial robots.
4. **Character-like:** the robot may be designed to look like a famous cartoon character.

It is necessary to point out that, in areas where the direct interaction between human and robot is involved, attractiveness and human-like appearance are being used to evaluate the robots, in order to be accepted or to be rejected (Destephe et al., 2015).

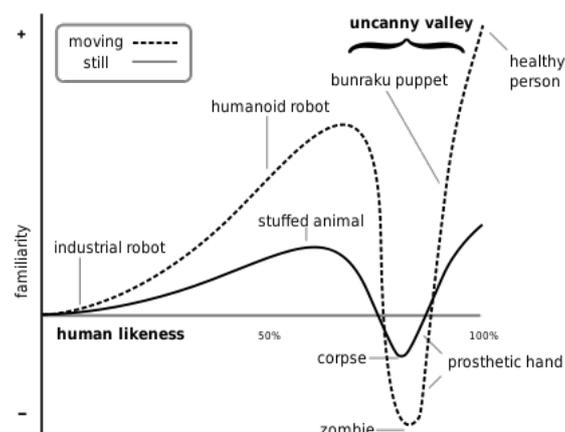


Figure 4 Uncanny Valley Theory (Mori, 1970, p.33)

Some authors in literature referred to the problem of trust when humans meet robots. They pointed out that the role of the facial expressions affects trust and behavior. Scharlemann, Eckel, Kacelnik, and Wilson (2001) investigated the relationship between facial characteristics and trust while interacting with others. Their study claimed that, the facial expressions (e.g. smile) can stimulate a trust behavior. Additionally, for the life-like agents, the trustworthiness could be achieved by enhancing the competence of the them (Van Mulken, André, & Müller, 1999). In the same context, empathy and emotions can overcome the uncanniness (Uncanny Valley) negative outcomes. Furthermore, all of these researches and developments in robotic technology are seeking on producing robots that have the ability to simulate or exceed human capabilities. These developments will threat some existed occupations that could be done in the future by robots, opening a vast number of new opportunities related to the AI, big data, automation and more within in this field (Frey & Osborne, 2017).

Although the social robots are still lacking the ability to imitate human interpersonal skills, researchers still believe with the technology development of robots and social features improvements will enhance robot ability to interact with human. But the improvements of technical features and mechanical capabilities cannot guarantee a successfully acceptance of robots (Kwon, Jung, & Knepper, 2016). Actually, placing robots in social contexts such as work environments, overrides the technical issues. Beyond the technical features, it should consider the emotional response, human expectations and motivations. However, some authors argued that these factors have been ignored while studying the acceptance of the new technologies (Bagozzi, Dholakia, & Pearo, 2007). There is a high probability that people will start to compare between human and robots in case that the robot can replace the human worker. The recent researches have pointed out that perceived warmth and perceived competence as adjustments for the social interaction between the humans (Fiske, Cuddy, & Glick, 2007), which can be applied on the interaction between humans and robots, especially when human start comparing between the robot performance and the replaced human performance, such as in frontline jobs for different applications and settings (Wirtz et al., 2018).

Nowadays, developers are designing robots to be good for specific functions. On the other hand, human is tending to apply the anthropomorphism to the human-like objects. Anthropomorphism could be defined as a social state resulted from the interaction between human and robot, which includes for instance, motivations, emotions, intentions of the human toward the robot (Epley, Waytz, Akalis, & Cacioppo, 2008). As well, the initial overestimation applied by the human toward the robot's capabilities is understood, especially when the reference is the human mental model. This is because humans trust other humans, in order to be able to carry out a set of common capabilities, such as motion and speech abilities (Kwon et al., 2016). Thus, the best way to benefit from anthropomorphism is by making a balance between human expectations and robot actual capabilities (DiSalvo, Gemperle, Forlizzi, & Kiesler, 2002). Likewise, in the social settings, human tend to expand more the social capabilities for anthropomorphic robots, and it could be possible to overcome the expected thoughts about the capabilities by employing the behavior.

6. CONCLUSION

This research discussed theoretically the use of robotic technology in different fields of business with the aim to be able to understand how such technology can be implemented and accepted in these fields. The examples mentioned through the research pointed out the different usage of robotic technologies in different business fields for different purposes, beside of their impact on these areas. In general, robotic technology is promising, and with developments in different sciences, such as AI, machine learning and mechatronics engineering is hastening the robotic development process.

The research reviewed some factors that affecting the acceptance of robotic technology. Some of these factors have a positive impact on the robotic technology acceptance, and it can be generalized, even if the purpose of the use is different, such as the functional factors as PEU and PU. But certainly, there are factors that may vary upon the nature of robots and their use. For example, it does not seem that the appearance of industrial robot is important as much as being able to perform the entrusted tasks. But other sectors and activities, such as in the

banking sector, the customer cares about the general appearance and the way of cooperation, being important for the acceptance factors as the interactivity human-robot. Furthermore, it is also difficult to generalize on certain specifications of the robots in any of their potential applications areas. For example, in business sector, the specifications of the robot will differ depending on the purpose of its use, and therefore the factors influencing its acceptance will vary. This could be perceived as normal, because even humans will not be able to perform all type of tasks. Each field and function have people who possess specific capabilities, skills and expertise to accomplish these functions. Hence, each case must be studied separately, according to the specificities of the field and the context in which the robot will be employed. For instance, to be able to use the robot in business, used as a frontline employee, social cognition factors (warmth and competency) and the psychological ownership factors (attractiveness, receptiveness and manipulability) have a significant impact on customers satisfaction. As customer perceive the frontline robot as too close to a human-being, it will fall into “uncanny valley”, and it could turn their perception as less warm (van Doorn et al., 2017). Also, it is important to investigate the anticipated emotions and behavior desire for the workers when they have to work side by side with robots in work places (Piçarra & Giger, 2018).

In general, these differences open up many research questions in social sciences area, being critical to integrate all those factors in the study of robot acceptance. These studies will give the directions to the developers about what are the key aspects that people find important, in order to accept the existence, coexistence and the use of such technologies. To contribute to a more comprehensive understanding of the factors that play a major role in accepting robotics technology, a deeper analysis should be promoted about the efficient and meaningful relationships among human and robot. Long-term exploratory studies should be adopted (De Graaf, Allouch, & Klamer, 2015).

On the other side, there are growing fears by human beings regarding to the robot's access into human jobs and its expected control over the “human world”, which will lead to the end of the humans as we know, at least as in people imaginations. First of all, by pointing out to the main reason behind the development of this technology, which was to improve the level of services provided to human beings in various fields of business. On other words, robots are created for serving people, not for replacing them. Secondly, the feel of fear and anxiety that robots may replace humans in some jobs could be understood, and it is somehow a fact. But recent studies suggest that the use of such technology will open the door to millions of new jobs that must be filled to guarantee the success of the technology deployment. Between 2010 and 2015, US industry employed 135,500 new industrial robot, and for the same period, the number of human vacancies increased by 230,000, which indicates a positive impact associated with the robotic technology utilization in business world (Acemoglu & Restrepo, 2017). Finally, the research has shown the importance of artificial intelligence and machine learning in developing algorithms and programs capable to improve robots performance, in a way that makes them able to simulate human behavior in various tasks and jobs. However, AI is still lacking the human intelligence. It is specialized in specific type of tasks and cannot perform the huge number of tasks that human can perform. And even for learning, it is not possible to compare machine learning ability to the human one, at least currently and in the close future. In addition to that, AI and machine learning are still tools, the fear is not

coming from robots by themselves, they fear comes from how humans will use them (Vasilaki, 2018).

Society need to make redouble efforts in the education and the awareness of the new generations about the future trend in the technologies and the associated job opportunities. In the future we will need different skills and abilities to be able to survive. For instance, sectors requiring empathy, social intelligence and creativity are expected to have a high demand in future (Acemoglu & Restrepo, 2017). Moreover, the business sector leaders have to keep watching the new advancements of robotic technology, because the deployment of these technologies into businesses is becoming a necessity, not a choice, in order to survive in the business world.

7. REFERENCES

- Acemoglu, D., & Restrepo, P. (2017). *Robots and Jobs: Evidence from US Labor Markets*. Nber Working Paper No. w23285. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2940245>
- Arvey, I., Paolo, E. Di, Wood, R., Quinn, M., & Tuci, E. (2005). Evolutionary Robotics: A new scientific tool for studying cognition. *Artificial Life*, 11(1–2), 79–98.
- Bagozzi, R. P., Dholakia, U. M., & Pearo, L. R. K. (2007). Antecedents and consequences of online social interactions. *Media Psychology*, 9(1), 77–114.
- Baraniuk, C. (2018). China's Xinhua agency unveils AI news presenter - BBC News. Retrieved November 9, 2018, from <https://www.bbc.com/news/technology-46136504>
- Bartneck, C., Kulić, D., Croft, E., & Zoghbi, S. (2009). Measurement instruments for the anthropomorphism, animacy, likeability, perceived intelligence, and perceived safety of robots. *International Journal of Social Robotics*, 1(1), 71–81. <https://doi.org/10.1007/s12369-008-0001-3>
- Bennewitz, M. (2004). *Mobile robot navigation in dynamic environments using omnidirectional stereo*. Albert Ludwigs University of Freiburg. <https://doi.org/10.1109/ROBOT.2003.1241706>
- Bennewitz, M., Burgard, W., & Thrun, S. (2002). Learning motion patterns of persons for mobile service robots. In *Proceedings - IEEE International Conference on Robotics and Automation* (Vol. 4, pp. 3601–3606). <https://doi.org/10.1109/ROBOT.2002.1014268>
- Burgard, W., Cremers, A. B., Fox, D., Hähnel, D., Lakemeyer, G., Schulz, D., ... Thrun, S. (1999). Experiences with an interactive museum tour-guide robot Wolfram. *Artificial Intelligence*, 114(1–2), 3–55. [https://doi.org/https://doi.org/10.1016/S0004-3702\(99\)00070-3](https://doi.org/https://doi.org/10.1016/S0004-3702(99)00070-3)
- Burton, B. (2018). Smithsonian's new tour guide isn't human - CNET. Retrieved November 8, 2018, from <https://www.cnet.com/news/smithsonian-museum-new-tour-guide-is-a-pepper-robot-from-softbank/>
- Changchun Liu, Rani, P., & Sarker, N. (2005). An empirical study of machine learning techniques for affect recognition in human-robot interaction. In *2005 IEEE/RSJ International Conference on Intelligent Robots and Systems* (pp. 2662–2667). <https://doi.org/10.1109/IROS.2005.1545344>

- Cheng, Y. W., Sun, P. C., & Chen, N. S. (2018). The essential applications of educational robot: Requirement analysis from the perspectives of experts, researchers and instructors. *Computers and Education*, *126*(July), 399–416. <https://doi.org/10.1016/j.compedu.2018.07.020>
- Choi, D., Song, T., Jeong, S., & Jeon, J. W. (2011). Design the Video Conferencing Robot for One-to-Many Communication using Smartphone. In *11th International Conference on Control, Automation and Systems (ICCAS)* (pp. 671–675). Gyeonggi-do, Korea Design: ICROS.
- Davis, F. D. (1985). *A technology acceptance model for empirically testing new end-user information systems: Theory and results. Doctoral dissertation*. Massachusetts Institute of Technology.
- De Graaf, M. M. A., Allouch, S. Ben, & Klamer, T. (2015). Sharing a life with Harvey: Exploring the acceptance of and relationship-building with a social robot. *Computers in Human Behavior*, *43*, 1–14. <https://doi.org/10.1016/j.chb.2014.10.030>
- De Graaf, M. M. A., & Ben Allouch, S. (2013). Exploring influencing variables for the acceptance of social robots. *Robotics and Autonomous Systems*, *61*(12), 1476–1486. <https://doi.org/10.1016/j.robot.2013.07.007>
- Destephe, M., Brandao, M., Kishi, T., Zecca, M., Hashimoto, K., & Takanishi, A. (2015). Walking in the uncanny valley: Importance of the attractiveness on the acceptance of a robot as a working partner. *Frontiers in Psychology*, *6*(204), 1–11. <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2015.00204>
- Devin, S., Milliez, G., Fiore, M., Clodic, A., & Alami, R. (2016). Some essential skills and their combination in an architecture for a cognitive and interactive robot. In *2nd Workshop on Cognitive Architectures for Social Human-Robot Interaction 2016* (pp. 1–5). Christchurch: IEEE. Retrieved from <http://arxiv.org/abs/1603.00583>
- Diana, M., & Marescaux, J. (2015). Robotic surgery. *British Journal of Surgery*, *102*(2), e15–e28. <https://doi.org/10.1002/bjs.9711>
- DiSalvo, C. F., Gemperle, F., Forlizzi, J., & Kiesler, S. (2002). All robots are not created equal. In *Proceedings of the conference on Designing interactive systems processes, practices, methods, and techniques - DIS '02* (p. 321). <https://doi.org/10.1145/778712.778756>
- Epley, N., Waytz, A., Akalis, S., & Cacioppo, J. T. (2008). When We Need A Human: Motivational Determinants of Anthropomorphism. *Social Cognition*, *26*(2), 143–155. <https://doi.org/10.1521/soco.2008.26.2.143>
- Fishbein, M., & Ajzen, I. (1975). *Belief, attitude, intention and behavior: An introduction to theory and research*. Reading, MA: Addison-Wesley.
- Fiske, S. T., Cuddy, A. J. C., & Glick, P. (2007). Universal dimensions of social cognition: warmth and competence. *Trends in Cognitive Sciences*, *11*(2), 77–83. <https://doi.org/10.1016/j.tics.2006.11.005>
- Frey, C. B., & Osborne, M. A. (2017). The future of employment: How susceptible are jobs to computerisation? *Technological Forecasting and Social Change*, *114*, 254–280.

- <https://doi.org/10.1016/j.techfore.2016.08.019>
- Goodrich, M. A. (2008). Human–robot interaction: a survey. *Foundations and Trends® in Human–Computer Interaction*, 1(3), 203–275. <https://doi.org/10.1561/1100000005>
- Graetz, G., & Michaels, G. (2015). *Robots at Work*. (CEPR Discussion Paper No. DP10477). Retrieved from <https://ssrn.com/abstract=2575781>
- Gui, C., & Chan, V. (2017). Machine Learning in Medicine, 86(2), 76–78. <https://doi.org/10.5206/uwomj.v86i2.2060>
- Haidegger, T., Sandor, J., & Benyo, Z. (2011). Surgery in space: The future of robotic telesurgery. *Surgical Endoscopy*, 25(3), 681–690. <https://doi.org/10.1007/s00464-010-1243-3>
- ISO. ISO 8372:2012 - Robots and robotic devices — Vocabulary, 8373 § (2012). Retrieved from <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:8373:ed-2:v1:en>
- Jia, J. (2009). CSIEC: A computer assisted English learning chatbot based on textual knowledge and reasoning. *Knowledge-Based Systems*, 22(4), 249–255. <https://doi.org/10.1016/j.knosys.2008.09.001>
- Jordan, M. I., & Mitchell, T. M. (2015). Machine learning: Trends, perspectives, and prospects. *Science (New York, N.Y.)*, 349(6245), 255–260. <https://doi.org/10.1126/science.aaa8415>
- Kwon, M., Jung, M. F., & Knepper, R. A. (2016). Human expectations of social robots. In *International Conference on Human-Robot Interaction* (pp. 463–464). IEEE. <https://doi.org/10.1109/HRI.2016.7451807>
- McCarthy, J. (1956). Programs with common sense. In *Dartmouth Conference* (pp. 75–91). New Hampshire.
- Mori, M. (1970). The Uncanny Valley. *Energy*, 7(4), 33–35.
- Moro, C. (2018). *Learning Socially Assistive Robot Behaviors for Personalized Human-Robot Interaction* by. University of Toronto.
- Nelson, A. L., & Grant, E. (2006). Using Direct Competition to Select for Competent Controllers in Evolutionary Robotics. *Robotics and Autonomous Systems*, 54(10), 840–857. <https://doi.org/10.1016/j.robot.2006.04.010>
- Pandey, A. K., & Gelin, R. (2018). A Mass-Produced Sociable Humanoid Robot: Pepper: the First Machine of Its Kind. In *IEEE Robotics and Automation Magazine* (Vol. 25, pp. 40–48). IEEE. <https://doi.org/10.1109/MRA.2018.2833157>
- Park, E., & del Pobil, A. P. (2013). Users' attitudes toward service robots in South Korea. *Industrial Robot: An International Journal*, 40(1), 77–87. <https://doi.org/10.1108/01439911311294273>
- Pessaux, P., Diana, M., Soler, L., Piardi, T., Mutter, D., & Marescaux, J. (2015). Towards cybernetic surgery: robotic and augmented reality-assisted liver segmentectomy. *Langenbeck's Archives of Surgery*, 400(3), 381–385. <https://doi.org/10.1007/s00423-014-1256-9>
- Piçarra, N., & Giger, J. (2018). Computers in Human Behavior Predicting intention to work with

- social robots at anticipation stage : Assessing the role of behavioral desire and anticipated emotions *. *Computers in Human Behavior*, 86, 129–146.
<https://doi.org/10.1016/j.chb.2018.04.026>
- PSUT. (2018). Jordan's first robot becomes an employee at PSUT | PSUT. Retrieved November 8, 2018, from <http://www.psut.edu.jo/ar/node/1864>
- Robotics Online Marketing Team. (2018). Applying Artificial Intelligence and Machine Learning in Robotics | Robotics Blog. Retrieved August 31, 2018, from <https://www.robotics.org/blog-article.cfm/Applying-Artificial-Intelligence-and-Machine-Learning-in-Robotics/103>
- Rogers, E. (2004). HUMAN-ROBOT INTERACTION. *Berkshire Encyclopedia of Human-Computer Interaction*, 328–332.
- Savela, N., Turja, T., & Oksanen, A. (2018). Social Acceptance of Robots in Different Occupational Fields: A Systematic Literature Review. *International Journal of Social Robotics*, 10(4), 493–502. <https://doi.org/10.1007/s12369-017-0452-5>
- Scharlemann, J. P. W., Eckel, C. C., Kacelnik, A., & Wilson, R. K. (2001). Chemical and textural surface features of pyroclasts from hydrovolcanic eruption sequences. *Journal of Economic Psychology*, 22, 617–640. [https://doi.org/10.1016/S0167-4870\(01\)00059-9](https://doi.org/10.1016/S0167-4870(01)00059-9)
- Sharifi, M., Young, M. S., Chen, X., Clucas, D., & Pretty, C. (2016). Mechatronic design and development of a non-holonomic omnidirectional mobile robot for automation of primary production. *Cogent Engineering*, 3(1).
<https://doi.org/10.1080/23311916.2016.1250431>
- Shawar, B. A., & Atwell, E. (2007). Different measurements metrics to evaluate a chatbot system. In *Proceedings of the Workshop on Bridging the Gap: Academic and Industrial Research in Dialog Technologies* (pp. 89–96). Rochester, NY.
<https://doi.org/http://dx.doi.org/10.3115/1556328.1556341>
- Shneier, M., & Bostelman, R. (2015). Literature Review of Mobile Robots for Manufacturing Literature Review of Mobile Robots for Manufacturing.
- Smart, W. D., & Kaelbling, L. P. (2002). Effective Reinforcement Learning for Mobile Robots. In *IEEE Int'l Conf. on Robotics and Automation* (pp. 3404–3410). Washington, DC, USA: IEEE.
<https://doi.org/10.1109/ROBOT.2002.1014237>
- SoftBank. (2018). NAO the humanoid robot | SoftBank Robotics. Retrieved November 8, 2018, from <https://www.softbankrobotics.com/emea/en/nao>
- Sołtysik-Piorunkiewicz, A., Ziuziański, P., & Furmankiewicz, M. (2014). Artificial intelligence systems for knowledge management in e-health: The study of intelligent software agents. *Latest Trends on Systems*, 2(January 2015), 552–556.
- Taylor, R. H., Menciassi, A., Fichtinger, G., Fiorini, P., & Dario, P. (2016). Medical Robotics and Computer-Integrated Surgery. In B. Siciliano & O. Khatib (Eds.), *Springer Handbook of Robotics* (2nd ed., pp. 1657–1683). Stanford, USA: Springer, Cham.
- Thrun, S., Bennewitz, M., Burgard, W., Cremers, A. B., Dellaert, F., Fox, D., ... Schulz, D. (1999). MINERVA: A Second-Generation Museum Tour-Guide Robot. In *IEEE International*

- Conference on Robotics and Automation* (pp. 1–7). Detroit, MI, USA: IEEE.
<https://doi.org/10.1109/ROBOT.1999.770401>
- van Doorn, J., Mende, M., Noble, S. M., Hulland, J., Ostrom, A. L., Grewal, D., & Petersen, J. A. (2017). Domo Arigato Mr. Roboto: Emergence of Automated Social Presence in Organizational Frontlines and Customers' Service Experiences. *Journal of Service Research*, 20(1), 43–58. <https://doi.org/10.1177/1094670516679272>
- Van Mulken, S., André, E., & Müller, J. (1999). An empirical study on the trustworthiness of life-like interface agents. In *The 8th International Conference on Human-Computer Interaction* (Vol. 2, pp. 152–156). Munich, Germany: DBLP.
- Vasilaki, E. (2018). Worried about AI taking over the world? You may be making some rather unscientific assumptions. Retrieved November 10, 2018, from <https://theconversation.com/worried-about-ai-taking-over-the-world-you-may-be-making-some-rather-unscientific-assumptions-103561>
- Venkatesh, V., & Davis, F. D. (2000). A theoretical extension of the Technology Acceptance Model: Four longitudinal field studies. *Management Science*, 46(2), 186–204. <https://doi.org/10.1287/mnsc.46.2.186.11926>
- Vincent, J. (2018). China's state-run press agency has created an 'AI anchor' to read the news - The Verge. Retrieved November 9, 2018, from <https://www.theverge.com/2018/11/8/18074806/ai-news-anchor-china-xinhua-digital-composite>
- Weizenbaum, J. (1976). *Computer power and human reason: From judgment to calculation*. Oxford, England: W. H. Freeman & Co.
- Weng, J., McClelland, J., Pentland, A., Sporns, O., Stockman, I., Sur, M., & Thelen, E. (2001). Autonomous mental development by robots and animals. *Science*, 291(5504), 599–600.
- Wirtz, J., Patterson, P. G., Kunz, W. H., Gruber, T., Nhat Lu, V., Paluch, S., & Martins, A. (2018). Brave New World: Service Robots in the Frontline. *Journal of Service Management*, 29(5), 1–46.
- Xu, B., Min, H., & Xiao, F. (2014). A brief overview of evolutionary developmental robotics. *Industrial Robot*, 41(6), 527–533. <https://doi.org/10.1108/IR-04-2014-0324>
- Zhou, X., Zhu, F., Liu, Q., Fu, Y., & Huang, W. (2014). A Sarsa(lambda)-based control model for real-time traffic light coordination. *The ScientificWorldJournal*, 2014, 1–7. <https://doi.org/10.1155/2014/759097>

FALACIAS PERSISTENTES SOBRE COMO AFRONTAR EL DESEMPLEO. CIEN AÑOS DESDE 1919 Y SE SIGUE CREYENDO EN REMEDIOS INADECUADOS

Ignacio Arellano Salafranca

Doctorando en la Escuela Internacional de Doctorado, URJC, Spain

Resumen:

El desempleo ha sido una lacra continuada en la historia, pero desde el fin de la primera guerra mundial el mismo no ha dejado de estar presente como "*leitmotiv*" en la boca de los economistas y en sus teorías para explicarlo y atajarlo. Este trabajo trata de ir en contra de la idea tan extendida de que el éxito de la eliminación del paro masivo en los años posteriores a la segunda guerra mundial tuvo mucho que ver con el éxito de las medidas keynesianas. Por ello, en el trabajo se pone de manifiesto que las reformas "en liberal" han permitido a lo largo de la historia el lograr menores cotas de desempleo y mayores tasas de crecimiento sostenible y se establece una ligazón del desempleo con sus causas: las distorsiones de los "fenómenos monetarios" practicadas por un sistema crediticio que hace aparecer un "sustituto del dinero" sin necesidad de una contrapartida de generación previa o paralela de riqueza. Todo ello explicado junto con la existencia e intervención de un Banco Central que aporta un verdadero "riesgo moral" para todas las entidades crediticias así como por la injerencia de los gobiernos que no permiten la libre fijación de los precios en el mercado de trabajo.

Abstract:

Unemployment has been a continuous scourge in history, but since the end of the First World War it has not stopped being present as a "leitmotif" in the mouth of economists and in their theories to explain and tackle it. This paper is looking to go against the widespread idea that the success of the elimination of mass unemployment in the years following the Second World War had a lot to do with the success of the Keynesian measures. But the reforms "in libertarian" have allowed throughout history to achieve lower levels of unemployment and higher rates of sustainable growth. In this paper there are a link between unemployment and its causes: the distortions of "monetary phenomena" practiced by a system credit that makes a "substitute for money" appear without the need for a counterpart of a prior generation or parallel of wealth, with the existence and intervention of a Central Bank who provides a real

"moral hazard" for all credit institutions and with the interference of governments that do not allow the free setting of prices in the labor market.

Índice:

- 1-. **Presentación del trabajo**
- 2-. **Las falacias que permanecen sobre el tema del empleo y el paro desde hace cien años**
- 3-. **El paro masivo posterior a la primera guerra mundial, sus causas y como desde allí se originó nuestro paro actual congénito y recurrente**
- 4-. **Un posible remedio que no se quiso tener en cuenta. Las propuestas de Jacques Rueff**
- 5-. **La generación de las falacias sobre el paro. El pensamiento keynesiano**
- 6-. **Conclusiones**
- 7-. **Bibliografía**

1. PRESENTACIÓN DEL TRABAJO.

El desempleo ha sido una lacra continuada en la historia, pero desde el fin de la primera guerra mundial el mismo no ha dejado de estar presente como "*leitmotiv*" en la boca de los economistas y en sus teorías para explicarlo y atajarlo. Desde esa fecha, el tema no ha desaparecido nunca de los medios de comunicación y es raro que no esté entre las primeras preocupaciones de la opinión pública que periódicamente se difunden.

A pesar de su "infantilismo económico", las políticas de incentivar el gasto e incrementar el consumo, para que así "el dinero corra" y se cree empleo, calan mucho en la opinión pública siempre más propensa a creer en lo que le parece de "sentido común..." Dicho esto, cuando en economía ese "entendimiento común" supone las más de las veces dar por bueno "*lo que se ve*" y no parar mientes al mismo tiempo en lo que "*se deja de ver...*" Es decir, en las consecuencias no deseadas de muchas de esas políticas "aparentemente tan sensatas"... En efecto, el desempleo continúa siendo hoy un grave problema para la sociedad y las medidas que se proponen para combatirlo son, las más de las veces, demagógicas. Cuesta creer que alguien pueda ofrecerlas, pero ese es el caso en boca de economistas y políticos de uno u otro signo y en diferentes países. Las ideas populistas, hoy tan en boga, no han hecho sino acrecentar esa profusión de oferta de remedios falaces. Así, por ejemplo, las declaraciones a medios de comunicación de políticos de esas tendencias⁴⁵¹ indican como el subir el importe de las pensiones o ligar su crecimiento al IPC es imprescindible, pues..., *en caso contrario..., subiría el paro... ¡por el menor consumo de este colectivo! ... ¡?!*

Este trabajo busca especialmente poner de manifiesto lo contrario y trata de ir en contra de la idea tan extendida de que el éxito de la eliminación del paro masivo en los años posteriores a la segunda guerra mundial tuvo mucho que ver con el éxito de las medidas keynesianas, ya que en el mismo se muestra que la economía creció al "liberar" las fuerzas económicas del

⁴⁵¹Véase: España, 12 de junio de 2018, diario "on line": "El Confidencial"

lastre de la planificación y del dirigismo de la guerra y en especial al eliminar el proteccionismo y dejar campo libre al comercio internacional. No es que estas “liberalizaciones” fueron tan masivas. De hecho, Gran Bretaña y Francia continuaron al acabar la contienda con unas políticas ampliamente “dirigistas” y en esos dos países se aplicó una versión del postkeynesianismo bastante ortodoxa. Pero a Francia, el desastre al final de los años cincuenta: paro, miseria, inflación y colapso de la divisa, le hizo mirarse en el espejo de la Alemania del ordoliberalismo de Wilhelm Röpke, materializada en las actuaciones políticas de Ludwig Erhard y aplicar el plan Rueff y no las ideas keynesianas para encontrar el camino del éxito económico y del empleo.

Siguiendo esa dirección, en el trabajo se pone de manifiesto que las reformas “en liberal” han permitido a lo largo de la historia el lograr menores cotas de desempleo y mayores tasas de crecimiento sostenible. Para ello se establece una ligazón del desempleo con sus causas: las distorsiones de los “fenómenos monetarios” practicadas por un sistema crediticio que hace aparecer un “sustituto del dinero” sin necesidad de una contrapartida de generación previa o paralela de riqueza. Con la existencia e intervención de un Banco Central, además, que aporta un verdadero “riesgo moral” para todas las entidades crediticias en esa labor, así como por la injerencia del gobierno al no permitir la libre fijación de los precios en el mercado de trabajo.

Se reconoce que en esta temática del mercado de trabajo el juicio moral está siempre presente (por la implicación del ser humano en la relación de contratación) y también se indica que el mercado de trabajo tiene todas las características para ser el menos perfecto de todos los mercados. Pero a la vista de la experiencia histórica, junto con el análisis que se hace de la contraposición de las teorías de Keynes y Rueff sobre el empleo, queda palmariamente de manifiesto que, en economía, y en este tema del empleo en particular, una vez más: “...no se pueden poner puertas al campo...”.

Por todo lo dicho, este estudio-trabajo quiere ser una llamada de atención ante tantos intentos equivocados por acabar con el paro. A la vez que busca poner en contraste histórico el cómo las políticas contrarias a esa corriente (“tan académica”) han sido siempre, no por cercenadas o cambiadas antes de tiempo, mejores en lo que se refiere a la eliminación del paro y en el conseguir el ideal “Smithiano” de lograr “*la riqueza de las naciones*”.

2. LAS FALACIAS QUE PERMANECEN SOBRE EL TEMA DEL EMPLEO Y EL PARO DESDE HACE CIENTOS AÑOS.

1-. La primera, aunque no sea la más importante, la tenemos en el pensar tan extendido sobre la alta regulación que se quiere exista sobre el mercado laboral por causa, digamos, de...“su idiosincrasia”. Especialmente esto se ha dado como una derivación histórica de lo que representaron las “luchas obreras” y la aparición del derecho del trabajo. Cuando, si la relación laboral altamente regulada fuera tan beneficiosa, los países que más desarrollada tienen la misma deberían ser los de mayor desarrollo económico y los que deberían tener menos paro... Pero parece ser más bien que es al contrario...

2-. La empresa es por sí misma algo frágil y que en absoluto tiene garantizada su permanencia. Esto está en total contrasentido con la idea de que la relación laboral, e incluso el puesto de trabajo, debe permanecer siempre. A este respecto y de una manera no exenta de retórica se habla de “contratos indefinidos”, cuando se sabe, por lo dicho, que eso es un imposible teórico.

3-. Se considera como normal que el salario debe seguir las alzas del coste de la vida (IPC) para que “no se pierda poder adquisitivo”(se dice) y que por esto debe regularse desde el propio salario mínimo al resto de los salarios de convenio. Pero nadie se pregunta porque sube el IPC y considera esas subidas como una maldición, cuando se puede saber muy bien cual es la causa: la inflación que deviene de la creación de un dinero sustituto por el sistema bancario. ¿Por qué nadie ataca a la causa verdadera...?

4-. En muchos países es un derecho constitucional el que haya un puesto de trabajo para todos y así lo dice nuestra constitución de 1978.⁴⁵² Pero interpretar correctamente la misma supone que no pueden generarse puestos de trabajo sin que los mismos sean aportadores de valor añadido y sostenibles por las empresas, pues de lo contrario se perderían al cabo de un tiempo normalmente corto esas empresas y esos puestos y, además, se incidiría negativamente en los clientes y proveedores de las mismas que se verían afectadas por esa caída, lo que haría aún más imposible ese “derecho”. Hay que interpretar esos “mandatos constitucionales” en el sentido de que los poderes públicos deben favorecer el que las empresas se desarrollen dentro de un entorno de productividad en el que se genere una sana aportación de valor sin proteccionismos ni cortapisas, donde las empresas generen bienes y servicios apreciados por los consumidores nacionales e internacionales y haciendo esto sin estar protegidas falsamente con barreras arancelarias, o administrativas de todo tipo, que no son sino muros que evitan que la competencia interna y externa haga mejorar la calidad de la oferta y el abandono rápido de producciones sin salida. Es decir, es necesaria una “eficiencia dinámica” que mantenga la empleabilidad y la pervivencia de las empresas en el entender que si una idea deja de ser rentable se vaya a por otra y que el trabajo se tenga, aunque no sea en el mismo lugar, profesión, o empresa.

5-. Muchos piensan que son los poderes públicos y los candidatos electorales los que pueden generar y prometer puestos de trabajo, pero démonos cuenta de que si los mismos han de ser “sostenibles” (diciendo esto con la consabida prudencia ante los riesgos e incertidumbres que afectan a toda empresa) hay que hacerlo en, y por, el sector privado que es el que paga impuestos (No cabe hacer a todos funcionarios). Por ello, hace falta que se creen empresas y que las existentes encuentren el camino de seguir siendo viables y sostenibles, por lo que atacar a las mismas o, incluso y peor, no facilitando o impidiendo que surjan empresarios no se logrará ese objetivo.

6-. Crear puestos de trabajo “por crearlos” no tiene sentido. Empezar un negocio supone tener un “*business plan*” previo y considerar si hay mercado, clientes y demanda tal que sea

⁴⁵²Artículo 35 de la C. E. de 1978: “*Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo*”.

suficiente para cubrir los gastos de explotación y aportar unos flujos de efectivo futuros que compensen los riesgos y los costes de oportunidad de invertir hoy en ese negocio. El buscar “un puesto de trabajo para todos”, sin mirar el valor añadido que se aporta, lleva consigo el dedicar horas inútiles a trabajos no demandados o sin sentido económico, como bien sabemos que ese fue el pasado en los países del área del COMECON, la URSS y de la actual, Cuba, Venezuela, etc.

7-. Los problemas del paro no se solucionan con mas funcionarios contratados en las oficinas de empleo público ni con las llamadas “políticas activas de empleo”. Es muy difícil que aquella persona que es funcionario pueda ayudar a otras a emplearse, a emprender como autónomo o en una “start-up” o a saber cómo se puede acabar siendo contratado por una empresa.⁴⁵³ El paro no se detendrá con más burócratas, más comités, más “fundaciones tripartitas para el empleo o para la formación continua” ... Esto ha servido de poco y ha demostrado, por el contrario, que tanto las organizaciones sindicales como las patronales han encontrado un “modus vivendi” a costa de esos mismos parados y de los que están empleados y que algunos (ciertos políticos, sindicalistas, cazadores de rentas de diversa calaña y aprovechados de toda especie), como atestiguan los procesos penales vigentes, tengan un caldo de cultivo para la corrupción.

8-. La U. E. puede que lleve desde hace años gastado más del 1% del PIB comunitario anual en este tipo de “políticas activas” y su baja, cuando no nula eficacia, la palpamos cada día. En España se vienen a gastar, según atestiguan los presupuestos públicos y de los diferentes organismos de la seguridad social, más de cuarenta mil millones anuales en políticas de empleo “activas y pasivas” (entorno a un 22% y un 8% respectivamente de esa cifra). ¡?! ¡Esto está cerca del 3,5% del PIB! Sería bueno que en un tiempo cercano no valorásemos estas políticas por lo que importan en valor monetario, sino porque no sean necesarias o porque lo sean en cantidades insignificantes. Ojalá que en España se consiguiese que un veinte por ciento de los universitarios recién graduados decidiera crear su propia empresa (solo lo hacen hoy entre un 1%, o un 7%, según las titulaciones), eso sería en el mejor de los casos ni la cuarta parte de lo que “emprenden” sus colegas de Estados Unidos (40% de los recién titulados).

9-. Proteger la industria nacional de la competencia exterior no defiende nuestros puestos de trabajo, al contrario, los hace más precarios al no hacerlos competitivos con el exterior y nos condena a los consumidores a pagar más por los artículos que compramos, “adormece” a los que deberían buscar ser más competitivos y da pábulo a “alianzas contra natura” entre poder

⁴⁵³La mayor tontería a que se puede llegar a este respecto (sino fuera porque en este caso lo cómico era trágico) la tuve en una experiencia profesional, cuando fui llamado como consultor por el director general de una consejería autonómica dedicada a “la promoción del empleo y de los emprendedores” ¡?! Dicha persona deseaba mis servicios para que estableciese el sistema por el que una cincuentena de personas, todas ellas funcionarios y que “había recibido como dotación de personal para su dirección general”, fuesen “reconvertidas” en “agentes promotores de empleo!” y, en especial, en “incentivadores del emprendurismo” (sic). Necesite más de diez minutos para que mi sorpresa se tornase en realidad pues creía imposible oír lo que estaba oyendo y que aquel individuo creyese que, quien ha hecho de su vida y vocación ¡precisamente lo contrario de lo que representa ser empresario! iba a formar en eso mismo a personas paradas ¡?! ¡Era intentar sacar oro de piedras o mezclar aceite y agua! Tamaño optimismo no puede ser llamado más que “fatal arrogancia”, pues es creer que pueden surgir negocios y empleos como si de tomar “una purga benito” se tratase o que el paro es un problema que para solucionarlo basta con invertir o gastar en lo que sea. (Lo cual se vio confirmado cuando le argumente “qué pasaría ante proyectos que se demostrasen ineficaces por capitalistas o bancos...” El citado director general me dijo que: “...se buscaría la posibilidad de atenderlos con el dinero público o con los avales que hiciesen falta con tal de darles salida...” ¡?!) Lo peor de todo esto es que el “virus” de esa “fatal arrogancia” está extendido de manera enorme y no hay administración local, autonómica o estatal que no tenga su correspondiente dependencia de ¡¡¡promoción de empleo y de emprendedores!!!

político y dueños de empresas, por conseguir esa protección. Curiosamente, no nos damos cuenta de hasta qué punto el “virus mercantilista-proteccionista” está presente hoy mismo en muchos aspectos de nuestras vidas y que incluso científicos y buenos divulgadores en contra de tanta seudociencia como nos invade, clamen contra la pérdida de “cerebros” ya sea por la emigración de “nuestros” jóvenes o de “nuestros” investigadores. Siempre se aduce que con eso se “descapitalizanuestro país” y que ello no nos traerá “riqueza futura”...Otras veces, los políticos se vanaglorian cuando ponen en marcha faraónicos centros de investigación (pagados con nuestros impuestos) para ponerlos a disposición de tal o cual famoso doctor o eminente “científico emigrado” que vuelve “...al lugar del que nunca tenía que haberse ido...”. Centros que, las más de las veces, por su nula viabilidad económica acaban, pasado un tiempo, desmantelados y con el “científico en su día rescatado” convertido en nuevo emigrante..., pero ahora con la calificación expresa o implícita de “traidor” y con el epitome asignado de (¡Oh cielos!): “mercenario y mercantilista”, por haberse ido de nuevo a la empresa extranjera que valora mejor económicamente su aportación. Ante esto solo se me ocurre decir: ¡Cuánto desprecio por la persona, su libertad de acción, de movimiento y de decidir por sí misma su futuro! Esos temores a la “pérdida de capital humano” es la misma del mercantilismo: se sigue creyendo que la acumulación per sé, tanto de monedas de oro entonces o, como en este caso, “de cerebros”, da la riqueza nacional cuando lo que la consigue es el intercambio con valor de lo producido o el empleo con beneficio (sobre su coste de oportunidad) del capital material o intelectual de que se dispone. Unamuno estuvo acertado si, cuando dijo aquello de: *¡Que inventen ellos...!* estaba pensando en tanto derroche...

10-. De los tres millones y cuarto de personas paradas en octubre de 2018, casi medio millón son prejubiladas de edades próximas a ese evento o personas despedidas con indemnizaciones compensatorias. Muchos mayores de cincuenta y cinco años a quienes no va a convencerse fácilmente de que vuelvan a una búsqueda activa de empleo pues ya cobraron una indemnización regular o disfrutaban de subsidios y ayudas más o menos prolongadas hasta esa fecha de jubilación. Las “rentas de subsidios” de toda especie ya sean de paro, básicas, de reinserción, etc., si se prolongan en el tiempo y, o, tienen importes desincentivadores, acostumbra a quienes las reciben a no cambiar su situación, a considerar un derecho el percibir las mismas y a no aceptar los trabajos que se les ofrecen, por tener salarios inferiores o solo ligeramente superiores a esas ayudas y que no compensan al simple quedarse en casa. Las mismas han conseguido adormecer que quien las recibe no piense que son una humillación al prolongarse estas o aceptarlas después del rechazo de una oferta de trabajo, ni que quien las da sienta la denigración de tal proceder. Cuando se mantienen y se enquistan como ayudas para empresas en crisis, zonas geográficas con altas tasas de paro, protección de industrias mal llamadas “estratégicas” en una comarca, etc., lo que hacen es perpetuar el empleo en sectores obsoletos, ineficientes y sin posibilidades de supervivencia por sí mismos. Esto supone, aparte de subvencionar a unos ciudadanos a costa de otros, un sinsentido económico y trasladar al resto de contribuyentes la menesterosidad de unos pocos.

11-. Una empresa o un puesto de trabajo cualquiera es algo que puede y, en su caso, debe desaparecer por miles de razones que afectan a las empresas: tecnológicas, de mercado, de gustos, de moda, de mala gestión, etc. y esa desaparición laboral y económica de esa empresa y de sus trabajadores es, además, normal y buena, pues los recursos irán desde la empresa no

sostenible a donde ahora sean más productivos para todos. El pedir un puesto de trabajo igual y permanente a lo largo del tiempo, que no se vea afectado por las innovaciones organizativas y los avances tecnológicos, es una muestra de egoísmo en la peor de las acepciones de esta palabra y un querer vivir a costa de los demás en permanencia (vía estado) en una muestra del peor comportamiento anti cívico. Además, es que ese querer que el puesto de trabajo sea “estable”, es pedir un imposible pues una empresa, por definición, es algo cambiante en casi cada instante de tiempo por su misma naturaleza y estructura. Nunca un empresario puede comprometerse a dar empleos de por vida en igual puesto, lugar y tareas. Lo que esa afirmación hace es llevar a que “estabilidad” se asocie por muchos con “una arcadia estatal” donde todo sea “seguro”, como los puestos de los funcionarios públicos... pero eso solo puede ser válido en casos muy especiales para una minoría muy reducida. Combatir el paro, tal y como debe hacerse, es poner las condiciones para que surjan más empresarios que tengan por objetivo la rentabilidad y el beneficio personal y que con ello se den trabajo a sí mismos y a otros.

12-. Ya creíamos que eran cosas del pasado las ideas y actitudes luditas, por las que los obreros en paro eran persuadidos de que su falta de trabajo era debida a la introducción de las máquinas y que por ello debían destruirlas, pero descubrimos que las mismas siguen muy vivas, incentivadas incluso por un periodismo demagógico que busca dirigirse a la aprobación fácil de un contingente de lectores y telespectadores malamente educados y a los que se les ha hurtado toda actitud crítica (aunque sean de la generación con mayor número de estudiantes universitarios de nuestra historia...). Así, en programas de televisión hay suficientes reportajes y en los “*trendingtopics*” numerosos “*post*”, en los que se comenta que la nueva incorporación de máquinas de auto servicio, de auto suministro de gasolina, de auto pago en peajes de autopistas, de cajas libres de cobradores en supermercados, de ventanillas bancarias sin oficinistas, de máquinas expendedoras de billetes en estaciones, etc. y, en general, “del hágaselo usted mismo”, supone ¡perder puestos de trabajo!... ¡?! Ese periodismo, nuevamente, sigue la demagógica forma de mostrar solo “la parte que se ve”..., (que, eso sí, les da titulares y presencia) y no deja ni un mínimo espacio en sus artículos y “*spots*” televisivos a “la parte que no se ve...”, es decir, al indicar que sin negar ese desplazamiento temporal de la fuerza de trabajo, en otros sectores y lugares se están creando nuevos puestos laborales (estos sí con auténtico valor añadido) en la fabricación de esas máquinas, en el diseñar los “softwares” que las mueven o en las empresas que las comercializan y que... ¡hay que saber prepararse para ocuparlos!.

13-. Hay un gran miedo a la deflación, es más, se argumenta que su contraria, la inflación, es necesaria para mantener un cierto nivel de empleo. Esta idea viene de hace justo ahora casi cien años cuando John Maynard Keynes la introdujo, primero en su tratado sobre la reforma monetaria” y luego en su “tratado sobre el dinero” y especialmente en su obra más conocida “La teoría general del empleo, el interés y el dinero”. Keynes, argumentando sobre este tema, dará en su momento un par de frases que han pasado a la historia: “...*La inflación es injusta y la deflación inconveniente...*” y aquella otra: “...*si dejamos aparte las inflaciones exageradas, parece que la deflación resulta ser la peor de las dos, ello porque en un mundo empobrecido es peor provocar desempleo que decepcionar al rentista...*”¡?! El economista británico, en sus escritos antes citados, especialmente en el “*Tract on Monetary Reform*”, va a fijarse en el

sistema inflacionario (al que bien seguro podía llevar sus propuestas) enfrentándolo al deflacionario para concluir que ambas posiciones son malas praxis... De todos modos, aunque casi siempre inicia el debate contra la inflación, y su influencia sobre la distribución de la riqueza, deja en el aire el que cada cual piense qué prefiere: si inflación, y con ello “*dejar morir poco a poco a los rentistas*”, o deflación, “*...con condena a todos los asalariados al paro como hasta ahora...*” La inflación significaría para Keynes el no tener que bajar los salarios monetarios, pero sí el lograr minorar lo que se puede comprar con ellos... Es decir, que sabía que esa inflación daría puestos de trabajo a corto plazo pero que a medio plazo los haría insostenibles. La desgracia de su alta capacidad de persuasión y lo bien acogida por los políticos a tales ideas después de la segunda guerra mundial hizo que costase mucho erradicar esa forma de pensar y ni siquiera Milton Friedman demostrando la inutilidad de las mismas lo consiguió realmente.

14-. En muchas ocasiones los temores a la incorporación de los avances técnicos suponen el avance de propuestas políticas populistas y proteccionistas y dan origen a odios hacia lo exterior, a las importaciones o a la incorporación de trabajadores de fuera. Cuando no habría causa real para ello pues incluso si se acaba por necesitar menos tiempo de trabajo por una mayor productividad por la aplicación de la técnica y la innovación, eso también nos traerá mayores capacidades de dedicación a la familia, al ocio y a la cultura. La jornada de ocho horas, las vacaciones pagadas y los fines de semana libres, se consiguieron, sí, con mucha lucha obrera y sacrificios, pero no hubiesen sido posibles sin los avances de la tecnología, especialmente en su momento por la revolución industrial y luego por la introducción de la electricidad y digámoslo bien alto: ¡por el éxito del sistema capitalista! Que, a pesar de errores, mistificaciones, asaltos al mismo por la connivencia de malos capitalistas con los gobiernos y por la zancadilla continua de estos gobernantes al autentico dinero, ha permitido que ahora vayamos entrando en nuevas y muy grandes cotas de productividad, especialmente por la implantación de las TIC, por lo que ese miedo no debe dejarnos caer en la tentación de frenar la implantación de esas mejoras por “miedo a la libertad” o por el no querer afrontar el cambio que a cada uno incumbe... (Si no se quiere vivir a costa de otros...⁴⁵⁴).

⁴⁵⁴Cuando las personas de mi generación iniciamos nuestra vida laboral, en los años sesenta del pasado siglo XX, trabajábamos más de cuarenta horas semanales, sábados incluidos. Luego, dejamos de trabajar el sábado por la tarde, con igual salario. Al poco, dejamos de hacerlo (en los años ochenta) en sábado y ahora en muchas empresas ya se está implantando el “*viernes casual*” y solo durante la mañana... La reivindicación de las “35 horas”, de las “30” o menos, se impondrá más por el impacto de las tecnologías y la productividad que aportan las mismas y por el éxito del sistema capitalista que por cualesquiera otros intentos voluntaristas. Tal y como siempre ha sido en la historia. Por ello, mecanismos regulatorios o intervencionistas a destiempo, fuera de esas ganancias de productividad, resultan inútiles o cuando no, contraproducentes, ya que afectan más a las empresas pequeñas, que son la mayoría, y cuyo valor añadido normalmente no los soportará. Si se las obliga a hacerlo por decreto desaparecerán. En cualquier caso, el inexorable ritmo competitivo llevará a que solo subsistan las empresas capaces de innovar y de ajustarse al deseo de los consumidores bajo estrictos términos de rentabilidad a medio plazo. ¡verdadera ley de Say! (Esto, lo de cada vez menos horas de trabajo por mayor productividad, fue previsto hasta por el mismísimo Keynes en su famosa conferencia sobre: “*el porvenir de nuestros nietos...*”). La introducción de tecnología, que permite que una hora de trabajo humano dé más valor añadido, está también detrás de la liberación de la mujer de trabajos del hogar, anodinos, agotadores y sin reconocimiento las más de las veces. Fue el desarrollo económico conseguido con la revolución industrial y, digámoslo bien alto, ¡por el bien hacer del sistema capitalista!, lo que permitió la introducción de electrodomésticos y aportó condiciones sanitarias que han dado posibilidades de incorporación de las mujeres al mercado laboral. (Uno no entiende en absoluto, por esta causa, esa pretensión dogmática de ciertas corrientes feministas que aducen la imposible coincidencia de dicho movimiento con el capitalismo... ¡?!). Por su parte, la “ruptura” de la brecha salarial entre géneros depende de una mentalidad en la parte masculina que debe cambiarse, pero también a que se continúen introduciendo innovaciones tecnológicas pues las mismas, por la productividad que aportan, acaban reduciendo horarios y dedicaciones amén de crear unas “infraestructuras” que, en buena consonancia dialéctica, terminan barriendo esas “superestructuras” mentales, tradiciones y obstáculos psicológicos (los masculinos incluidos) al dejarlos “sin base”. Esa misma tecnología y el éxito del capitalismo, todo acompañado de la continuidad en esos necesarios cambios de “mentalidad” y de actitudes en la parte masculina, contribuirán también para que se acabe con el llamado “techo de cristal” de las mujeres en las empresas, ya que

Podríamos continuar con esas y otras muchas falacias, pero conviene situarlas en su contraste histórico. Aunque algunas sean tan viejas como la humanidad, realmente en su expresión más contemporánea proceden solo de hace cien años. Entonces, una guerra había desolado a Europa. Como todas las guerras, esta se pagó con montones de deuda en una versión indirecta: imprimiendo billetes del banco nacional respectivo que aun mantenían la famosa fórmula de: “*el banco de xx*(nombre del estado involucrado) *pagará al portador la cantidad de yyy*. (A continuación, figuraba el nombre de la divisa monetaria de que se trataba y las firmas del gobernador y el cajero del banco). Es decir, que esos billetes eran jurídicamente pagarés a recuperar en moneda metálica de oro o plata con su ley conocida y respectiva. Pero se emitieron tantos para pagar la guerra que el importe de los mismos al final de la conflagración más que triplicaba la cantidad de oro existente. Por esa impresión loca de un mal llamado dinero y porque en una gran parte dicho metal se había retirado de las cajas fuertes de los bancos nacionales durante la contienda para pagar suministros al exterior,⁴⁵⁵ la inflación y el paro pasaron adueñarse tanto de los países vencedores como de los vencidos. Este será el momento en que dos de los más grandes economistas en sus países respectivos van a alumbrar dos maneras de enfrentarse al tema del paro y a teorizar sobre como la inflación en un caso (Keynes) podía combatirlo y en el otro (Rueff) ser precisamente lo que la causaba.

3. EL PARO MASIVO POSTERIOR A LA PRIMERA GUERRA MUNDIAL, SUS CAUSAS Y COMO DESDE ALLÍ SE ORIGINÓ NUESTRO PARO ACTUAL CONGÉNITO Y RECURRENTE.

El paro ha sido el elemento definidor de una época, la iniciada en 1919, fecha del fin de la “gran guerra” y que pasó por los planes de estabilización posteriores a la gran inflación de 1922-1923 en Alemania, por la triste situación de Gran Bretaña en la década de 1919-1929 con las grandes masas de parados y huelgas antes y después de la adopción de nuevo del patrón oro (1925) y que se agravó en todo el mundo con el desastre de 1929 y la mala gestión de la política monetaria por la FED, tanto en su génesis como en su tratamiento, a lo que habría que añadir la gran depresión que asoló a continuación a todo el orbe. Depresión en la que tuvieron mucho que ver las políticas proteccionistas impuestas por doquier, primero en Estados Unidos, luego en el Reino Unido y más tarde en todos los países. En ese contexto y en la personalidad y postura vital de John Maynard Keynes, es donde el trabajo que se presenta indica que debemos fijarnos para entender lo que supuso el pensamiento keynesiano como “nueva religión” (en calificación de Jacques Rueff) para multitud de intelectuales, políticos, economistas y muchas otras personas. La verdad es que lo fue, más que nada, por el fundamentar toda la teoría económica sobre el problema del empleo y que para solventar el mismo su “patrocinador” (Keynes) dijese que “...*el dinero era el nudo gordiano a romper...*”

las ganancias promedio diferentes entre géneros (vistas de manera global) proceden de que la dedicación a hijos y hogar les lleva a trabajos con horarios adaptados o de menor contraprestación, a puestos de menor valor añadido o a dar rendimientos inferiores por menor dedicación. El problema no está en el salario base, ese es raramente desigual entre géneros a igualdad de puesto de trabajo, sino en “los complementos”, las “horas extras”, los “pluses” y, sobre todo, en las posibilidades de “hacer carrera” al no poder comprometerse en dedicación, en responsabilidades, en viajes, en estar vigilantes de oportunidades de negocio, etc., lo que las aparta de ese “*cursus honorum*” o no las deja calificarse suficientemente bien para el mismo.

⁴⁵⁵El oro desapareció por haber sido depositado como garantía para la obtención de préstamos en divisas de países neutrales con los que dotarse de efectivo con el que adquirir esas importaciones. (Fundamentalmente se dirigió hacia Estados Unidos aunque España, por su neutralidad y la venta de pertrechos a ambos bandos, dispuso de un oro que la segunda república pudo luego utilizar en la guerra civil).

Aquellos “cañones de agosto”, de los que en 2014 se conmemoraron cien años, acabaron con esa época de estabilidad. Hemos de decir que 1914 no solo fue el momento de la actuación de los “cuatro jinetes del apocalipsis” como nos recordó Blasco Ibáñez en su novela homónima, sino también de un “quinto jinete”, igualmente apocalíptico, que arrastró con un sistema, el patrón oro, nacido casi cinco siglos antes, en las postrimerías de una igualmente sangrienta guerra europea (“la de los cien años”) impulsado por los comerciantes genoveses desde el renacimiento y que había ido decantándose en medio de muchos altibajos. La financiación inflacionista de las guerras, que siempre en la historia ha sido la causa mayor de la pérdida de valor del dinero, llegó, con la primera gran guerra europea, a su punto culminante y será el principio del fin de lo que quedaba del “dinero auténtico”. Pero la guerra iniciada en 1914 no fue corta y decisiva y acabó en un estancamiento de trincheras. La inflación no fue controlada y al final de los cinco fatídicos años los precios se habían duplicado de media en todos los países. Sin embargo, nadie pensaba en cambiar el precio del oro ni quería plantearse el hecho de que había una circulación de dinero fiduciario (billetes y depósitos bancarios) teóricamente cambiabile en oro a un precio fijo, que equivalía al doble del valor de las existencias de ese metal. Ciertamente que nunca, ni en los momentos cumbres del patrón oro, hubo una proporción de reserva de oro del cien por cien del dinero fiduciario en circulación, pero la desproporción con que los países se encontraron al final de la guerra, en pleno armisticio, sobrepasaba todos los límites.

Finalizada la “gran guerra” en 1918, los gobiernos de la Gran Bretaña pusieron todo su afán en ser lo que esta había sido. La consigna era el conocido “*business as usual*” pero ya no había escasez y aunque los precios inicialmente bajaron, pues se tenía cierta abundancia de recursos que al no ser necesario ya dedicarlos a las exigencias del conflicto, rápidamente se tornaron alcistas. Lógicamente, el desempleo subía conforme se licenciaba a los hombres del ejército. En 1921, la tasa de desempleo se situó en el 12,6%. Sabemos bien lo que Inglaterra trató de conservar: preeminencia de plaza financiera para la City, más mantenimiento del “prestigio” y continuidad del imperio. De ahí su interés por la adopción temprana del sistema del “*Gold Exchange Standard*” que le permitía creerse la ficción de que todo seguía igual. (Cuando la circulación fiduciaria era enorme en relación con las reservas de oro). Pero ese sistema, si bien parecía que mantenía la no conversión en oro, en realidad suponía que la proporción de circulación fiduciaria fuese cada vez mayor en relación con el oro al que la misma se refería⁴⁵⁶. Como no podía ser de otro modo, los precios de coste interiores al alza, salarios, ante todo, perjudicaban a las exportaciones de un país que precisaba de ellas a toda costa. En 1920 la libra había bajado ya a 3,40 dólares-oro y aunque después fue subiendo poco a poco (en lo que

⁴⁵⁶Este sistema suponía mantener saldos en divisas en los balances de los bancos centrales...” Traducido a lenguaje práctico, este sistema, que ya utilizaba en cierta manera Inglaterra con sus colonias y que fue bautizado como “*Gold Exchange Standard*”, suponía que para emitir dinero interior de tipo fiduciario no era necesaria la entrada de una determinada cantidad de oro, ni que tampoco, cuando hubiera que cobrar un saldo favorable entre exportaciones e importaciones se tuviese que pedir oro a cambio. Bastaría con “apuntar en cuenta” las divisas fiduciarias correspondientes. (Entiéndase: en su mayoría dólares o libras esterlinas que se suponían cambiables por oro). Además, esas divisas, que en teoría se debían recibir en pago, se acordaba que “por cortesía” o por “obligación diplomática”...¡?! tampoco debían repatriarse sino que, inmediatamente de realizado de manera formal el apunte contable del “teórico” cobro, las mismas se colocarían en el sistema financiero del país deudor. ¡?! (Aunque en general se convertían en las dos divisas de base que permitían el “teórico” cambio a oro y se situaban en colocaciones en “la City” o en los bancos de Nueva York). Añadamos que Montagu Norman, el gobernador del Banco de Inglaterra, andaba ya “intrigando” para que se volviese en el Reino Unido al patrón oro (lo que sucedería tres años más tarde) y ese deseo era el objeto de sus muchas conversaciones secretas con Benjamín Strong, el gobernador de la FED, de quien necesitaba apoyo. (Es evidente que el “paraguas” del “*Gold Exchange Standard*” era una ayuda suplementaria e importante para ello).

tuvo su influencia la intervención de los gobernadores del Banco de Inglaterra y de la Reserva Federal, la FED, de las que luego hablaremos) no se podía enmascarar que el cambio con el dólar era elevado. (Dados los precios de coste interiores al alza y los de venta al exterior a la baja).

En vez de devaluar, los ingleses hicieron lo contrario. Fiados a su anterior prestigio y a los consejos del gobernador del Banco de Inglaterra, que aseguraba que tenía el soporte americano por medio de Benjamín Strong, gobernador del banco de la reserva de Nueva York y virtual factótum de la FED, se decidieron, en 1925, por volver al patrón oro suspendido desde el inicio de la guerra. Esto no hubiese sido un gran problema si el nuevo cambio entre libras y oro hubiese reflejado la realidad del poder adquisitivo del momento y de la proporción desmesurada entre circulación fiduciaria y niveles de reservas de oro, pero... ¡se volvió al cambio prebélico! A los propios británicos les resultaba más favorable cambiar libras por dólares o directamente por oro, e irse de compras fuera del país, con lo que sus producciones tenían aún menor demanda. Para ser competitivos los productos ingleses hubieran tenido que bajar de precio no menos de un 10%. El carbón, antes la estrella de la exportación británica, fue un sector de lo más perjudicado pues la guerra había dejado las minas sin inversiones, con lo que las explotaciones eran poco eficientes y además ahora los precios exteriores eran muy desfavorables si se quería competir. Los cierres de pozos incrementaron las cifras de paro y los accionistas pedían que bajasen los salarios para ser competitivos, cosa a la que los sindicatos se oponían. Hubo huelgas, cierres patronales, decreto de bajada de salarios (sin éxito) y huelga general. (Que no duró mucho, aunque la de los mineros siguió más o menos hasta 1926).

4. UN POSIBLE REMEDIO QUE NO SE QUISO TENER EN CUENTA. LAS PROPUESTAS DE JACQUES RUEFF.

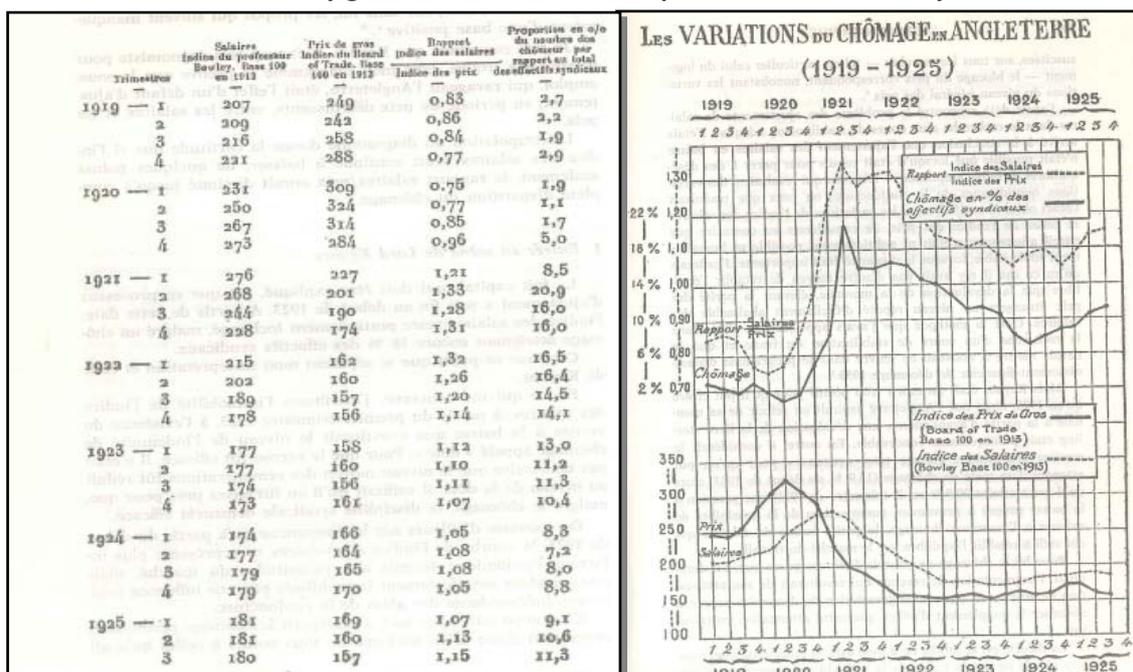
El sistema de solucionar el desempleo en Inglaterra y en otros países era perverso pues, tal y como puso de manifiesto el economista francés Jacques Rueff en un artículo muy polémico⁴⁵⁷, cuando estuvo de 1930 a 1934 como agregado financiero en la embajada de Francia ante el Reino Unido, los salarios no bajaban y el desempleo seguía, entre otras cosas y aparte de por la presión sindical, porque a los parados les resultaba más beneficioso cobrar un subsidio de desempleo (la entonces popular “*dole*”), innecesaria y demagógicamente alto, que aceptar salarios más bajos acordes con la posición internacional de Gran Bretaña. Las tesis de Rueff tuvieron eco en el “*Times*” e interpelaciones en la cámara de los comunes. En concreto, por entender los diputados en contra, que Rueff, “un extranjero”, había dado argumentos para decir que los culpables eran los obreros por no querer trabajar por menos salario...¿?!

⁴⁵⁷El artículo era una refundición y puesta al día de otro anterior publicado en la “*Revuepolitique et parlementaire*” en diciembre de 1922. Este nuevo artículo fue polémico por dos razones. Primero por venir de un funcionario oficial francés que era quien “manejaba” la tesorería en Libras del estado francés en la City y, segundo, por estar en contra de la opinión de Keynes. (Con quien Rueff ya había tenido un enfrentamiento, sobre el tema tratado en el artículo, en una conferencia a dos en Ginebra). El seudónimo no evitó las filtraciones, ya que Rueff pidió, ante la magnitud de la reacción inglesa, a Charles Rist, uno de los economistas con más prestigio en la Europa de entonces, que hiciese una glosa del artículo, pero Rist no tuvo suficiente cuidado al escribir esa glosa y dejó ver que había sido Rueff quien había escrito el texto original en inglés con lo que se acabó descubriendo todo el pastel...¿?!

Leyendo el artículo de Jacques Rueff en su totalidad y no tergiversando cifras y argumentos, lo que este venía a decir es que en economía hay leyes que no deben contrariarse y la del sistema de precios es una de ellas. (Lo cual se aplica también a los salarios por ser estos uno de esos precios). Rueff decía, parangonando a Frederic Bastiat, que “de buenas intenciones está el mundo lleno” pero que esas “intenciones” siempre se aplican “viendo solo uno de los lados” y nunca se habla, o se quiere plantear, “lo que no se ve”, es decir: las consecuencias no deseadas de esas decisiones... Lo que entonces dijo Rueff le venía de una preocupación continuada por el desempleo que ligó siempre con sus causas: las distorsiones de los “fenómenos” monetarios y la influencia del gobierno al no respetar las leyes de la economía al interferir en la fijación de los precios en el mercado de trabajo. Su primera aportación a ese respecto es de 1925 y apareció en un artículo en la *“Revuepolitique et parlementaire”* que tuvo su continuidad en varias conferencias y debates.

La parte práctica de sus conclusiones en esas comunicaciones estaba hecha sobre la situación del paro en Inglaterra, lo cual será curioso pues volverá a referirse a ello en una nueva publicación, ya en 1930, cuando sea nombrado agregado financiero en la embajada de Francia en Londres. Recoge Rueff, en el primero de los dos artículos en unas gráficas y cuadros, los índices de precios, los datos del índice promedio de salarios y las tasas de paro. Las conclusiones salen de contemplar esas gráficas. Casi sin leer los comentarios se ve claramente una relación entre el paro y los salarios que suben o se mantienen cuando al mismo tiempo el índice de precios claramente flexiona a la baja. Lo cual, habida cuenta de que eso da poder de compra suplementario, debería en un mercado “en orden” implicar una bajada de los salarios nominales... pero la realidad era que como esos salarios nominales, por presión sindical y por efecto del gobierno (salarios mínimos, seguro de paro, costes sociales, etc.,...), seguían rígidos o al alza, se estaba impidiendo la actuación de una ley económica de respeto a la libertad de fijación de precios y su consecuencia no deseada era que con ello las empresas, que deben vender más barato por la bajada de precios, no siempre pueden competir y entonces cierran y, o, despiden trabajadores. Tanto cuanto más fuerte fuese la acción gubernamental para tratar de impedir que esos salarios se ajustasen, tanto más alto sería el nivel de paro, dijo Rueff, plasmando lo que luego sería conocido como: “ley Rueff”. Las medidas que a partir de entonces se tomen por los gobiernos: cierre de importaciones, protección de la industria nacional, control de cambios, financiación subvencionada, etc., no hacen sino agravar los problemas, llevar a más déficit público, castigar al consumidor (empresas y familias que ahora deben comprar más caro) y tener un mayor deterioro del poder de compra de la moneda...

Cuadro 1- Las estadísticas y gráficos donde se mostró primero la llamada “ley Rueff”



Está claro que Rueff estaba pensando también en un sistema donde rige el patrón oro que haría claramente de “correctivo” de esas situaciones, obligando al cierre de las empresas incapaces de adaptarse. Es verdad que muchos trabajadores de las mismas acabarían en el paro (el cual debería ser solo temporal pues el sistema abriría nuevas posibilidades) pero ese coste, aun siendo duro, siempre es mejor, por su limitado alcance sectorial y en especial por su corta duración, que el que se tiene cuando, imposibles ya todas las medidas paliativas, no queda más remedio que reconocer el error y entonces se debe frenar, ajustar y “recortar” y ahí sí que hay que echar al paro a cantidades ingentes de personas, tanto en sectores buenos como malos y durante mucho tiempo. Cuando, por el contrario, si desde el primer momento el mecanismo del patrón oro hubiese obligado a “reciclarse” a los sectores obsoletos o a las empresas caducas, el remedio sería bastante más suave que el de una gran recesión y tendría además a los políticos disciplinados en sus tentaciones de gasto público desmesurado...

Aquí estará la gran diferencia “Keynes-Rueff”, el segundo estaba indicando a Gran Bretaña que “el pozo” de niveles de paro en el que se habían situado venía de un deseo de irrealidad: haber pretendido ser lo mismo después que antes de la guerra⁴⁵⁸. Rueff señaló siempre que esa pretensión era imposible dadas las realidades económicas y de deuda más la pérdida de oro y la ingente circulación de dinero fiduciario. Intentar volver a la paridad de preguerra con el oro era repetir lo que hicieron los gobiernos británicos tras las guerras napoleónicas. En aquel momento volvieron al patrón oro en iguales condiciones que las que tenían en el momento en que “el gran corso” se adueñó del poder el “18 de brumario”, pero entonces ya lo consiguieron a trompicones y siempre contra las advertencias de Ricardo. Mas la victoria en Waterloo no era la “victoria pírrica” del armisticio de 1919... El intento posterior de todos los políticos

⁴⁵⁸Para Jacques Rueff, esto era muy trágico, pues lo de mantener la “grandeza imperial” era consentir el que unos pocos siguiesen anclados en su bienestar y sin querer “pagar” nadie por lo que la guerra había supuesto en eliminación de medios y recursos... trasladando a los más débiles el coste de ese ajuste...

británicos, Keynes incluido, por “salvar los muebles” fue baldío y no se quiso subir el precio del oro, aceptar la devaluación y arreglar el problema atacando las causas verdaderas...

El paro ingente en 1930, especialmente en Gran Bretaña, “venía de esos polvos”, decía Rueff. La entrada de nuevo en el patrón oro a un tipo de cambio de preguerra, totalmente fuera de lugar, significó deflación. Con ello aumentó el poder de compra de los salarios, por lo que estos deberían haber bajado si se quería competir en los mercados internacionales, pero la resistencia de los sindicatos y de un seguro de paro muy alto, que actuaba de freno para buscar trabajos a sueldos menores, lo impedían. El remedio keynesiano de quitarse de encima el corsé del oro para tener las manos libres para emitir dinero fiduciario por el sistema bancario y tener posibilidades de un presupuesto público en déficit, era aparentar que se podían resolver los problemas improvisando medidas de “ingeniería social” una tras otra (como la bajada del poder de compra por la inflación) cuando estas, en el mejor de los casos, son solo curas paliativas que tienen efectos perversos directos, aparte del de subir los precios.

El economista francés ya había señalado en multitud de ocasiones que la manera de salir de esa miseria era el de ganar en productividad mediante la introducción de más capital, de tal modo que ello hiciese menos necesarias jornadas de trabajo larguísimas y el emplear mano de obra poco cualificada sin casi aporte de valor añadido ni posibilidad de incrementarlo en un futuro. Rueff sabía y había repetidamente dejado escrito, que para que se acometa la inversión se precisa de empresarios que tengan ideas y vean posibilidades de rentabilidad en las mismas, así como de personas físicas y jurídicas que con ahorro previo y a la vista y juicio sobre esa rentabilidad, lo canalicen hacia esos empresarios... Claro que Rueff era consciente que el ahorro interior puede no ser suficiente, o ser renuente al inicio, pero siempre dijo que puede completarse con el llegado del exterior si se atiende a que no se dé una desvalorización posterior de la divisa nacional, se controla el déficit público, se respeta la propiedad privada, se acepta el patrón oro con todas sus consecuencias, y en especial se prohíbe la creación “desde la nada” de dinero fiduciario por el sistema crediticio... Fijar por decreto cantidad de mejoras sociales, sin contrapartidas racionales económicamente, como las pretendidas en aquellos momentos por el “frente popular”, de nada servía, decía Rueff, ya que la inflación, el déficit público y el desastre de la divisa, hacen que se tenga que volver a una situación más trágica que la de partida y, sobre todo, altamente frustrante para todos los que demagógicamente han sido engañados con solo “*lo que se ve*” ...

Para Rueff, como para Keynes, pero por diferentes razones, el dinero será el nudo gordiano a tener en cuenta. En el caso del economista inglés será para “romperlo” como “medio instrumental” de su política contra el paro o, mejor dicho, contra la revolución bolchevique a la que veía abocada a “su” sociedad si el desempleo continuaba... Para Rueff lo será por un respeto a la libertad humana en el decidir “qué hacer” con “su” propiedad. (En tanto en cuanto el dinero, como orden espontáneo, recoge el depósito de valor de ese derecho de propiedad).

decía Rueff, la medida de fijar un subsidio de desempleo demasiado alto desincentiva el deseo de trabajar a salarios de mercado. Pero, a cualquier político, continuaba diciendo Rueff, le es posible destinar recursos del presupuesto y, sin violentar los equilibrios naturales de ese mercado, atender con ellos los casos de “debilidad social” juzgados flagrantes. Claro que eso

significa pedir más impuestos y, o, no dedicar recursos a otros fines (sostenimiento de “*La City*”, por ejemplo), no contentar a los sindicatos, etc. ... y esto es lo que no se quería afrontar ante la opinión pública y los votantes...

Rueff era entonces algo ingenuo, pues al decir todo lo anterior creía, y defendía, que los presupuestos del estado era algo que debía mantenerse en equilibrio y que los políticos debían respetar el “*sacrosanto temor del déficit*”... Muy pronto, Keynes, desmotivado con la inoperatividad y lentitud de la política monetaria como única arma (sin el auxilio de ese déficit) por haber sido alterado el funcionamiento natural del patrón oro en la conferencia de Génova de 1922, iba a proponer el gasto público a ultranza y sin miramientos... Rueff le replicaría mucho tiempo después (atraso debido a la segunda guerra mundial) con su obra “*L’Ordre social*” publicada en Francia en 1945, exigiendo que el estado no pudiese financiar ese déficit vía el descuento de deuda pública en el Banco Central pues eso era “*aceptar la esclavitud*” (sic), convertir a los ciudadanos en súbditos, llegar al desorden social y al ajuste por la inflación. (El impuesto más injusto). Rueff diría que el estado, con ese proceder, lo que está haciendo en realidad es hacer entrar “disimuladamente” una “falsa moneda” en el sistema, entroncando al decir esto con la “anatematización” lanzada en su tiempo por Nicolás de Oresme y también por Juan de Mariana. (Curiosamente, dijo Rueff, “*...un dinero que no se diferencia del otro en nada y que por ello confunde al principio pero que no puede hacerlo más allá de un plazo...*”).

Rueff, también fue crítico con el sistema de “puerta de atrás” con la que Montagu Norman actuaba en el Banco de Inglaterra pues, aun con el mecanismo del “*Gold Exchange Standard*”, las salidas de oro por la situación de la balanza de pagos británica se daban. Ello habría obligado a reducir la circulación fiduciaria en el interior, pero para mantener las posibilidades prestadoras de la “*City*” (al fin y al cabo, los bancos de la misma eran sus comanditarios) lo que hacía Norman era emplear el sistema de “*open market*”: comprar deuda del estado pagando con pura fabricación de billetes con lo que se permitía una nueva generación de dinero bancario y su multiplicación consiguiente para préstamos de la *City*. Así se conseguía mantener los tipos de interés bajos y Norman lograba que la salida de oro no anulase el crecimiento de la oferta de dinero fiduciario y que la misma se mantuviese o aumentase. Claro está que la “presión” sobre la balanza de pagos se renovaba en “cada vuelta”, pero Rueff era entonces algo ingenuo, pues al decir todo lo anterior creía, y defendía, que los presupuestos del estado era algo que debía mantenerse en equilibrio y que los políticos debían respetar el “*sacrosanto temor del déficit*” ... Muy pronto, Keynes, desmotivado con la inoperatividad y lentitud de la política monetaria como única arma (sin el auxilio de ese déficit) por haber sido alterado el funcionamiento natural del patrón oro en la conferencia de Génova de 1922, iba a proponer el gasto público a ultranza y sin miramientos...

Rueff le replicaría mucho tiempo después (atraso debido a la segunda guerra mundial) con su obra “*L’Ordre social*” publicada en Francia en 1945, exigiendo que el estado no pudiese financiar ese déficit vía el descuento de deuda pública en el Banco Central pues eso era “*aceptar la esclavitud*” (sic), convertir a los ciudadanos en súbditos, llegar al desorden social y al ajuste por la inflación. (El impuesto más injusto). Rueff diría que el estado, con ese proceder, lo que está haciendo en realidad es hacer entrar “disimuladamente” una “falsa moneda” en el

sistema, entroncando al decir esto con la “anatematización” lanzada en su tiempo por Nicolás de Oresme y también por Juan de Mariana. (Curiosamente, dijo Rueff, “...un dinero que no se diferencia del otro en nada y que por ello confunde al principio pero que no puede hacerlo más allá de un plazo...”)

5. LA GENERACIÓN DE LAS FALACIAS ECONÓMICAS SOBRE EL PARO. EL PENSAMIENTO KEYNESIANO.

Los que “pasen del título” de “La teoría General” y sigan leyendo, lo primero con que se van a encontrar es con la “*obertura*” y el “*leitmotiv*” que se repetirá de manera expresa, o encubierta, a lo largo de toda la obra: “*La ley de Say no es tal y no es verdad pues “la oferta no crea su propia demanda”*”. Para Keynes esto era muy importante decirlo así y desde el principio, porque con ello buscaba dar nula posibilidad al que se pudiese crear empleo por el natural flujo en libertad de las fuerzas económicas presentes. (Ataque frontal a “los clásicos”, al liberalismo y a las posiciones de su amigo Jacques Rueff). Sera la primera de las tergiversaciones que se van dar a lo largo de todo el texto. (Keynes, probablemente, recoge lo que dijo de Say el economista John Stuart Mill, sin ni siquiera tomar el párrafo completo del propio Mill y sin basarse en el total y original razonamiento de Say)⁴⁵⁹. Hay que ver que Say quería decir en realidad que: “*sin que haya alguien que tenga una renta previa es muy difícil que demande*” y que toda mercancía se acaba comprando al final con otras mercancías, presentes o a crédito, es decir, pagando con mercancías obtenibles en el futuro pues el préstamo se quiere para adquirir bienes. Como empresario que era, Say sabía de los riesgos e incertidumbres de la profesión y por ello, a corto plazo, nunca negó que podría haber desajustes sectoriales y temporales y que un empresario produjese de más en una mercancía dada y que no le quedase otro remedio que bajar precios, saldarla y adaptarse a las nuevas exigencias de los consumidores. Lo que Keynes no quería ver es que puede darse una demanda inferior a la oferta, por haber decisiones tomadas por personas y empresas en orden a guardar el dinero para un futuro y no consumir-gastar en el presente. Lo que él llama “*atesoramiento*” no es sino un mensaje de los consumidores de que deben ser otros los bienes a producir (menos de consumo presente y más bienes de capital) y no un deseo de avaricia o de mal comportamiento frente al resto de la sociedad, fruto, según Keynes, de unos intereses creados que cabe combatir como sea. (Incluida la fuerza del estado...). En definitiva, Keynes no parece diferenciar que puede haber “*buenas*” y “*malas*” inversiones y que los procesos de inversión requieren unos tiempos de gestación y maduración. La inversión Keynesiana, al ser casi siempre “*no sostenible*”, puede generar ciertos empleos a corto plazo, pero luego se mostrará en toda su magnitud infinanzable, será un despilfarro, o tendrá que recaer sobre los contribuyentes (por impuestos o inflación) el acabarla y, o, el mantenerla, por lo que será casi seguro un sin sentido económico. En cualquier caso, Keynes va a engarzar las corrientes real y monetaria de la economía con esta identificación “*ex ante*” del ahorro y de la inversión.

⁴⁵⁹Esto es curioso, Keynes, es verdad que no dominaba, o conocía solo por encima, el francés y el alemán, pero en esos años de gestación de “La Teoría General” su amistad e intercambios intelectuales con Jacques Rueff continuaron y no es de creer que de haberlo necesitado no hubiese hecho por que el propio Rueff le tradujese o le explicase, en su correcta interpretación, esa frase de Say. En cualquier caso, el libro de Say estaba en ingles en todas las bibliotecas pues fue estudiado por los economistas ingleses y objeto de intercambios entre ellos y el propio Say.

La tesis de Keynes va aparecer inmediatamente después de esa descripción del cómo se consigue el equilibrio. Pero, como él mismo dirá, este se logra sin que el total de la población deseosa de emplearse haya conseguido trabajo, ya que las estimaciones de la “demanda efectiva” hechas previamente por los empresarios, puede no llevarlos, si resulta ser a la baja, a contratar a todos los que están parados. Cabe por tanto el que haya equilibrio con subempleo de recursos. (Esa situación es la que él creía que se estaba dando en la Gran Bretaña de entonces). Con lo anterior, vemos como Keynes se muestra altamente “maltusiano”, como si hubiese una maldición en la economía capitalista que le hace tener una demanda efectiva agregada inferior a la necesaria. (Hay más bocas que alimentar que lo que somos capaces de producir). La salvación solo podía darse, para él, por un incremento de dicha demanda efectiva que hiciese factible el empleo de toda esa mano de obra parada sin quererlo. La inversión privada, ya tenida en cuenta por él para este fin en ese equilibrio con paro, era a sus ojos claramente insuficiente y el desplazamiento al alza de la demanda efectiva, para cubrir el “*gap*” del desempleo, solo puede hacerse con una inversión y gasto del gobierno que lleven a un nuevo equilibrio. Este, ahora, sin paro no deseado...¡?!)

Al proclamar lo dicho anteriormente, Keynes se olvidaba del “cuarto principio” de J. S. Mill, cuando este dijo: “...*el empleo no es nunca una demanda derivada del consumo...*” Tampoco sacó Keynes conclusiones correctas de sus debates con Jacques Rueff, con quien se encontraba en mejor relación intelectual que con Hayek. (Ya que no había con el economista francés “un apriorismo de enfrentamiento intelectual”). O no las quiso ver, dado lo lejos que habían llegado sus desarrollos con los “grupos de Cambridge”. El economista francés claramente le había mostrado cuales eran las causas reales del paro en Gran Bretaña: intervención gubernamental y sindical para evitar la bajada de salarios, más un subsidio de paro fuera de toda proporción, amén de que el país se hubiese refugiado en el conservar prestigio y ascendencia en una total muestra de falta de sentido de la realidad al patrocinar el “*Gold Exchange Standard*” hacia el exterior, adoptado una paridad para la divisa fuera de toda lógica e interviniendo en el mercado de tasas de interés con la práctica de las “operaciones de mercado abierto” por el Banco de Inglaterra... Para Rueff, si se dejaba que “el orden” se instaurase, para lo cual era necesario que se respetase el patrón oro y se facilitase así mismo, pero sin intervenciones estatales, que los precios encontrasen su propio equilibrio en el campo de acción de cada uno, los negocios caducos y casi seguro muchas de las casas de banca de inversión de la “*City*” es verdad que desaparecerían, pero eso haría que los empresarios innovadores buscasen, y encontrasen, nuevas fuentes de obtención de rentabilidad en campos inéditos y que al final los obreros en paro lograsen nuevos empleos en ellos. (Auténtica ley de Say)

Keynes le respondía que eso llevaría mucho tiempo...¡?!y Rueff le contraargumentaba con sus experiencias de los rápidos cambios conseguidos en la reforma Poincaré y los resultados, así mismos rápidos, de las reformas que había patrocinado para muchos países en las “misiones” de trabajo auspiciadas por la Sociedad de las Naciones... Pero Keynes no quiso oír, ni adoptar, algo que no había salido de su pluma...¡?! Era como si su gran ego se lo impidiese y que al tiempo buscase el refugiarse en el pensar: “...ahora, damos un golpe de hacha y conseguimos elevar la producción, empleamos a los parados y, luego, la posible inflación la combatiremos con los medios que entonces sean necesarios...”, o también que se escudase en ese típico

pensamiento suyo de: “...Nosotros, intelectuales sociales, sabemos más que todos estos políticos sin conocimientos de las realidades económicas...” ¡?! Keynes no quería ni mezclarse ni “mancharse” con “esos vicios”⁴⁶⁰...¡?! (A los que sustentaban tales argumentos, con buen criterio, Rueff los llamó: “Dirigistas”).⁴⁶¹ Además, lo que Rueff proponía era a sus ojos un “laissez faire-laissez passer”⁴⁶² y esto tenía para él dos inconvenientes: era aceptar que lo que él llamaba “conservadurismo” tenía vigencia (pues no veía la “libertarian dimension” de la concepción de Rueff) y en cualquier caso la creía “démodée” (anticuada) y pensaba que darle la razón a su “amigo francés” era como reconocer que tanto las clases rentistas, vilipendiadas por él tantas veces, como “los negociantes” y los empresarios “ávidos de beneficios y rentabilidades” (a los cuales depreciaba) estaban en lo cierto y que no había lugar en la economía a intervenciones de personas de élite.

En las páginas finales de su famosa obra, como si ya hablase para conversos, y después de toda la apologética retórica bien vertida en los “libros” y “capítulos” vistos hasta ahora, y como altamente justificado por lo dicho sobre la realidad, según él, de equilibrio con paro no deseado, se va a “quitar la careta” y va a defender teorías y posturas que se creían ya periclitadas o que eran de lo más ingenuo. (Aunque en ningún caso sin peligro por lo fácil de pasar que son todos los argumentos seudocientíficos...). Así, va a justificar el mercantilismo: “hay que favorecer exportaciones y dificultar importaciones para defender el empleo interno...”⁴⁶³ ¡?! También abogará porque “se vuelvan a aplicar las leyes contra la usura...” ¡?!

⁴⁶⁰En la biografía de Keynes escrita por Skidelski estos rasgos del “desprecio” de Keynes por las personas que se dedican a los negocios están siempre muy presentes. Tanto en las etapas iniciales de su actividad como en las postreras y casi cercanas a su muerte. Tal fue el caso cuando estuvo en los comités encargados de negociar con los americanos las conclusiones y modificaciones que deberían establecerse para sustituir al sistema del “préstamo y arriendo” ante la inmediata rendición de la Alemania nazi. Keynes quería que los Estados Unidos condonasen, sin más, las deudas de guerra. Al igual que lo había pretendido, entonces desde fuera, con sus artículos en el *Manchester Guardian*, cuando acabó la primera guerra mundial. Pero ahora “estaba dentro” de las negociaciones y en el “engranaje” del tesoro británico. Por ello, cada vez que los americanos decían que Gran Bretaña debía afrontar sus propios retos y ver la deuda contraída en un contexto de devolución como el de cualquier empresa privada, a Keynes se lo “llevaban los demonios”, pues eso significaba renunciar a un país “con privilegios”, que “debía conservar sus tradiciones” ..., su imperio y su ascendencia...¡?! Nunca quiso someter a las reglas de la racionalidad económica la real situación de la economía británica (como le recomendaba Rueff) debilitada por dos guerras mundiales y por un sostenimiento de magnificencias imperiales imposibles de compatibilizar con esa delicada situación... Lo de ir en contra de negociantes y empresarios es una paradoja más pues, como hemos visto, colocaba sus ahorros y el de sus amigos en bolsa, lo cual era una total contradicción con ese “desprecio” y pretensión anterior, pero para él esa postura estaba justificada pues eso no era “business” ¡?! sino “aprovecharse” de una situación de “apuestas”. Dedicación a la que, por cierto, Keynes era muy aficionado. (Siempre supo encontrar en sus viajes tiempo para darse unas vueltas por los casinos). Ese “jugar” en la bolsa era para Keynes como ir a las carreras y estar informado de cómo están los diferentes corceles... A sus ojos, el realizar una imposición en bolsa era también “un juego” con gran campo para el azar, solo que a una persona con una mente privilegiada como la suya le era accesible el intuir bastantes de los comportamientos que tendrían los demás jugadores en esa especie de casino... Como vemos: “fatal arrogancia” y tergiversación de lo que es invertir, más desconocimiento y desprecio de la labor y del importante papel del empresario en la economía....

⁴⁶¹El economista francés no pudo ya replicarle de modo inmediato a todo esto pues se encontraba de vuelta en Francia, intentado convencer a los ministros de finanzas de París para cambiar el rumbo de la economía y enfrentarse a la debacle hitleriana. No obstante, el “confinamiento” que a Rueff le supuso el estallido de la guerra le permitió escribir, como veremos, una obra: “l’Ordre social” que compendia todas las respuestas a las propuestas Keynesianas... Pero..., Keynes no llegó a leerla pues la muerte le sorprendió antes...

⁴⁶²Uno de sus artículos más exitosos antes del “La Teoría General”, contenido en el volumen de “ensayos de persuasión” fue precisamente: “*The end of laissez faire*” ...

⁴⁶³En los “refinamientos” tardíos de la obra de Keynes y en los ajustes que a la misma hicieron los postkeynesianos, la renta va a depender también del “saldo del comercio exterior”: exportaciones “X”, menos importaciones “M”. Es decir, “la ecuación de la renta” quedará así: $Y = C+I+G+(X-M)$. Puede verse el “sesgo mercantilista” ...: “...si no consigo un saldo exterior favorable... puedo no tener suficiente renta y no combatir bien el paro...” Es verdad que, en descargo de esa visión mercantilista tan poco rigurosa de Keynes, cabe decir, para comprenderlo, aunque no para justificarlo, que él era consciente de que más gasto y más inversión darían incrementos de precios y problemas en la balanza de pagos por cuenta corriente (todo dentro de una economía cerrada como era la de su modelo) por lo que no es de extrañar que buscara el cambiar hacia políticas mercantilistas que le ayudasen en ese aspecto... Lo paradójico es que hacía pocos años (en 1923) había defendido lo contrario, diciendo, en un artículo en “*Nation and Athenaeum*”, que el arancel era: “...la falacia proteccionista más brutal y grosera...” Su

Pedirá, incluso, que: *“...a los billetes del Banco de Inglaterra se les pongan sellos...”* de tal modo que pierdan valor cada un cierto tiempo y así facilitar el que “corran” ... ¡?!, etc.

Además, querrá combatir el “subconsumismo”: *“...nadie debe dejar de consumir toda su renta...”* ¡?!. Pretenderá también abolir las herencias y acabar con cualquiera que quisiese “vivir de sus rentas” ... ¡?!. El fin justificaba los medios... suponemos que se dijo, amén de que pretendiese el que se admitiera que se debía acabar con el paro para evitar una revolución... y, en especial, salvar el *“¡rule Britania!”*. Todo sin ver, o bien obviando a corto plazo, que el precio a pagar sería que se destruyese la virtud de ahorrar: *“...virtud privada pero pecado si es de multitud...”*, que los empresarios acometerían inversiones de mala rentabilidad por los tipos de interés excesivamente bajos y que el dinero perdiera todas sus funciones como depósito de valor...

6. CONCLUSIONES

Con un cinismo despreciable, bastantes políticos populistas y pensadores mal llamados progresistas, por mor de ese keynesianismo instalado en las mentes, nos viene a decir que: *...seguir con la deuda pública no es malo, sino todo lo contrario, pues a los acreedores exteriores se les “ajusta” con una o varias devaluaciones y a los subscriptores de deuda del interior (“rentistas pequeño burgueses”) se les “da la eutanasia” con la inflación...”* ¡?!. Por ello, esos sindicalistas, esos políticos populistas, esa cantidad de personajes auto titulados de “izquierdas” y todos los “forjadores de opinión” de igual cariz, no quieren tampoco el “sistema euro” que impide “nominalmente” todas estas argucias. Eso cuando ese sistema, todavía y desgraciadamente, tiene “muchos agujeros y permisivas fugas”. No por otra cosa cuesta tanto cortar de raíz el derroche de gastos gubernamentales y el estar en déficit público permanente. Todo, cuando sabemos que de no hacerlo así eso nos lleva a pagar infinitos impuestos y a no generar la riqueza que debe contribuir a desterrar la miseria que, precisamente, es lo que esos llamados “izquierdistas” y sus otros aliados populistas, sean o no bien intencionados, dicen querer combatir... Ese pensamiento equivocado, típicamente keynesiano, pero muy incardinado en la sociedad, lleva a la gente también a confundir indicios aparentes: *“...no hay demanda y los políticos deben de hacer porque se incremente... (¿Que corra el crédito?), para que yo venda mis artículos y dé trabajo a la gente”* ... Con las causas verdaderas: *“...no hay demanda porque no hay oferta procedente de empresas con producción sostenible o porque se invirtió en algo equivocado (construcción, trenes sin gente, autopistas sin tráfico, aeropuertos sin vuelos, productos no demandados, etc.) y ahora no hay capital para crear nueva oferta y hace falta un tiempo para recuperarse...”*

Los políticos pensaron que no habría paro y que en su caso bastaba con generar más y más, gasto público para combatirlo..., y..., al postre..., tuvieron: ¡paro e inflación! (“stagflation”). Los obreros y pensionistas clamaron, y se alzan aun hoy en día, porque sus remuneraciones estén “indiciadas al coste de la vida” (IPC) y piden que eso sea así por el alza de los precios... Al final,

proteccionismo fue público incluso ante el *Comité Macmillan*”, pues esperaba que la subida de precios, básica para su idea de “bajar en formato placebo los salarios reales”, no se le fuese de las manos por culpa de la balanza de pagos... allí se justificó diciendo que: *“... el proteccionismo es malo a largo plazo, pero... a corto plazo, hoy, es el mejor remedio...”* (¡Como siempre: *“...a largo plazo todos muertos...”*!)

los políticos ceden y decretan subidas de esas pensiones y salarios... que al poco hacen que suban los precios de nuevo...¿?! Pero uno se pregunta: ¿por qué no se alzan los pensionistas y los sindicalistas contra lo que ha hecho subir el “IPC”? Es como si pensasen que la subida de los precios es un mal congénito del sistema, una especie de maldición, un algo imposible de frenar y no una de las manifestaciones de la inflación a causa de la impostura hecha con el dinero desde Keynes. Nadie ve que es el Banco Central monopolista quien causa siempre, en connivencia con los gobiernos y con la “ayuda” de una deuda pública fuera de toda lógica, ese problema. Por ello, queda en pie la pregunta: ¿por qué nadie pide acabar (pensionistas reivindicativos incluidos) con la “alquimia” del dinero?

El no tener un orden monetario está claro que es una de las causas de distorsiones en los niveles de empleo de cualquier recurso, y por supuesto de la contratación o paro de los trabajadores, pero no es la causa primera en este último caso pues el empleo del factor humano tiene más que ver con desajustes reales en los mercados laborales tales como las fijaciones arbitrarias de modalidades de contratación, leyes de salarios mínimos, obligaciones de cotizaciones sociales, restricciones aportadas por los convenios colectivos, etc., así como por la implantación de las nuevas tecnologías que hacen más o menos necesaria la contratación de personal o su desplazamiento de unos sectores caducos hacia otros más nuevos y más productivos...

Es totalmente cierto que el factor monetario es causante de distorsiones en esos mercados de empleo cuando se utiliza un dinero sustituto, totalmente fiduciario, generado en exceso como es el caso hoy en día. Más propiamente deberíamos hablar de la oferta monetaria del Banco Central como elemento facilitador de préstamos baratos para que se acometan proyectos empresariales que a corto plazo suponen contrataciones laborales pero que acabaran por ser en su mayor parte insostenibles. Esto es una incongruencia, como dejó dicho Jacques Rueff en su día, por ser una distorsión de los sistemas de libre fijación de los precios. (Ahora en el ajuste de los salarios, que no son otra cosa que los “precios” que se “fijan” en los mercados laborales).

Keynes fue el campeón del utilizar la deuda por el estado y del desvincular la moneda de un patrón de valor (en su momento el oro) con tal de dar armas a los gobernantes para que tuvieran capacidad de actuar contra el paro para evitar “revoluciones a lo bolchevique”. (Salvo que se siguiese lo que él preconizaba... ¿?!). Para ello dijo que la “ley de Say” no era cierta. Como lo hizo de modo tan persuasivo y con tal autoridad en lenguaje, formas y actitud, nadie se molestó en ver si lo que dijo Say era lo que le atribuyó Keynes: *“La oferta crea su propia demanda”* o algo muy diferente. Pero esa afirmación tergiversada sobre lo que dijo Say por el “mayor economista de los tiempos modernos” (“Schumpeter dixit”) le valdría para hacernos la trampa de todo mago: desviar la mirada del público a una mano para que no se vea lo que se está haciendo con la otra... A sus ojos y por su manipulación persuasiva ante los de muchos, la “ley de Say” no era cierta pues el paro ahí estaba y seguía por lo que se hacía necesaria la intervención del gobierno, bien utilizando al Banco Central para que bajase el tipo de interés y se facilitasen préstamos a todos los azimuts, haciendo con ello perder valor a la moneda (no nominalmente pero sí en su poder de compra vía inflación), o bien que, complementaria, o mejor, alternativamente y de un modo directo, fuese el estado quien asumiese, con

presupuesto en déficit y consiguiente emisión de más deuda, el emplear a quien no tuviese trabajo... ¡?!

Sí, Keynes era consciente de la inflación que podía desatarse... pero él confiaba en que ello siempre se podría revertir si allí estaba alguien como él vigilando...⁴⁶⁴ (“Fatal arrogancia” aparte, tal vez no había leído lo dicho en las *“las mil y una noches”*, o no se acordaba, de que el genio de la lámpara, cuando sale, y cumplidos los tres deseos, es muy difícil que se vuelva a meter dentro...). Pero Say le hubiera dicho a Keynes lo mismo que dijo cuándo publicó, en 1803, su *“Traité d’économie politique”* y dio allí su famosa *“loi des débouchés”* o de “aseguramiento de salida de lo producido por las empresas”. En ese “tratado”, Say no dijo que *“siempre lo fabricado será vendido”*, sino: *“...toute production répondant à un besoin, crée, par son activité, un surcroît de pouvoir d’achat égal à ce qu’il faut pour acheter les produits offerts”*⁴⁶⁵. Vemos que lo importante es que esa oferta responda a necesidades reales, que “sea innovadora”, que tenga demanda, en definitiva, pues con ello podrá remunerarse a los factores que han contribuido a crearla. El acento está puesto en lo dicho de “oferta innovadora” que satisface necesidades reales y en una cuestión de fondo que reposa en todo el “tratado” y en toda su “concepción económica”, cuál es el grado de libertad de la economía. (Como también sabemos que años después, otro francés, economista como él, Jacques Rueff, defendió toda su vida). Cuando en una sociedad ese nivel de libertad se reduce se le hace difícil a los empresarios el cambiar sus inversiones de un sector periclitado a otro más en progresión. Entonces, *“la oferta no puede generar demanda”* y es cuando ese capital invertido no puede recuperarse para una nueva actividad y la empresa se ve condenada a desaparecer y lo hace llevándose en esa muerte una riqueza que podría haber beneficiado a toda la sociedad. El que el estado trate de sustituir a esos empresarios, empresas y, o, sectores caducos, o darles continuidad vía subvenciones y prestamos artificialmente baratos, o nacionalizándolos, generando con ello al cabo más inflación, siempre con la finalidad de que se siga en igual tipo de fabricaciones o servicios para combatir el paro, es una política equivocada. La misma habrá sido inspirada, implícita o explícitamente, en las ideas keynesianas para solucionar el desempleo, pero de nada sirve..., pues será solo, y a lo más, el tener *“pan para hoy..., y hambre para mañana”* ...

Por estas causas, los empresarios que se metieron en las empresas que dan esos bienes que ahora no se desean o que se producen a costes no competitivos, deben desinvertir, y los trabajadores empleados en esas empresas, deben dejarlas. De lo contrario nos veríamos obligados a pagar subvenciones a nuestra costa a los propietarios y trabajadores de negocios no sostenibles⁴⁶⁶. (Es como si por no perder empleo en conductores de diligencias no

⁴⁶⁴ Enefecto, en su libro: *“Tract on monetary reform”* (1923) nos dejó esta frase: *“...changes in the value of money have produced in the past, and are producing now, the vastest social consequences, because, when the value of money changes, it does not change equally for all persons and for all purposes... the inflation and deflation alike...has inflicted great injuries”*.

⁴⁶⁵ Traducción: *“... Toda producción que responda a una necesidad, crea, por su actividad, un incremento de poder de compra igual al que es necesario para adquirir los factores que han contribuido a producirla...”*

⁴⁶⁶ Entiéndase lo dicho. No se debe querer una “eutanasia social” de nadie. Casos flagrantes deberán atenderse con la solidaridad necesaria y con las ayudas que permitan una reinserción, con su coste bien colocado en los presupuestos públicos y con impuestos claros y finalistas que las financien. Esta reconversión de los trabajadores no siempre puede darse en igual sector, oficio, lugar o empresa, pero se entiende que fuera de eso y de un normal tiempo de transición, la menesterosidad no pueda extenderse al infinito, pues humilla a quien la recibe (cuando puede valer por sí mismo) y denigra a los que la permiten, a los que la atienden y a los que la consienten. Crea dependencias políticas clientelares y servilismos y además tiene un coste de oportunidad enorme al emplear recursos donde no deberían estar y dejar con ello sin afrontar los desafíos que podrían traer mitigación real del paro.

hubiésemos puesto el ferrocarril). Pero, para que esa migración de sectores ya no defendibles se produzca, es fundamental el que haya suficiente libertad institucional, pues si el estado hace lo indecible por mantener el *“statu quo”* y las organizaciones sindicales emplean todas sus armas para defender todo puesto de trabajo de modo permanente, en vez de defender el que *“la gente trabaje siempre”* (pero allí donde se consigan valores añadidos reales, no en lugares subvencionados directa o indirectamente), lo único que conseguimos es sumirnos más en la miseria y, o, en el: *“...todos iguales... pero todos cada vez más pobres...”*

Hemos dicho antes que Say lo que dijo en realidad es que sin que haya alguien que tenga una renta previa es muy difícil que demande. Curiosamente, esto los políticos lo saben muy bien y por ello buscan que en sus términos municipales se instalen fábricas y empresas que si son sostenibles y aportan valor a sus clientes darán trabajo a parados que consumirán y ahorrarán y pedidos a proveedores que pagaran nuevas rentas, etc., etc., ¡esa sí es la ley de Say!⁴⁶⁷ En cambio no lo es, lo que dijo un expresidente de comunidad autónoma en España, cuando hubo que *“ajustar”* los presupuestos públicos a consecuencia de nuestro desastre económico de 2007: *“...Si para reducir el déficit deciden no hacer carreteras, habrá menos empleo, si hay menos empleo, habrá menos consumo y más crisis y, lógicamente, se pagaran menos impuestos, con lo que aún habrá más déficit...”* ¡?! Toda una glosa resumida del argumento

⁴⁶⁷Mucho cuidado con ese *“facilitar”* la instalación de empresas... Casi invariablemente, una o dos veces al año, en especial en los previos a una crisis, tenemos el caso de una empresa que recibió subvenciones para su instalación en algún lugar geográfico que los políticos decidieron subvencionar. Pero al cabo de un tiempo, por mor de que se acaban esas subvenciones o porque cambien los criterios de otorgarlas o porque a la empresa no le va bien, esta decide cerrar y marcharse. Entonces se levantan las voces de trabajadores, sindicatos, políticos y de la opinión pública y publicada, para *“maldecir”* a la empresa que recibió subvenciones a costa de todos y ahora decide cerrar...¡?! La causa raíz estuvo en el mal del *“subvencionar”* y en la equivocada cultura de creerse, por los políticos, el ser capaces de *“arreglar”* un problema económico en *“fatal arrogancia”* de gente que en su vida arriesgó su patrimonio en proyecto alguno... Vamos a ver, si algo puede estimarse como rentable, como es la instalación en un territorio, las empresas ya acudirán por sí mismas... Esas facilidades de terrenos a bajo precio, contratos de trabajadores con primas etc., etc., aparte de que suponen favorecer a unas empresas y unos territorios, en contra de otras y otros, pueden decantar, solo como *“última gota que colma el vaso”*, una implantación, pero son altamente peligrosas, pues si las empresas solo son rentables gracias en gran parte a esa subvención, tarde o temprano eso se acabará y durante toda la vigencia de ese mal proceder se habrá dado un tomar fondos públicos de unos para meterlos en subvenciones a otros. Recursos que a la postre son despilfarrados ya que normalmente nunca se recuperaran... La segunda cuestión a glosar es que a tantos extraña ese proceder empresarial. Todo empresario, grande, pequeño, autónomo o individual, que ve que su empresa o negocio va mal, acaba cerrándolo y dedicándose a otra cosa. ¿Por qué ahora nos *“rasgamos las vestiduras”* con esta empresa subvencionada que cierra?... El querer mantener a toda costa empresas inviables tendría un coste infinito... Pero cara a ese *“mantenimiento numantino”* incluso se suele decir eso de... *¿cómo es posible que una compañía haga tal cosa...?, si... ¡hasta tiene beneficios!* En primer lugar, hay que pensar que una empresa o un empresario no tiene comportamientos sádicos innatos o de tal calado que haga las cosas así porque sí... Ese cierre le va a costar mermas en su patrimonio real y en el reputacional, por lo que si consume ese cierre es por no poder seguir por más tiempo con unos recursos comprometidos que no le dan el rendimiento adecuado. Es verdad que llegados aquí las voces que se alzan ahora son las de que sea el empresario el que recorte sus beneficios, saque menos rentabilidad y se conforme...¡?! Pero si se le obliga a ello por ley o por la autoridad, eso será malo para todos, ya que ese empresario se hará absentista, no invertirá ya más, la empresa se quedará obsoleta y al final el cierre llegará de igual manera, solo que ahora sin salvar un patrimonio que podría haber dado frutos en otro sitio. En segundo lugar, el aducir que: *“ya se tienen beneficios...”* como un argumento contrario al cierre, es totalmente falaz e ingenuo y de un desconocimiento de las reglas económicas más elementales, pues si no los hubiesen tenido ya ni habrían venido o habrían cerrado mucho antes. El problema es no darse cuenta que una empresa no hace lo que hace por los beneficios, sino por la rentabilidad y pueden darse los primeros sin que se dé la segunda. La empresa busca obtener de cada uno de sus proyectos una corriente de *“free cash flow”* (*“FCF”*) tal, que la *“TIR”* de esos *“FCF”* esté en consonancia con una tasa de oportunidad media o normal de mercado. Conocemos, además, que esa es la práctica habitual en todos los casos de inversión empresarial. La empresa de la que hablamos, en su momento, y calculando incluso las subvenciones, decidió invertir de acuerdo con un *“business case”* que debió mostrarle posibles rentabilidades correctas pero, si ahora, por errores empresariales de apreciación de la demanda, por cambios en la legislación, por una tecnología imposible de mantener y, o, por haber subido los costes o las tasas de interés (coste de oportunidad al que se descuentan los *“FCF”*) se demuestra como un *“business case”* no factible... ¿Qué debe hacerse? ¿Obligarla a seguir produciendo cosas que no tienen demanda, o que incorporadas como componentes a otros productos de la empresa harán a estos más costosos y casi seguro menos rentables y que con ello se deban cerrar otras fábricas o centros de trabajo?... Algunos, como solución, piden más subvenciones o simplemente ¡nacionalizaciones! (que acabarían siendo tales, pero de pérdidas, como las del viejo *“INI”* franquista) e incluso piden condenas jurídicas... pero ya sabemos a dónde conduce todo esto y que ocurre en todos los lugares que siguen tales prácticas. Las mismas pueden traer incluso males mayores si esa ayuda o nacionalización se hace con más deuda pública y, o, con un dinero fiat creado en impostura total.

basado en eso tan persuasor del “lógicamente” y del sentido “aparentemente común” del: *“hagamos lo que debemos, aunque debemos lo que hagamos”*, pero en total contradicción con lo que esa política, tan “persuasivamente lógica”, nos va a traer como resultado por su absoluta insostenibilidad...

Reforzando estos argumentos tenemos “otras muestras” ... Así, ya creíamos que eran cosas del pasado las ideas y actitudes luditas, por las que los obreros en paro eran persuadidos de que su falta de trabajo era debida a la introducción de las máquinas y que por ello debían destruirlas, pero descubrimos que las mismas siguen muy vivas, incentivadas incluso por un periodismo demagógico que busca dirigirse a la aprobación fácil de un contingente de lectores y telespectadores malamente educados y a los que se les ha hurtado toda actitud crítica (aunque sean de la generación con mayor número de estudiantes universitarios de nuestra historia...). Así, en programas de televisión hay suficientes reportajes y en los *“trendingtopics”* numerosos *“post”*, en los que se comenta que la nueva incorporación de máquinas de auto servicio, de auto suministro de gasolina, de auto pago en peajes de autopistas, de cajas libres de cobradores en supermercados, de ventanillas bancarias sin oficinistas, de máquinas expendedoras de billetes en estaciones, etc. y, en general, “del hágaselo usted mismo”, supone ¡perder puestos de trabajo!... ¡?! Ese periodismo, nuevamente, sigue la demagógica forma de mostrar solo “la parte que se ve”..., (que, eso sí, les da titulares y presencia) y no deja ni un mínimo espacio en sus artículos y *“spots”* televisivos a “la parte que no se ve...”, es decir, al indicar que sin negar ese desplazamiento temporal de la fuerza de trabajo, en otros sectores y lugares se están creando nuevos puestos laborales (estos sí con auténtico valor añadido) en la fabricación de esas máquinas, en el diseñar los “softwares” que las mueven o en las empresas que las comercializan y que... ¡hay que saber prepararse para ocuparlos!. (Nuevamente: ¡“auténtica ley de Say”!).

La deuda ha sido un leviatán en la historia... Además, todos los populistas habidos desde el inicio de nuestra existencia como raza humana siempre han excitado los ánimos de las personas del pueblo con el demagógico grito, personificado históricamente en Julio Cesar, del: *¡que se perdonen las deudas!* Esa posibilidad, tantas veces convertida en realidad, ha sido siempre la coartada para que se dé el mayor de los riesgos morales: *¡endéudate!*... *total, al final siempre habrá algún modo de quitarte la deuda de encima...* No otra cosa es lo que han practicado muchos gobernantes a lo largo de los siglos y en un momento dado creyeron encontrar la “piedra filosofal”: pedir préstamos en auténtica moneda y devolver sustitutos del auténtico dinero en formato de papel o en depósitos bancarios convenientemente devaluables... Con ello, la circulación fiduciaria de curso legal acabó perdiendo su ligazón con la moneda metálica de oro o plata (el patrón del sistema) y por ese conducto se llegaba a la inflación y se tuvo siempre “la eutanasia” de quien detentaba ese mal llamado dinero, o lo tenía prestado, y a las consiguientes quiebras de bancos sin suficientes reservas de efectivo real. El “cierre del circuito” se consiguió cuando un solo banco se alzó con el privilegio de ser el “banquero de los banqueros” y a la vez del gobierno y que este, en un “bucle sin fin” y en total “referencia circular”, protegiese a unos y a otro utilizando para ello nuestro propio patrimonio. (Expropiándonoslo coactivamente vía inflación e impuestos de todo tipo). Por eso, en la reciente gran recesión 2007-2014, los bancos centrales, diciendo eso de: *“toobig, toofail”*, han rescatado con nuestra riqueza personal a esos bancos y cajas de ahorros “imposibles de

dejarlos quebrar” según han dicho... ¡?!). Claro que lo han hecho en muchas ocasiones buscando fines loables como el de combatir el paro, pero el no respetar las leyes económicas más elementales y trastocar el “orden social” como dijo Jacques Rueff nos ha llevado a soluciones peores. Pues nuestra historia económica, ahora hace cien años, no es otra que la de continuas crisis e intentos de levantarnos para volver a caer en lo mismo. Por el contrario, lo que debe buscarse es disponer de una economía donde las empresas generen bienes y servicios apreciados por los consumidores nacionales e internacionales y que hagan esto sin estar protegidas falsamente con barreras arancelarias, administrativas o de legislaciones mercantilistas disfrazadas, que no son sino “muros” que evitan que la competencia interna y externa haga mejorar la calidad de la oferta en beneficio del ciudadano consumidor y el abandono rápido de producciones sin salida. (Auténtica “ley de Say”).

BIBLIOGRAFÍA

Alonso Neira, Miguel Ángel. 2016. *Expansiones y recesiones en un mundo globalizado*. RBA Editores. Barcelona.

Hayek, F.A.

-1978. *La desnacionalización del dinero*. 1983. Unión Editorial. Madrid

-2018. *Obras completas. Volumen IX. Contra Keynes y Cambridge* Unión Editorial. Madrid. (Segunda edición)

Huerta de Soto, Jesús.

-1992. *Socialismo, cálculo económico y función empresarial*. (5ª ed.) Unión Editorial. Madrid.

-1998 6ª ed. (1ª ed.). 2018, *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*. Unión Editorial. Madrid.

Keynes, John Maynard.

-1996. *Breve tratado sobre la reforma monetaria* Ed, Fondo de cultura económica. México

-1965. *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*. Ed. Fondo de cultura económica. México.

-1966. *Tratado del dinero: teoría pura y aplicada del dinero*. Unión Editorial. Madrid.

Minart, Gerard. 2016, *Jacques Rueff, un libéral français*. Odile Jacob Ed. Paris.

Rojo Duque, Luis Ángel. 1988. *Keynes, su tiempo y el nuestro*. Alianza Ed. Madrid.

Rueff, Jacques.

-1927. *Théorie des phénomènes monétaires. Statique*. Payot. Paris.

-1944. *L'ordre social*. Editions de Medici. Paris. (1965. “El orden social”. Aguilar ed. Madrid).

-1961.*Discours sur le crédit*. Ed. du collège libre des sciences sociales et économiques. Paris.

-1966. *Le lancinant problème des balances de paiements*. Payot. Ed. Paris.

-1967.*La era de la inflación*. Guadarrama Ed. Madrid.

-1971.*El pecado monetario de Occidente*. Dopesa Ed. Madrid

-1972.*De l'aube au crépuscule. Autobiographie de l'auteur*. Plon Ed. Paris.

-1972.*Combats pour l'ordre financier*. Plon. Ed. Paris.

Schumpeter, J. A. 1971.*Historia del análisis económico*. Ariel. Barcelona.

Skidelsky, Robert. 2015. *Keynes*. RBA Ed. Barcelona.

Skousen, Mark. 2010. *La formación de la teoría económica moderna*. Unión Editorial. Madrid.

MODELO DE DESARROLLO TERRITORIAL BASADO EN LA INNOVACIÓN SOCIAL

Innana Català Miguel

Universitat Politècnica de València, Spain

Carlos E. Seaton Moore

Universidad Simón Bolívar de Caracas, Venezuela

Resumen:

En este trabajo se presenta un Modelo de Referencia para el Desarrollo Territorial basado en la Innovación Social. Se trata de un modelo sistémico, el cual se nutre, tanto de la formulación teórica, como de la evidencia empírica aportada por casos exitosos a nivel internacional. Nuestro propósito es aportar conocimientos y prácticas efectivas que ayuden a pensar y actuar estratégicamente a cada un@ de l@s agentes de cambio a l@s que compete la responsabilidad de liderar y concretar procesos de desarrollo territorial en una sociedad post-crisis. A tal efecto, partiendo de la gobernanza como elemento central para crear las políticas que hacen posible el desarrollo territorial y el empoderamiento de los agentes de cambio, el modelo contribuye a: (i) la comprensión de las relaciones que deben ocurrir entre los agentes educativos, empresariales, sociales, y tecnológicos responsables de diseñar y liderar los programas generadores de soluciones que combaten la desigualdad, la pobreza y la exclusión social; (ii) la conceptualización y la construcción de la infraestructura de soporte a ejecución de proyectos de innovación social; y (iii) la experimentación con las teorías de cambio y las teorías de acción sin las cuales resulta imposible liderar y acompañar procesos de transformación territorial.

Palabras clave: Innovación Social, Desarrollo Territorial, post-crisis, crecimiento económico, economía social y solidaria

Abstract:

This paper deals with the creation of a reference model, based on social innovation, that could be applied by those interested in promoting territorial development. It is a systemic model

which draws from both, the theoretical work performed by seminal investigations, and the empirical evidence provided by successful stories of territorial transformations. Our aim is to help those change agents, within organizations and institutions, that share the responsibility of thinking and acting strategically in order to find meaningful and lasting answers to the pressing needs of a post-crisis society. The model, starting from a conception of the governance as the driving force behind public policy development and empowering of social change agents, will contribute to: (i) the understanding of the relationships that must occur between all stakeholders involved in the design and implementation of programs leading to reduction of poverty, inequalities and social exclusion within a given territory; (ii) the conceptualization and building of the social and technological infrastructure needed to execute social innovation projects; and (iii) the exploration and experimentation with the change theories and action theories which are key to fostering and accompanying high impact processes of territorial development.

ÍNDICE

- 1. Introducción**
- 2. Elementos conceptuales del modelo de referencia**
- 3. El desarrollo del modelo de referencia del desarrollo territorial**
- 4. Conclusiones**

1. INTRODUCCIÓN

La búsqueda de soluciones a una sociedad post-crisis ha dado lugar, en las últimas décadas, a múltiples investigaciones que se han ocupado de estudiar y analizar la actual problemática socio-económica con el fin de encontrar las soluciones más adecuadas, y propiciar un cambio social que traiga consigo un aumento del bienestar y una mejora en la calidad de vida. Estos estudios e investigaciones han ido dando lugar a una serie de escuelas y modelos de pensamiento en Europa y en América (modelos de innovación territorial).

Una de estas corrientes, cuyo autor más representativo es Moulaert, sostiene que la Innovación Social se revela como una herramienta capaz de posibilitar un desarrollo regional que, basado en una visión multidimensional de la innovación, de la dinámica económica y de la gobernanza comunitaria, ofrezca oportunidades de superar la fragmentación de la comunidad, la alienación de las necesidades básicas, el deterioro del ecosistema, la creación de ghettos culturales y la desigualdad económica extrema. (Moulaert, 2009a, 2009b; Moulaert y Ailenei, 2005; Moulaert et al., 2010, 2013; Moulaert et al., 2005; Moulaert y Mehmood, 2011; Moulaert y Nussbaumer, 2005, 2008, Moulaert y Sekia, 2001; Hillier et al., 2004; Klein, 2009; Klein et al., 2014; MacCallum et al. 2009;, 2003; Salom, 2003; Semitiel y Noguera, 2004). Y todo ello, a través de innovaciones que impliquen nuevos modelos específicos de organización, de toma de decisiones, de producción y de distribución que ofrezcan soluciones reales a estos problemas.

En los años ochenta, la innovación social fue redescubierta como concepto científico y como lema de acción para analizar y orientar el desarrollo territorial, especialmente en las zonas urbanas (Moulaert y Van den Broeck, 2018). En esta publicación, los autores se refieren, principalmente, a dos trayectorias de investigación/acción, una centrada en Europa y la otra en Québec (Canadá), las cuales abordan el desarrollo comunitario basado en el territorio desde una perspectiva de innovación social. Explican cómo la gobernabilidad vinculada a la base es una condición sine qua non para un patrimonio común duradero e innovador desde el punto de vista social; y por qué los barrios, las localidades, las regiones y los espacios identificables desde el punto de vista socio espacial, funcionan como caldo de cultivo para la innovación social.

Tanto la perspectiva europea como la canadiense destacan el papel fundamental que juega el territorio como un elemento promotor del crecimiento económico y de las relaciones entre los actores involucrados en el mismo. En tal sentido, se reconoce que para fomentar iniciativas socialmente innovadoras que aborden las desigualdades e injusticias subyacentes en las comunidades, se debe adoptar un enfoque de desarrollo que tome en serio, tanto la ética como el territorio. Este enfoque tiene la capacidad de abordar el desarrollo territorial en todas sus dimensiones (social, espacial, ecológica...) adoptando, al mismo tiempo, una ética de la justicia social. La perspectiva territorializada de la innovación social permite, en consecuencia, explicar las relaciones entre la satisfacción de las necesidades humanas, por un lado, y el empoderamiento social, por otro. El vínculo entre innovación social y territorio puede definirse, por tanto, como un elemento integrador de las relaciones socio-espaciales de tal manera que se incrementa la autonomía local en la construcción de futuros deseables para toda la comunidad.

Las investigaciones citadas han permitido sentar las bases conceptuales, identificar evidencias empíricas y sugerir modelos de análisis e intervención, como el de investigación-acción, aplicables a la solución de las actuales crisis de desarrollo urbano, rural y local. Sin embargo, hasta la fecha, no se ha desarrollado un modelo que permita a los actores involucrados en el desarrollo territorial pensar y actuar estratégicamente. Por ejemplo, actuar como agentes de cambio desde el nivel macro, meso y micro en el liderazgo, monitoreo e implementación de las soluciones post-crisis deseadas.

El objetivo de este trabajo es presentar un modelo que contribuya a la aportación de elementos conceptuales y empíricos que ayuden a los responsables del desarrollo territorial en la ideación e implementación de dichas soluciones. A tal efecto, siguiendo un enfoque sistémico, se propone un **Modelo de Referencia (MR) de Desarrollo Territorial (DT) basado en la Innovación Social (IS)**, diseñado con la intención de facilitar la gobernanza y la dinamización de los actores involucrados en los procesos de generación de riqueza y de bienestar en un territorio.

Para la presentación del trabajo realizado, se ha dividido este documento en tres secciones, las cuales, además de esta, son:

2. Elementos conceptuales del Modelo de Referencia, en la que se presentan los objetivos del modelo, los fundamentos teóricos que han soportado el diseño conceptual del mismo (Sistemas Regionales de Innovación y Diseño de los Sistemas Sociales), y una síntesis de las

aportaciones que se esperan obtener, a nivel conceptual, al aplicarlo para a la transformación de un determinado territorio o nación.

3. Desarrollo del Modelo de Referencia, sección que incluye la definición básica de la Innovación Social que ha sustentado la concepción del MR de DT, las implicaciones de la misma a la hora de diseñar el modelo para el Desarrollo Territorial basado en la Innovación Social, y la arquitectura organizacional necesaria para soportar y potenciar las relaciones que harán posible la transformación deseada.
4. La aplicación del Modelo de Referencia, sección que describe las diferentes fases y procesos que son necesarios para implementar el modelo de referencia para el desarrollo territorial y hacer realidad la visión que tienen de su territorio los diferentes agentes comprometidos con su transformación.

2. ELEMENTOS CONCEPTUALES DEL MODELO DE REFERENCIA

Metodológicamente el desarrollo de un Modelo de Referencia constituye un ejercicio de representación, realizado a un elevado nivel de abstracción, de las relaciones existentes entre las variables que originan y explican el funcionamiento de un fenómeno, proceso o sistema determinado (Camarinha-Matos y Afsarmanesh, 2003, 2006b, 2008; Camarinha-Matos, 2001; OASIS, 2006).

Los objetivos del modelo que presentamos son dos:

1. Facilitar la comprensión integral u holística de las variables principales que afectan al comportamiento del proceso del desarrollo territorial, bien sea a nivel local, regional o nacional.
2. Generar soluciones facilitadoras de la gestión de los procesos operativos que soportan el crecimiento y el progreso de las comunidades y territorios, independientemente de las tecnologías que se usen para ello.

La primera característica permite pensar y actuar estratégicamente sobre las variables claves que influyen, de manera específica, en el desarrollo de una región determinada. La segunda mantiene abierta la posibilidad, no sólo de experimentar con varias tecnologías para satisfacer los requerimientos del Modelo, sino también de producir una diversidad de soluciones adaptables a los cambios evolutivos que experimente cada territorio.

El enfoque sistémico del MR se ha planteado a partir de la aplicación de: (1) la teoría y la práctica que han sido generadas en investigaciones sobre los **Sistemas Regionales de Innovación (SRI)** (Andersson y Karlsson, 2002; Autio, 1996; Carrincazeaux y Gaschet, 2015; Castro, 1997; Philip Cooke, 2004; Philip Cooke et al., 1997; Philip Cooke et al., 2004; Philip Cooke y Morgan, 1993; COTEC, 2007; D'Allura et al., 2012; Fernández de Lucio y Castro, 1995, 2001; Freeman, 1995; Gomez Uranga y Olazarán, 2001; Lim, 2004; Lundvall, 1992; Morgan, 1997; Nelson, 1992; Uyarra, 2008; Zabala-Iturriagagoitia et al., 2007); y (2) el **Diseño de los Sistemas Sociales (DSS)** generado por Banathy (1987, 1988b, 1988a), y desarrollado posteriormente por el mismo investigador (Banathy y Jenlink, 1996, 2005; Banathy, 1996, 2000, 2002).

La consideración de los Sistemas Regionales de Innovación ha aportado conceptos de los que se han derivado aprendizajes necesarios para:

1. Soportar la toma de decisiones políticas necesarias para concebir e implementar las estrategias territoriales orientadas hacia la transformación de la innovación social en un poderoso y efectivo instrumento para reducir la desigualdad y aumentar la distribución de la riqueza.
2. Proveer un espacio sociotécnico para la experimentación y exploración sistemática con las relaciones entre los agentes dentro de cada territorio, cuyas interacciones hacen posible el lanzamiento y la sostenibilidad de los procesos de innovación social.
3. Facilitar el monitoreo y la evaluación de las modalidades de innovación social adoptadas, contribuyendo a la validación de estas y a su difusión en otros espacios dentro y fuera del territorio.
4. Contribuir a la concepción, diseño y construcción de Sistemas Sociales en acción capaces de generar soluciones a la diversidad de retos identificados en cada territorio.

Las aportaciones del “*Diseño de Sistemas Sociales*”, por su parte, contienen ideas y conceptos claves en lo relacionado con la dinámica de las relaciones que deben incentivarse para empoderar a los agentes de cambio que operan dentro de un territorio determinado. Dentro de las ideas-fuerza que se derivan del diseño de los sistemas sociales podemos citar:

1. Los individuos, las personas y las comunidades tienen, como derecho fundamental, el involucrarse en la toma de decisiones sobre las situaciones que les afectan.
2. El ejercicio de ese derecho fundamental solo será posible en la medida en que los individuos, las personas y las comunidades desarrollen las competencias que los empoderen, facilitando su participación directa y auténtica en el diseño de los sistemas sociales en los que viven y trabajan.
3. No es ético diseñar sistemas sociales para otros. Las personas que viven en los sistemas son las expertas.
4. El papel del profesional del diseño es desarrollar los recursos y crear las condiciones y las oportunidades que permitan el diseño de sus propios sistemas sociales por parte de las comunidades interesadas.
5. La capacidad de diseñar colectivamente nos empodera y permite la práctica auténtica de la democracia participativa. Ello nos permite guiar las actividades que enriquecen nuestras vidas, añadir valor a los sistemas en que vivimos, y organizar nuestras vidas en la búsqueda y servicio del bien común.

Tomados en su conjunto, los aprendizajes derivados de los estudios sobre los SRI y sobre el DSS conforman un marco de referencia adecuado para la conceptualización del MR necesario para lograr la transformación de un territorio desde su estado actual hacia la visión de futuro que se desee alcanzar. Dentro de ese Modelo de Referencia, la innovación social será el motor principal a partir de la cual se generará el plan de acción común, y se dinamizará a los diferentes actores territoriales que aportarán los recursos, capacidades y competencias necesarios para la materialización de las transformaciones deseadas. El Modelo de Desarrollo

Territorial basado en la Innovación Social será la hoja de ruta para la experimentación con las diferentes modalidades de empoderamiento de las comunidades.

Dada la solidez conceptual del enfoque utilizado, así como el elevado nivel de abstracción empleado en el desarrollo del MR, se puede afirmar que este permitirá la contextualización de una gran diversidad de situaciones. Es decir, una contextualización construida a partir de: (1) la identificación, caracterización y clasificación de la naturaleza de la situación social abordada; (2) la identificación y caracterización del tipo de sistema social dentro del cual se enmarca la necesidad de cambio; y (3) la selección de las estrategias específicas, así como de los métodos y herramientas más apropiadas para impulsar el proceso de cambio dentro del sistema social de un determinado territorio.

En síntesis, el Modelo de Referencia aporta, en lo conceptual, una hoja de ruta para diseñar e implementar un proceso de reflexión plural y transdisciplinar llevado a cabo con un quintuple objetivo:

1. Propiciar un diálogo abierto entre los actores locales involucrados en la generación de riqueza y de bienestar acerca de la profundidad de los alcances del proceso de innovación social a desplegar, y su esperado impacto sobre el territorio.
2. Profundizar en la reflexión sobre las infraestructuras y formas de organizarse que se deben implementar para facilitar las interacciones entre los agentes de cambio promotores de la Innovación Social.
3. Definir, a partir de las particularidades de cada territorio, la modalidad de innovación social capaz de ejercer el mayor impacto sobre el proceso de transformación de cada territorio.
4. Identificar y fomentar las políticas públicas necesarias para dinamizar a los actores dentro de los diferentes subsistemas cuyas interacciones dan lugar a las innovaciones sociales; y propiciar la implementación de las estrategias de financiación para que éstas se produzcan en las condiciones que posibiliten el mayor impacto posible.
5. Definir los niveles formales de responsabilidad individual y colectiva, así como los niveles estratégicos y operativos que harán posible el trabajo sistémico e iterativo con los recursos, capacidades y competencias empleados por los agentes de cambio para producir la innovación social.

3. EL DESARROLLO DEL MODELO DE REFERENCIA DEL DESARROLLO TERRITORIAL

Sentadas las bases conceptuales del MR, el próximo paso es el desarrollo de este. Tal como se planteó en la introducción, la innovación social será el proceso estructurador en torno al cual se concebirán y se implementarán las estrategias necesarias para desencadenar iniciativas que conduzcan a las transformaciones radicales que demanda la búsqueda de soluciones a una sociedad post-crisis. En tal sentido, el Modelo de Referencia de Desarrollo Territorial basado en la Innovación Social debe funcionar como un elemento integrador de las políticas “top-down” derivadas de la visión de futuro, y de los esfuerzos “bottom-up” potenciadores de la generación de respuestas a las necesidades sociales más apremiantes.

Como consecuencia de lo anterior, el desarrollo del MR se ha llevado a cabo a partir de la generación de una Definición Básica de la Innovación Social, del análisis de las implicaciones de esta, y de la consideración de los componentes identificados como constituyentes del Modelo de Referencia de Desarrollo Territorial (DT) basado en la Innovación Social (IS). Esto se ha hecho con la intención de que sirva a la persona, u organización interesada, como guía para diseñar la hoja de ruta necesaria para contextualizar el modelo a la realidad específica del territorio que se desea transformar.

La Definición Básica de la Innovación Social

La Definición Básica (DB) de la Innovación Social es una definición que se construye con una doble intención: (1) la de generar consenso (entre los diferentes agentes sociales, económicos, políticos y tecnológicos que comparten un territorio determinado) acerca de los alcances del proceso de IS que se desea implementar; y (2) la de contribuir al empoderamiento de los agentes de cambio que comparten la responsabilidad de liderar y gestionar los procesos de transformación territorial inducidos por la Innovación Social.

Como punto de partida de la construcción de la Definición Básica, se partió de dos premisas relevantes. La primera de ellas nos dice que la Innovación Social, conceptualmente, es un proceso multifacético, plurinstitucional, y transdisciplinar cuyo tratamiento se encuentra aún en un estado embrionario. La segunda premisa nos dice que el tipo de problemática que trata la IS se ubica dentro de la categoría conocida como “*wicked problems*”. Este término carece de una traducción exacta. Algunos autores lo traducen como “problemas enmarañados”, mientras que otros como “problemas perversos”, o, simplemente, “problemas extremadamente complejos”.

La primera premisa conduce a la conclusión, adelantada, de que el abordaje de la IS dentro de un determinado territorio, ya sea local, regional o nacional, requerirá de la participación de una multiplicidad de actores, con diferentes modelos mentales y percepciones de la realidad, operando en espacios caracterizados por flujos e intercambios complejos de tecnologías, experiencias, ideas, valores y conocimientos, en los que coexisten, tanto la coproducción y la cocreación de valor, como el conflicto y las luchas de poder.

La segunda premisa nos dice que no existe una solución única para la Innovación Social. Cada comunidad, país o región viene definida por valores, símbolos y creencias que le son propios. Es decir, por un Sistema Social caracterizado por la pluralidad, por interacciones promotoras de flujos de información y de conocimientos, por procesos no lineales, y por valores culturales profundamente arraigados. Cada “*problema enmarañado*” es único y no admite una solución única, ni tampoco una solución buena o mala. En tal sentido, cada solución debe ser construida a partir de las realidades del país o región en los cuales se implementará la Innovación Social.

Existe, sin embargo, un sentido estratégico y una intencionalidad. Es decir, un propósito de llevar a cabo intervenciones públicas en las que la IS sea un potente motor para la transformación y el cambio social positivo; y un compromiso con el proceso de diseñar, basados en el uso de la imaginación y las técnicas del proceso creativo, las soluciones de mayor impacto territorial.

La Definición Básica de la IS dentro de un determinado territorio o nación debe, en consecuencia, ser el reflejo de las estrategias de Gobierno y de su intencionalidad, así como una guía que permita focalizar el pensamiento y la acción creativa asociada a la concepción, pilotaje y validación del Modelo de Innovación Social actualizado a cada territorio o nación.

La Definición Básica de la Innovación Social construida para la elaboración del MR es la que se resume en el recuadro siguiente:

La ***Innovación Social*** será un proceso en el que los ***agentes de cambio individuales y colectivos*** de un determinado territorio o nación, actuando desde ***sistemas sociales abiertos***, se embarcarán en acciones de ***coproducción de valor social y cocreación de innovaciones*** generadoras de un ***ecosistema*** que permita interactuar, creativa y sistemáticamente, sobre los ***Ejes Estratégicos*** claves para el ***diseño, construcción y difusión de las soluciones*** que generarán riqueza y bienestar en la comunidad.

Implicaciones de la Definición Básica

La definición básica de la Innovación Social planteada deja claro que ésta es el resultado de un dinámico y complejo proceso de relaciones entre los diversos agentes que comparten la responsabilidad de liderar y fomentar el desarrollo territorial. Tales agentes operan desde ***sistemas sociales*** que cumplen funciones diferentes dentro de su ámbito de actuación.

Un ***Sistema Social (SS)***(Parsons, 1966a, 1966b, 1966c) representa una pluralidad de ***actores individuales*** que ***interactúan*** entre sí con una ***situación*** que tiene, al menos, un aspecto físico o de medio ambiente, ***actores*** motivados por una tendencia a lograr un óptimo de gratificación, y cuyas relaciones con sus situaciones –incluyendo a los demás actores– están mediadas y definidas por un ***sistema de símbolos culturalmente estructurados y compartidos***.

La ***pluralidad de actores*** alude a la diversidad de personas o agentes que pueden formar parte de un Sistema Social determinado. Un gobierno regional, por ejemplo, puede considerarse un sistema social integrado por los diferentes organismos de gobierno a través de los cuales se ejercen las funciones necesarias para garantizar la estabilidad política del territorio, y para liderar el proceso de concreción e implementación de las políticas facilitadoras de las transformaciones políticas, industriales y económicas deseadas. De igual manera, una Organización no Gubernamental podría operar en el territorio, contribuyendo a la implementación de las estrategias de intervención capaces de reducir las fallas de mercado, de sistemas o de infraestructuras detectadas. La ***interacción*** entre tales sistemas puede darse dentro de una ***situación*** caracterizada por el conjunto de actividades necesarias para contribuir al desarrollo territorial.

El ***medio físico*** propuesto por Parsons estaría representado por los diversos recursos territoriales disponibles para soportar la transformación económica y social. El logro del óptimo de gratificación dependerá del tipo de actor. En el caso de un Gobierno Regional, ese óptimo está dado por el logro del mayor impacto sobre el territorio de las estrategias de

desarrollo desplegadas. Finalmente, **los símbolos culturalmente estructurados y compartidos** abarcan los valores, las creencias, las visiones compartidas y la arquitectura del conocimiento sobre la que se conciben y se implementan las soluciones deseadas.

Las relaciones entre los subsistemas sociales actuando como sistemas abiertos conforman lo que se conoce como **Sistemas de Acción Social** (Parsons, 1966a, 1966b, 1966c). Este concepto está referido a un **análisis relacional** de la interacción de uno o más **actores** con una **situación específica**. Es decir, el análisis de la estructura y los procesos de los sistemas construidos por los actores para llevar a cabo las relaciones ante la situación planteada. En este contexto, se entiende por situación a la **orientación** del actor ante las **clases de los objetos** que determinan la situación. Parson considera que la situación viene determinada por las tres clases de objetos: **sociales, físicos y culturales**. Esto significa que la acción efectuada por un sistema social ocurre siempre dentro de un marco de referencia en el que la naturaleza de las relaciones establecidas con otros sistemas depende de tres realidades: **la social, la física y la cultural**. cuyo sentido, respectivamente, es el siguiente:

1. **Realidad Social:** La cual está constituida por los sistemas sociales organizados, así como por la ciudadanía que define y participa en la identificación de los retos que deben ser superados durante la ejecución de los retos de innovación social.
2. **Realidad Física:** Constituida por el territorio, el entorno o el ambiente dentro del cual operan los sistemas sociales responsables de la gestión de los procesos de cambio.
3. **Realidad Cultural:** La cual está determinada por los símbolos, los valores, las creencias embebidos dentro de los diversos agentes sociales, políticos, económicos y tecnológicos involucrados en el desarrollo territorial.

Reduciendo el nivel de abstracción, podemos utilizar el concepto de Sistema de Acción Social propuesto por Parson, contextualizándolo y asociándolo a las condiciones de cada territorio. En este sentido, los actores están representados por los Subsistemas Sociales que operan en cada región o nación, mientras que la situación es el resultado del proceso de interacción entre la realidad física representada por el territorio, la cultural constituida por los símbolos, creencias y valores de los pobladores de la región, y la social, determinada por las comunidades y la etnografía de los habitantes de la comunidad.

La **acción** puede interpretarse como el comportamiento de los actores ante la situación derivada de la interrelación entre las tres realidades. Por ejemplo, ante la situación generada por la desigualdad social, el subsistema político puede plantear la posibilidad de intervenir públicamente para corregir las fallas del sistema de gobierno. La concreción de dicha intervención requeriría de la participación de otros subsistemas sociales como pueden ser las comunidades, o las instituciones educativas, así como las organizaciones de investigación y desarrollo productoras de las tecnologías sociales que soportan los procesos de cambio. La causa final, la reducción de la desigualdad social, sería el resultado de las relaciones entre los subsistemas cuyos roles les confieren las capacidades para producir las transformaciones deseadas.

La razón de ser de las interacciones entre los subsistemas sociales es la ***coproducción de valor social o la cocreación de innovaciones sociales***. Tanto la coproducción como la cocreación plantean la necesidad de abandonar esquemas asistencialistas de intervención, en favor de formas de interacción que empoderen a los diferentes actores involucrados en el proceso de cambio, convirtiéndolos en recursos proactivos, tanto en la identificación de lo que constituye valor social, como en la participación en los procesos que permiten obtenerlo.

La Definición Básica plantea que en la medida en que progrese el empoderamiento de los innovadores sociales (agentes de cambio) se avanzará hacia la emergencia de un ***«Ecosistema de Innovación Social del territorio o nación»***. Es decir, la conformación de una multiplicidad de actores territoriales capaces de actuar como nodos autónomos e independientes. La motivación detrás de cada nodo, actuando de manera solidaria y descentralizada, será la coproducción de valor social y la cocreación de innovaciones sociales difundibles a lo ancho y largo del territorio.

Nótese que la Definición Básica planteada establece que el proceso de Innovación Social ocurre dentro de un complejo espacio de interacciones entre los diferentes ***actores del territorio***, entre los cuales destacamos aquellos que tienen la capacidad, o la potencialidad, de actuar como ***agentes de cambio o «Innovadores Sociales»***. En ese espacio, constituido por la realidad física, la realidad cultural y la social, los diferentes agentes considerados ***innovadores sociales*** son elementos que conforman subsistemas sociales políticos, económicos, educativos o tecnológicos. Tales subsistemas se involucran en una red de relaciones llevadas a cabo con la finalidad de gestionar los diversos procesos a través de los cuales se conciben y construyen las soluciones que contribuirán a la reducción de las desigualdades, la disminución de la pobreza, y la generación de riqueza y bienestar social en la comunidad.

Dado el amplio nivel de participación implícito en la Definición Básica generada de la IS se tiene que ésta se ubica dentro de la clase de las de mayor poder transformacional. Es decir, las innovaciones sociales capaces de producir cambios profundos dentro de una sociedad como consecuencia, no solo de la dinamización de los agentes de cambio, sino también de la exploración y experimentación sistemática con los procesos sinérgicos estimuladores de la imaginación y la creatividad individual y colectiva.

Finalmente, obsérvese que la DB requiere además de la selección de unos Ejes Estratégicos. Es decir, los ejes que servirán de base a la definición de los programas de soporte al desarrollo territorial, y a la generación del portafolio de proyectos a partir de los cuales se concretarán las líneas de actuación para producir el desarrollo económico y social determinado. En una primera instancia, utilizándolos a manera de ejemplo, se podría trabajar con los tres «Ejes Estratégicos»

que se incluyen en la Tabla 1: el ***territorio, la gobernanza y los innovadores sociales***. Es decir, la caracterización del espacio físico en el cual ocurrirá la transformación; la implementación de las formas de gobernanza necesarias para gestionar y monitorizar la transformación del territorio; y la identificación, capacitación, dinamización articulación y empoderamiento de las instituciones, organizaciones y personas que actuarán como líderes de la gestión del proceso de desarrollo social, económico y tecnológico del territorio.

Tabla 1. Ejes estratégicos derivados de la DB de la IS

Ejes Estratégico	Rol	Actores Principales	Responsabilidad
Territorial	Las modalidades de IS aplicables dependen de las características del territorio en una doble condición: como campo de acción en el que operan los innovadores sociales; y como espacio de análisis sobre los factores territoriales que favorecen u obstaculizan la gestión de un proceso de cambio determinado.	Los dirigentes públicos (cargos políticos) con capacidad de toma de decisiones sobre programas o iniciativas publicas relacionadas con el desarrollo del territorio y el bienestar de la comunidad.	Concebir e implementar las políticas públicas impulsoras del desarrollo territorial, a través de programas y proyectos que dinamicen a los innovadores sociales que comparten la tarea del desarrollo social y económico.
Gobernanza	Abarca el conjunto de políticas, prácticas, normativas y valores, a través de los cuales los dirigentes de una región o nación garantizan: (i) las relaciones implícitas y explícitas que deben existir entre sus agentes interesados según la distribución de poder, responsabilidades y derechos; (ii) los procedimientos para la resolución de conflictos internos y externos que podrían generarse, y (iii) las actividades de monitoreo, evaluación, control y supervisión de la gestión de las diversas modalidades de Innovación Social.	El Gobierno Central a través de sus instancias de planificación y sus Ministerios, los Gobiernos autonómicos, los responsables de diseñar e implementar los programas y políticas públicas a nivel del territorio, así como las organizaciones, o asociaciones, representativas de los beneficiarios directos de las diferentes modalidades de IS.	Financiar y soportar la construcción de la arquitectura organizacional que soportará la gestión de los procesos de innovación social, así como realizar el monitoreo y evaluación necesario para validar las innovaciones sociales generadas y determinar su impacto sobre las transformaciones que se desea que ocurran en el territorio.
Innovador/a Social	Actuar como agente de cambio, individual o colectivo, formando parte de uno o varios de los subsistemas sociales cuyas interacciones producen las IS necesarias para contribuir a la evolución del territorio o nación hacia una comunidad próspera y saludable responsable y cuidadora del entorno que le rodea.	Los agentes de cambio entrenados para participar, desde sus respectivos sistemas sociales, en la gestión de los diversos procesos de IS que se quieren implementar.	Poner su imaginación al servicio de las capacidades creativas necesarias para gestionar la concepción y el lanzamiento de innovaciones sociales.

El Modelo de Referencia para el Desarrollo Territorial basado en la Innovación Social y sus elementos constitutivos

La DB dada de la Innovación Social define los agentes que la promueven dentro de un territorio determinado y establece las relaciones que deben producirse entre ellos para impulsar las transformaciones que demanda la sociedad post-crisis. El modelo de referencia aporta el marco conceptual para el diseño de las relaciones que deben potenciar el desarrollo territorial, así como para la identificación de los procesos facilitadores de esas relaciones, y de la infraestructura de soporte a la concepción y la implementación de las soluciones que harán posible la deseada transformación territorial.

Tales relaciones deben, en otras palabras, orquestarse en un espacio en el que concurran los aspectos asociados a la realidad física, la cultural y la social. Esto es, los aspectos que caracterizan la situación de un territorio determinado, definiendo su estado actual o punto de partida para la transformación, y que aportan los criterios para la construcción de la visión del territorio deseado. La Figura 1 representa un diagrama de rueda construido con la finalidad de identificar los elementos constitutivos que sirven de soporte a las acciones que los agentes de cambio, dentro de un territorio determinado, deben llevar a cabo para propiciar el desarrollo territorial basado en la innovación social. Es decir, los elementos necesarios para que los diferentes agentes interesados que comparten la responsabilidad de liderar el desarrollo territorial puedan pensar y actuar estratégicamente, y participar, tanto en la generación de los objetivos, como en la creación de las sinergias necesarias para producir el mayor impacto sobre el desarrollo territorial.



Figura 1. Componentes del MR para el DT basado en la IS.

En la figura, el círculo exterior constituye la **Gobernanza**, el elemento vertebrador de las diferentes iniciativas a través de las cuales se promueven las políticas públicas facilitadoras del desarrollo territorial, empoderando a los agentes de cambio, y sentando las bases, tanto para un monitoreo efectivo del progreso de las soluciones desarrolladas, como para la evaluación de su impacto sobre el territorio, y la concepción e implementación de su escalamiento.

El círculo central representa a la **Arquitectura Organizacional** sobre la cual se gestionarán, por parte de los agentes interesados, los diferentes procesos necesarios para producir el desarrollo territorial deseado. En su sentido más amplio, la construcción de una **Arquitectura Organizacional** involucra la creación y gestión continua de un **espacio transformador** en el que se producen las soluciones a las necesidades del presente y se exploran las soluciones a los retos planteados por el “**desarrollo territorial del futuro**”. Esto incluye los procesos a nivel macro, meso y micro a través de los cuales se construirán: la visión estratégica del desarrollo territorial, se concretarán las políticas públicas que aseguren el mayor impacto de la intervención, y se empoderarán las organizaciones que, a nivel micro, actuarán para producir los cambios deseados.

La arquitectura organizacional representa, en síntesis, una plataforma para la gestión de las relaciones actuales, y para la creación de las relaciones emergentes necesarias para el desarrollo territorial. Esa plataforma integra lo **físico** (laboratorios, oficinas, salas de trabajo), con lo **digital** (sistemas de información, software para la gestión de procesos de negocio, ecosistemas digitales, bases de datos, etc.), y con lo **conceptual** (intercambio de experiencias, ideas, ideales, conocimientos, servicios e innovaciones en servicios intensivos en tecnologías y en conocimientos, transferencia de tecnologías, y gestión de procesos), generando comunidades de prácticas y de interés en torno a la aplicación de la IS a la transformación de los territorios.

El círculo intermedio incluye los aspectos relacionales, estratégicos y operativos que son claves para que la innovación social pueda contribuir efectivamente al desarrollo territorial. Ellos son:

1. **Las Redes Sociales Inteligentes:** Las cuales funcionarían como aglutinadoras de los esfuerzos necesarios para identificar y explotar, dentro de la economía social, las oportunidades que potencien el emprendimiento y el desarrollo de empresas sociales. Ello desde tres perspectivas, la de la gestión del conocimiento, la de la interconectividad digital y la del aprendizaje organizacional.
2. **El empoderamiento de los Innovadores Sociales:** Los innovadores sociales son agentes de cambio cuya responsabilidad principal es la de diseñar, negociar y ejecutar la multiplicidad de proyectos generadores de los prototipos cuya transformación en innovaciones sociales contribuirá al desarrollo territorial. Tales agentes abarcan, tanto a innovador@s públic@s, facilitador@s de las políticas promotoras de la innovación social, como a l@s innovador@s sociales capaces de generar nuevas visiones, y a l@s innovador@s tecnológic@s capaces de transformar las ideas en soluciones específicas.
3. **La Digitalización:** Entendida como el proceso de utilización de las tecnologías sociales para soportar la generación de las innovaciones sociales, así como para facilitar su difusión y su reutilización dentro del territorio.
4. **La Creatividad Individual y Colectiva:** Entendida como la creación de los espacios para iniciativas como los Living Labs, Social Labs, y otras similares, en las que surgen las ideas y se llevan a cabo los prototipados exploratorios y de desarrollo necesarios para generar las innovaciones sociales.

Finalmente, en la periferia de la figura se distinguen algunos de los diversos subsistemas sociales que operan dentro de un determinado territorio. Cada subsistema social actúa como un subsistema abierto, relacionándose con otros dentro del Sistema Social General constituido por las diferentes áreas de gobierno de una comunidad. Por ejemplo, el subsistema empresarial puede relacionarse con el subsistema tecnológico para desarrollar las tecnologías y transferir los conocimientos generadores de innovaciones sociales. De igual manera el subsistema político puede relacionarse con el educativo para impulsar cambios educacionales a través de iniciativas que potencien la formación de los Innovadores Sociales, mejorando sus capacidades para impactar de manera profunda a la sociedad en la que se desempeñan.

Tomados en su conjunto, los aspectos descritos aseguran la relación armónica entre la información y los conocimientos de naturaleza “Top Down” (estrategias, leyes, reglamentos, visiones, normativas derivadas de los organismos de gobierno); y la información y conocimiento de carácter “Bottom Up” (resultados, significado de las experiencias, oportunidades emergentes). Los primeros definen el punto de partida para el inicio del proceso de transformación; y los segundos explicitan la manera como las tecnologías y los procesos de negocio hacen posible la mejora de la productividad empresarial.

Los aspectos y procesos incluidos en la figura, en concordancia con la definición dada del Modelo de Referencia, permitirán operar al mayor nivel de abstracción, sentando las bases para: (1) identificar, caracterizar y clasificar la naturaleza de la situación social abordada; (2) identificar y caracterizar el tipo de sistema social dentro del cual se enmarca la necesidad de cambio; y (3) seleccionar las estrategias específicas, así como los métodos y las herramientas más apropiadas para impulsar proceso de cambio dentro del sistema social de un territorio como un todo.

3. LA APLICACIÓN DEL MODELO DE REFERENCIA

La visión de la innovación social propuesta por investigadores como Baker y Mehmood (2015); Jessop et al.(2013); Moulaert et al. (2013); Moulaert y Mehmood (2011); Moulaert y Nussbaumer (2005); Salom (2003); Semitiel y Noguera, (2004), plantean que esta se revela como una herramienta capaz de posibilitar un desarrollo regional, basado en una visión multidimensional de la innovación, de la dinámica económica y de la gobernanza comunitaria, que ofrezca oportunidades de superar la fragmentación de la comunidad, la alienación de las necesidades básicas, el deterioro del ecosistema, la creación de guetos culturales, y la desigualdad económica extrema.

El modelo de referencia propuesto ofrece una solución que permite explorar y experimentar al máximo con la potencialidad de la innovación social en tanto que herramienta facilitadora del desarrollo territorial. Ese proceso de exploración y experimentación debe centrarse en los recursos y ventajas comparativas que forman parte de la realidad física del territorio, así como en los símbolos visiones y valores que se derivan de la realidad cultural, y en las limitaciones que plantea la realidad social del territorio que se desea transformar.

El enfoque sistémico a partir del que se ha desarrollado el modelo ha tomado en cuenta la realidad física, la cultural y la social. En tal sentido, el modelo de referencia propuesto aborda la problemática del desarrollo territorial basado en la innovación social desde la triple perspectiva que se muestra en la Figura 2.



Figura 2: Triple perspectiva de la problemática del Desarrollo Territorial

Como se observa en la figura, la triple perspectiva comprende: (i) al diseño de sistemas sociales como elemento integrador de la intencionalidad que persiguen los innovadores sociales en su condición de agentes de cambio, (ii) al esfuerzo conceptual como generador de los conocimientos y las tecnologías necesarios para pensar, actuar y operar sobre la realidad territorial, y (iii) a la evidencia empírica, validadora de los conocimientos, las tecnologías y las soluciones generadas.

La considerable abstracción inherente a los modelos de referencia permite su aplicación a una diversidad de contextos territoriales. El proceso de implementación para llevar a cabo la aplicación del modelo de referencia deberá concretarse a partir de las tres fases que se describen a continuación:

1. **La generación de la visión del desarrollo territorial:** La cual se concibe como un ejercicio participativo, en el que los diversos agentes sociales que conforman un territorio se involucran en la tarea de caracterizar su realidad actual, y en la visualización de la realidad futura alcanzable a través de la gestión de proyectos de innovación social.
2. **La Hoja de Ruta para transformar la visión en realidad:** Lo cual implica un esfuerzo realizado con la intención de identificar, desde una perspectiva social, las necesidades de desarrollo territorial; y de precisar las tecnologías, sociales y duras, que se utilizarán para generar las innovaciones sociales correspondientes.
3. **El Plan de Acción para el desarrollo territorial:** Esfuerzo liderado por las organizaciones e instituciones responsable del gobierno territorial, las únicas capaces de concebir, con el apoyo de todos los agentes sociales, las políticas públicas necesarias para fomentar el desarrollo territorial, y de aportar los recursos y las capacidades necesarias para dinamizar a los actores sociales sin cuya participación no sería posible producir la transformación deseada.

En su primera fase, la aplicación del modelo de referencia involucra a los agentes interesados en la construcción, desde el uso de sus poderes imaginativos, de la visión del desarrollo territorial deseado, así como en el compromiso de cada uno de ellos con las acciones necesarias para transformar la visión en realidad. Esa transformación requerirá de una **teoría del cambio** y de una **teoría de la acción**. La primera es el objetivo de la segunda fase. En ella, basados en lo que es culturalmente factible y sistémicamente deseable, los agentes interesados conciben el cambio como resultante de la interacción entre sus respectivos subsistemas sociales. Es decir, de las relaciones, dentro del ecosistema territorial de innovación, a través de las que se utilizarán las tecnologías duras y blandas para lograr los objetivos asociados a la gestión del proceso de cambio. Finalmente, en la tercera fase, se construye y se valida la teoría de la acción. Ello a través de programas cuyos respectivos proyectos permitan observar, monitorear y evaluar el impacto de las transformaciones territoriales emprendidas.

4. CONCLUSIONES

Las evidencias empíricas aportadas por los procesos de desarrollo territorial exitosos revelan que ellos han sido capaces de valorar efectivamente las ventajas comparativas que les otorga su realidad física, y construir, desde su realidad cultural y social, los compromisos necesarios para gestionar los procesos de cambio impulsores de transformaciones positivas en el seno de sus comunidades. Las construcciones teóricas, por su parte, han aportado, tanto en lo relacionado con el diseño de sistemas sociales, como en lo relacionado con el fortalecimiento institucional de los sistemas y ecosistemas territoriales de innovación, los conocimientos necesarios para la planificación y ejecución de los proyectos de investigación/acción a través de los que se concreta el cambio social.

El Modelo de Referencia para el desarrollo territorial basado en la innovación social se nutre de la evidencia aportada por casos exitosos, y de los avances extraordinarios en la comprensión de los sistemas sociales y sus interacciones. En ese sentido, se trata de un modelo capaz de aportar a conocimientos y prácticas efectivas a cada uno de los agentes de cambio a los que compete la responsabilidad de liderar y concretar procesos de cambio social. A partir de dicho modelo, los líderes políticos podrán concebir e implementar las políticas públicas necesarias para impulsar el desarrollo territorial. De igual manera, los agentes educativos, los empresariales, los sociales, y los tecnológicos podrán, desde sus respectivas capacidades y competencias, involucrarse en la construcción de las teorías del cambio, y en la implementación de las teorías de la acción asociadas a la ejecución exitosa de programas de desarrollo territorial para una sociedad post-crisis.

5. BIBLIOGRAFIA

- Andersson, M., & Karlsson, C. (2002). *Regional Innovation Systems in Small and Medium-Sized Regions. A Critical Review and Assessment*. (No. 2002-2).
- Autio, E. (1996). *Evaluation of R&TD in Regional Systems of Innovation*. RESTPOR'96 Conference: *Global Comparison of Regional RTD and Innovation Strategies for*

Development and Cohesion. Brussels.

Baker, S., & Mehmood, A. (2015). Social Innovation and the Governance of Sustainable Places. *International Journal of Justice and Sustainability*, 20(3).
<https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>

Banathy, B. H. (1987). Instructional Systems Design. In R. Gagne (Ed.), *Instructional Technology Foundations*. Hillsdale, NJ: Erlbaum.

Banathy, B. H. (1988a). Matching design methods to system type. *Systems Research*, 5(1), 27–34.

Banathy, B. H. (1988b). Systems inquiry in education. *Systems Practice*, 1(2), 193–211.
Retrieved from <http://link.springer.com/article/10.1007/BF01059858#page-2>

Banathy, B. H. (1996). *Designing Social Systems in a Changing World*. Nueva York: Springer Science & Business Media. Retrieved from <http://link.springer.com/book/10.1007/978-1-4757-9981-1#page-1>

Banathy, B. H. (2000). *Guided Evolution of Society: A Systems View (Contemporary Systems Thinking)*. New York, USA: Kluwer Academic/Plenum Press.

Banathy, B. H. (2002). Designing Social Systems. In F. Parra-Luna (Ed.), *Systems Science and Cybernetics* (Vol. II). UNESCO, Paris, Francia: Encyclopedia of Life Support Systems (EOLSS). Retrieved from <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.432.6435&rep=rep1&type=pdf>

Banathy, B. H., & Jenlink, P. M. (1996). Systems inquiry and its application in education. *General Systems*, 37–58.

Banathy, B. H., & Jenlink, P. M. (2005). *Dialogue as a Means of Collective Communication*. Nueva York: Springer Science & Business Media.

Camarinha-Matos, L. M. (2001). Execution system for distributed business processes in a virtual enterprise. *Future Generation Computer Systems*, 17(8), 1009–1021.
[https://doi.org/10.1016/S0167-739X\(01\)00044-9](https://doi.org/10.1016/S0167-739X(01)00044-9)

Camarinha-Matos, L. M., & Afsarmanesh, H. (2003). Elements of a base VE infrastructure. *Computers in Industry. Elsevier Science B.V.*, 51, 139–163. Retrieved from http://ac.els-cdn.com/S0166361503000332/1-s2.0-S0166361503000332-main.pdf?_tid=901f31d4-40fa-11e5-bec5-00000aab0f6b&acdnat=1439388240_f28b624beddd4ae251d012bb19a0deb1

Camarinha-Matos, L. M., & Afsarmanesh, H. (2006). Towards a reference model for collaborative networked organizations. *IFIP International Federation for Information Processing*, 220(Information Technology for Balanced Manufacturing Systems), 193–202.
https://doi.org/10.1007/978-0-387-36594-7_21

Camarinha-Matos, L. M., & Afsarmanesh, H. (2008). On reference models for collaborative

- networked organizations. *International Journal of Production Research*, 46(9, Special Issue: Enabling Technologies and Frameworks for Collaborative Intelligent Manufacturing), 2453–2469. <https://doi.org/10.1080/00207540701737666>
- Carrincazeaux, C., & Gaschet, F. (2015). Regional Innovation Systems and Economic Performance: Between Regions and Nations. *European Planning Studies*, 23(2), 262–291.
- Castro, E. (1997). Instrumentos de fomento de la innovación: el caso de España. In CINDA (Ed.), *Cooperación Universidad-empresa: experiencias comparadas*. Santiago de Chile.
- Cooke, P. (2004). Evolution of Regional Innovation Systems – Emergence, Theory, Challenge for Action. In P. et al. Cooke (Ed.), *Regional Innovation Systems* (2nd ed.). London: ed. Routledge.
- Cooke, P., Gomez Uranga, M., & Etxebarria, G. (1997). Regional innovation systems: Institutional and organisational dimensions. *Research Policy*, 26, 475–491.
- Cooke, P., Heidenreich, M., & Braczyk, H.-J. (2004). *Regional Innovation Systems: The Role of Governance in a Globalized World*. London and New York: Routledge.
- Cooke, P., & Morgan, K. (1993). The network paradigm: new departures in corporate and regional development. *Environment and Planning D: Society and Space*, 11(5), 543–564. <https://doi.org/10.1068/d110543>
- COTEC. (2007). *Las relaciones en el Sistema Español de Innovación. Libro Blanco*. Madrid, España.
- D’Allura, G. M., Galvagno, M., & Li Destri, A. M. (2012). Regional Innovation Systems: A Literature Review. *Business Systems Review*, 1(1), 139–156. <https://doi.org/10.7350/BSR.A12.2012>
- Fernández de Lucio, I., & Castro, E. (1995). La nueva política de articulación del Sistema de Innovación en España. *Anales Del VI Seminario Latinoamericano de Gestión Tecnológica, ALTEC (Asociación Latinoamericana de Gestión Tecnológica)*, 115–134.
- Fernández de Lucio, I., & Castro, E. (2001). *Innovación y Sistemas de Innovación*. INGENIO (CSIC-UPV). Valencia. Disponible en www.imedeia.csic.es/public/cursoid/html/textos/Tema.
- Freeman, C. (1995). The national innovation systems in historical perspective. *Cambridge J. Econ.* 19 (1).
- Gomez Uranga, M., & Olazarán, M. (2001). *Sistemas Regionales de Innovación*. Bilbao, España: Universidad del País Vasco.
- Hillier, J., Moulaert, F., & Nussbaumer, J. (2004). Trois essais sur le rôle de l’innovation sociale dans le développement territorial. *Géographie Économie Société*, 6(2), 129–152. <https://doi.org/10.3166/ges.6.129-152>
- Jessop, B., Moulaert, F., Hulgård, L., & Hamdouch, A. (2013). Social Innovation Research: A

- New Stage in Innovation Analysis? In F. Moulaert, D. Maccallum, A. Mehmood, & A. Hamdouch (Eds.), *The International Handbook on Social Innovation. Collective Action, Social Learning and Transdisciplinary Research*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing Ltd.
- Klein, J.-L. (2009). Introduction: Territorial Development and Social Innovation. *Canadian Journal of Regional Science/Revue Canadienne Des Sciences Régionales*, 32(1), 3–12.
- Klein, J.-L., Laville, J.-L., & Moulaert, F. (2014). *L'Innovation sociale*. Paris. France: Editions Erès.
- Lim, J. D. (2004). Regional Innovation System for Regional Development. *Journal of Scholl of Business*, 76.
- Lundvall, B.-Å. (1992). *National Systems of Innovation: Towards a Theory of Innovation and Interactive Learning*. London, England: Pinter Publishers.
- MacCallum, D., Moulaert, F., Hillier, J., & Vicari, S. (2009). *Social Innovation and Territorial Development*. Farnham, England: Ashgate Publishing Limited.
- Morgan, K. (1997). The Learning Regions: Institutions, Innovation and Regional Renewal. *Regional Studies*, 31(5), 491–50.
- Moulaert, F. (2009a). Le développement territorial intégré: le rôle des rapports sociaux. *Canadian Journal of Regional Science, Marzo(0705-4580)*, 43–58.
- Moulaert, F. (2009b). Social Innovation: Institutionally Embedded, Territorially (Re)Produced. In D. MacCallum, F. Moulaert, J. Hillier, & S. V. Haddock (Eds.), *Social Innovation and Territorial Development* (p. 168). Farnham, England: Ashgate Publishing Limited.
- Moulaert, F., & Ailenei, O. (2005). Social economy, third sector and solidarity relations: A conceptual synthesis from history to present. *Urban Studies*, 42(11), 2037–2054. <https://doi.org/10.1080/00420980500279794>
- Moulaert, F., Maccallum, D., Mehmood, A., & Hamdouch, A. (2010). Social Innovation : Collective action, social learning and transdisciplinary research, *029044(029044)*, 1–220.
- Moulaert, F., Maccallum, D., Mehmood, A., & Hamdouch, A. (2013). *The International Handbook on Social Innovation. Collective Action, Social Learning and Transdisciplinary Research*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing Ltd.
- Moulaert, F., Martinelli, F., Swyngedouw, E., & Gonzalez, S. (2005). Towards Alternative Model (s) of Local Innovation. *Urban Studies*, 42(11), 1969–1990. <https://doi.org/10.1080=00420980500279893>
- Moulaert, F., & Mehmood, A. (2011). Spaces of social innovation, (November), 15537. <https://doi.org/10.4324/9780203842393.ch18>
- Moulaert, F., & Nussbaumer, J. (2005). The Social Region. Beyond the territorial dynamics of the learning economy. *European Urban & Regional Studies*, 12(1), 45–64. Retrieved from [10.1177/0969776405048500%5Cnhttp://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&](http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&10.1177/0969776405048500%5Cnhttp://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&)

db=buh&AN=15937441&site=ehost-live

- Moulaert, F., & Nussbaumer, J. (2008). *La logique sociale du Developpement Territorial*. Quebec. Canadá: Presses de l'Université du Quebec.
- Moulaert, F., & Sekia, F. (2001). Región innovadora, región social? Una perspectiva alternativa sobre la innovación regional. In M. Olazarán & M. Gomez Uranga (Eds.), *Sistemas Regionales de innovación* (pp. 185–219). Bilbao: Universidad del País Vasco.
- Moulaert, F., & Sekia, F. (2003). Territorial Innovation Models: A Critical Survey. *Regional Studies*, 37(3), 289–302. <https://doi.org/10.1080/0034340032000065442>
- Moulaert, F., & Van den Broeck, P. (2018). Social Innovation and Territorial Development. *The Social Innovation Landscape, Global Tre*. Retrieved from <http://www.politicsandterritories.com>
- Nelson, R. R. (1992). National Innovations Systems: a Retrospective on a Study. *Industrial an Corporate Change*, 1(2), 347–374.
- OASIS. (2006). Reference Model for Service Oriented Architecture 1.0. OASIS Standard. *Public Review Draft 2*, (October), 1–31. Retrieved from <http://docs.oasis-open.org/soa-rm/v1.0/soa-rm.pdf>
- Parsons, T. (1966a). *El sistema social*. Madrid, España: Revista de Occidente.
- Parsons, T. (1966b). *Estructura y proceso en las sociedades modernas*. Madrid, España: Instituto de Estudios Políticos.
- Parsons, T. (1966c). The political aspect of social structure and process. *Varieties of Political Theory*. Englewood Cliffs (NJ). Prentice-Hall, 317–351.
- Salom, J. (2003). Innovación y actores locales en los nuevos espacios económicos: un estado de la cuestión. *Boletín de La Asociación de Geógrafos Españoles*, 36, 7–30.
- Semitiel, M., & Noguera, P. (2004). Los Sistemas Productivos Regionales desde la perspectiva del Análisis de Redes. *REDES - Revista Hispana Para El Análisis de Redes Sociales.*, 6(3). Retrieved from <http://revista-redes.rediris.es>
- Uyarra, E. (2008). *What is evolutionary about regional systems of innovation? Implications for regional policy* (No. 565). Manchester.
- Zabala-Iturriagoitia, J. M., Voigt, P., Gutierrez-Gracia, A., & Jimenez Saez, F. (2007). Regional Innovation Systems: How to Assess Performance. *Regional Studies*, 41(5), 661–672.

ENTREPRENEURSHIP AS A THERAPY: SKILL DISCOVERING AND DEVELOPMENT AMONG NECESSITY-DRIVEN WOMEN ENTREPRENEURS

Rocío Ruiz-Martínez

Universitat Rovira i Virgili, Spain

Katherina Kuschel, PhD

Universidad Tecnológica Metropolitana, Chile

Inmaculada Pastor Gosálbez

Universitat Rovira i Virgili, Spain

Abstract:

Necessity-driven women entrepreneurs often start a business because of family reasons. Desperately they tried to generate an income that supports the basics needs of their families. But the entrepreneurial activity ends up being a process for healing and recovery: i.e., “therapy”.

We collect qualitative data on necessity-driven women entrepreneurs by conducting six group interviews after an entrepreneurship course from a publicly funded organization in Chile. This study identifies the elements on how can the entrepreneurial activity and the support of an organization facilitate women’s “therapy or healing process”. We found that the entrepreneurial activity provides women with a) the opportunity of staying active, b) discovery and development of new skills, that c) the ability to reach a state of flow. The organization also provided a safe space with social support in the form of: a) feedback and positive reinforcement; b) sharing their similar experiences and building a common entrepreneurial identity; c) tearing down old limiting beliefs; d) creating a professional network, and e) staying social and breaking down their tendency of isolation. We offer practical implications for entrepreneurship educators, policymakers, mentors, and women in entrepreneurship.

Keywords: women entrepreneurs, emerging countries, entrepreneurship education, women empowerment, sensemaking, social identity.

1. INTRODUCTION

Entrepreneurship provides “freedom”, “autonomy” and “empowerment” for women entrepreneurs because they detach from male-dominated structures (Gill & Ganesh, 2007). Context is a key element to study entrepreneurship as a social phenomenon affected by gendered social beliefs, norms and practices (Ahl, 2006; Brush, de Bruin, & Welter, 2009; Calás, Smircich, & Bourne, 2009). Identifying its variables help us explain female entrepreneurial intentions, and moreover, the incidence of the family configuration and practices. The 5M model (Brush et al., 2009) explains how market, money, management conditions, meso/macro variables (public policies, cultural beliefs) and motherhood (domestic and familiar context) are all interconnected and affected by gender. Motherhood has been found to be determinant for entrepreneurial activity among women in vulnerable social conditions.

ÍNDICE

1. The Chilean context

2. The aim of this study

3. Literature review

4. Methodology

5. Conclusion

1 THE CHILEAN CONTEXT

Often, entrepreneurship is the only option available for generating income for women at social risk in Chile and Latin American countries (CEPAL, 2010; Comunidad Mujer, 2016). This trend has been growing in the last decade (Mandakovic, Abarca, & Pizarro, 2015), particularly for women with full responsibility for their families (McGowan, Redeker, Cooper, & Greenan, 2012). Nevertheless, they start up a home-based business as a survival entrepreneurship (CEPAL, 2010).

Global Entrepreneurship Monitor defines two types of Entrepreneurial ventures according to the motivation to start up a business. Opportunity-driven Entrepreneurship is motivated in order to take advantage of a perceived business opportunity, while, necessity-driven Entrepreneurship is motivated by a lack of better choices for work (Acs et al, 2005). This last one is the above-mentioned *survival entrepreneurship*, focused on products or services that women entrepreneurs choose to sell regardless of market demand, based on skills they already have or learning new skills that are within their reach. These skills are framed in traditional sectors with low margins, a form of horizontal segregation (CEPAL, 2010; Comunidad Mujer, 2016; Amorós et al., 2014; OECD, 2016), since potential markets are not relevant to them. Globally, male and female entrepreneurs work in different sectors. Female

entrepreneurs are overrepresented in the retail and service sectors, in particular in personal services (OECD, 2016). Women often start in sectors with low capital requirements, like the service sector. Banks are often reluctant to lend money to these sectors characterized by a high mobility (Mandakovic, Abarca, & Pizarro, 2015). As a consequence, two-thirds of women micro-entrepreneurs start necessity-driven businesses in Chile, achieving an income level below the minimum wage, and working from home or even by street vending (INE, 2017).

2. THE AIM OF THIS STUDY

Following a course that we taught to women in necessity-driven entrepreneurship, we realized that the entrepreneurial activity has other unexplored benefits, in addition to economic relief for the family. We found that this social risk (in terms of low income, discrimination, or even gender violence) group of women find “therapeutic benefits” in their entrepreneurial activities. According to the Oxford dictionary, “therapy” is defined as a “*treatment intended to relieve or heal a disorder*”⁴⁶⁸. We present a case study conducted in a public foundation that trains women of this vulnerable profile in Chile.

We found that entrepreneurial activity ends up being a process for healing and recovery. We wanted to know why these women associate “entrepreneurship” with “therapy”. Moreover, we explored how these entrepreneurial activities (supported by a public policy) facilitate women’s “therapy or healing process”.

Finally, we show how women make sense of the way in which their entrepreneurial activities enhance wellbeing including the creation of spaces to foster social interactions.

3. LITERATURE REVIEW

This section reviews the literature on the elements that have the potential for adding to the entrepreneur’s wellbeing and therefore, to the metaphor of “entrepreneurship as a therapy”. Wellbeing is a non-static and subjective concept that can be defined as “a state of equilibrium or balance that can be affected by life events or challenges” (Dodge et al., 2012). It is also multidimensional: it can be referred to physical, material, social and emotional wellbeing. Physical wellbeing subsumes health, fitness and physical safety; material wellbeing includes finances or income, quality of the living environment, and privacy, possessions, food, transport, neighborhood, security and stability. Social wellbeing is about quality and breadth of interpersonal relationships with family and friends, and with community involvement. Emotional wellbeing subsumes mood and satisfaction mainly (Felce & Perry, 1995).

⁴⁶⁸ <https://en.oxforddictionaries.com/definition/therapy>

Skills discovering and development and the potential of “flow”

Individuals, when thinking about their future, tend to place value on personal growth, which is related to their capacity of overcoming daily life obstacles. Yet, Brunila (2012) relates this skill set development as a “therapeutic ethos”, and argues that the entrepreneurial activity is a good way to discover and develop those skills. Particularly, “soft skills” have a direct causal effect on people’s success in life (Heckman & Kautz, 2012).

State of flow is an important component of emotional wellbeing, as it encourages satisfaction. “Flow” also plays a key role in entrepreneurial activity. Flow is the state of total involvement in an autotelic activity, which is characterized by providing immediate intrinsic reward. In a state of flow, one action follows another without one’s conscious intervention. While certain types of activities are likely to provide flow, such as games, sports and the arts, individuals can experience flow state in work activities, as well (Csíkszentmihályi, 1990, 1997).

Social support: Creating network, building friendship and sisterhood

Several studies suggest that the establishment of contact networks is affected by gender: men and women have different networks (Minniti, Koellinger, & Schade, 2013); Hanson and Blake (2009) emphasize that business networks are important for entrepreneurship because networks facilitate the mobility of resources between and among entrepreneurs and the community. This requires a combination of informal and formal networks, that includes stakeholders from the social and professional (or business) contacts. These differences could be attributed to patterns generated by status differences which intervene in gender relationships; therefore, there is no equal access to opportunities and women are impacted negatively. However, as Minniti (2013) argues, this affects women more than their male peers, and also will depend on their socioeconomic status.

It is interesting to note that social context (networks, family, and households) and institutional (business networks) of women entrepreneurs overlap, and have a spatial dimension (Brush, de Bruin, & Welter, 2014). Personal and business contacts are integrated and also part of the same space. In this way, women are changing the places where they live through entrepreneurship, generating professional networks in their social networks area (Hanson, 2009).

Those from lower-class environments are often more prosocially motivated with higher levels of empathy (Piff, Stancato, Martinez, Kraus, & Keltner, 2012) than people from the upper-class. Evidence suggests that minorities and women are more likely to occupy lower social class positions than men and those in ethnic and racial majorities (Institute for Research on Poverty, 2015; US Census Bureau, 2015). Household activities of women (“double assignments”) and other social obligations may lead to more isolation than men typically experience (Moore and Buttner, 1997). This implies that women spend less time on networking. Moreover, the members of both formal and informal networks are not always open to accepting women.

Networks and social cohesion are factors that directly affect the welfare of people; in fact, this concept composes 1 of the 5 indicators to measure multidimensional poverty. Support networks facilitate family care, cooperation and access to material, cultural, and economic

resources; they facilitate the reach of equal treatment and safety, which are necessary factors to strengthen the quality of social harmony, access to opportunities in daily life, as well as freedom and confidence (Observatorio Social, 2018).

Social support studies have been subject to many approaches, but there is consistent empirical evidence suggesting that exchange of social support by social networks influence health and wellbeing (Heaney & Israel, 2008). It is a multidimensional concept -structural, evaluative, functional- referring to resources provided by community, social networks and confidence people (Lin & Ensel, 1989). According to functional content of the relationships, social support can be classified into four types of supportive behaviors: emotional support -like empathy, trust or caring-, instrumental support -tangible aid, help services-, informational support -advice to solve problems- and appraisal support -feedback and affirmation- (House, 1981).

Byrne, Shantz, & Bullough (2018) found that an entrepreneurship training program with a gender perspective assisted women victims of gender violence. The program allowed women to have a new perspective, advance in their self-knowledge, rebuild their self-esteem, and increase their self-efficacy. Social support becomes a way to create networks but also encouraging companionship or even sisterhood. Gender perspective provides a common issue to discuss and share experiences, so group dynamics in women entrepreneurs' courses are useful to chat about common concerns, topics of interest, and to help each other in a safe place (Bizkaia Foru Aldundia, 2016; Byrne et al., 2018).

The second wave of feminism appropriated the term "sisterhood" to describe the support and union between all women, of any ethnicity or class, based on a common interest: gender equality (Morgan, 1970). In Latin America, the term "sorority" was coined, as a "pact between women", meaning a specific form of solidarity, both at the companionship level and collectively, with the common axis against misogyny (Lagarde, 2000). Anthropologist Marcela Lagarde redefined it:

"Sorority is an ethical, political and practical dimension of contemporary feminism, it is an experience of women that leads to the search for positive relationships and the existential and political alliance, body to body, subjectivity to subjectivity with other women, to contribute with specific actions to the social elimination of all forms of oppression and mutual support to achieve generic power of all and vital empowerment of each woman" (Lagarde, 2006, p. 126).

Feedback and feedforward as collective learning processes

Social networks research found constructive feedback as a form of social support, useful for self-evaluation purposes (Heaney & Israel, 2008). In education, constructive feedback is a regular practice in group dynamics to encourage students to adopt a more in-depth approach to learning (Candy, 1991). Research evidence suggests that cooperative learning achieves positive interpersonal relationships, cohesion, increased self-esteem, integration and social development (Johnson, Johnson, & Holubec, 1994). Oosthuizen and Mentz (2016) found that cooperative learning increases social interaction, learning of social skills, ability to give and receive help, and encourages to idea of peers as resources.

Pendleton (1984) provides in-depth analysis of feedback processes developing a 4 rules method that helps in giving balanced feedback. It has been widely applied in medical education (Archer, 2010; Kieran Walsh, 2005). The method consists first in highlighting what has been done well; then by explaining what could be better, and finally talking about ways to improve. This last part is in itself a concept that goes beyond evaluation, which could be conceptualized as "feedforward" (Conaghan & Lockey, 2009). These authors support Pendleton's rules and draw our attention to the need to provide feedback content, not only empty comments (e.g. "you were great"). However, literature review in Archer (2010) highlights the need to understand feedback as a complex and contextual concept, with different types, which must be integrated in a context of feedback as continuous learning to be effective. Lately, Tepper and Flynn (2018) formulate a compendium of appropriate feedback and feedforward techniques.

This background allows us to understand that effectiveness of feedback depends on the context, characteristics of recipients, and other variables such as level of specificity: from emulated feedback (without "technical" content) to constructive feedback (a full content and feedforward).

A collective experience and the identity building

Women's self-employment has been identified as a tool to assist in alleviating poverty and empowering individual women. The process of empowering women includes a boost in their self-confidence (Amatucci & Crawley, 2011), self-efficacy (Harley et al., 2018), positive self-concept, and self-esteem (Falck, Heblich, & Luedemann, 2012; Swail & Marlow, 2018; Vesalainen & Pihkala, 2000) (Morris et al., 2006; Torrado and Vidal, 2015), as well as the construction of a new entrepreneurial identity (Falck, Heblich, & Luedemann, 2012; Swail & Marlow, 2018; Vesalainen & Pihkala, 2000). An example on how empowerment can be accomplished collectively was the study conducted in rural areas in India. There, self-help groups have been successful in empowering rural women through entrepreneurial activities and skill development: increases in income, expenditures, and saving habits of rural women were observed (Sharma and Kanta, 2008).

Al-Dajani and Marlow (2010) studied home-based women entrepreneurs in Jordan. They found that although these women make a critical contribution to family incomes, their entrepreneurial activities are constructed around the preservation of the traditional family form such that while some degree of empowerment is attained, challenges to embedded patriarchy are limited. Women must be empowered by enhancing their awareness, knowledge, skills and technology use efficiency (Sharma and Kanta Varma, 2008).

4. METHODOLOGY

Procedure and data collection

We collected the data from women participating in Prodemu Foundation. Prodemu is a public organization that provides formation and support to women in vulnerable conditions along the Chilean territory. Among the programs (e.g., formation of community leaders, assistance and

mentoring for women in rural areas), there are specific programs targeted to supporting women who are starting an informal business in urban areas. The group interview was selected as a data collection technique in order to obtain phenomenological data in a natural context for participants (Frey & Fontana, 1991). This study used a convenience sample with six group interviews after an entrepreneurship course of “elevator pitch”, where women were presenting their businesses held during December 2017 and June 2018 in Santiago de Chile.

We were particularly interested in how this group of women frame their entrepreneurial activity as a therapy, and to what extent the programs in Prodemu enhance this process. The specific questions we asked were:

- 1) How do you think that the entrepreneurial activity serves as a therapy or healing process?
- 2) How the Prodemu Foundation facilitates “the therapy or healing process”?

The sessions were audio-recorded and these audios were transcribed and analyzed. The moderator of the session explained the goal of the research project and the ethical considerations. All agreed to participate enthusiastically. A consent form was delivered and signed by each participant.

Sample

Although the sample is not representative of the female population in Chile, these women illustrate the reality of women entrepreneurs from low-income districts in Santiago. Although normally the women participating in this organization have low levels of formal education, this group have all completed secondary education (mandatory level in Chile), and 20 percent have attained university education. Yet, they still represent the profile of “broken stairs” as described by the UN Women (2017). That is, even with medium educational levels, they have not attained a sustainable lifestyle, mainly because they have high home demands, or when they are retired, they have low pensions (CEPAL, 2014; Comunidad Mujer, 2016; UN Women, 2017). According to data retrieved from the provincial agency where these women participate, at least 70 percent of the sample has been victim of gender violence. This sample also shows low previous entrepreneurial experience. Similarly, to what has been found in the SMEs literature, these women usually engage in smaller networks consisting primarily of women (Brush, 1992). Table 1 summarizes the characteristics of the women and their business.

Table 1: *Characteristics of the sample*

Participant ID	Event (Elevator Pitch Course)	Sector	Age	Max. education	Marital Status
D.G.	Santiago Group	Retail	53	Higher education	Divorced
I.E.	Santiago Group	Handicraft products	41	Secondary education	Married
R.C.	Santiago Group	Handicraft products	52	Secondary education	Married
I.C.	Santiago Group	Services	55	Primary education	Divorced
M.C.	Macul Group	Handicraft products	42	Secondary education	Married
M.CH.	Macul Group	Food products	52	Secondary education	Married
C.D.	La Reina Group	Handicraft products	53	Secondary education	Separated
A.R.	La Reina Group	Clothing manufacturing	76	Secondary education	Widower
T.S.	La Reina Group	Clothing manufacturing	73	Primary education	Divorced
S.F.	Ñuñoa Group	Services	59	Secondary education	Married
A.S.	Ñuñoa Group	Handicraft products	60	Higher education	Married
C.V.	Ñuñoa Group	Cosmetics	38	Higher education	Divorced
B.R.	Ñuñoa Group	Food products	44	Higher education	Married
A.L.	La Granja Group	Clothing manufacturing	37	Secondary education	Married
C.M.	La Granja Group	Services	26	Secondary education	Married

Theoretical Framework and Analysis

We performed a thematic content analysis of women's narratives during the sessions, supported by an awareness of the intersection between gender, entrepreneurship and context (Berg, 1997) using an inductive approach.

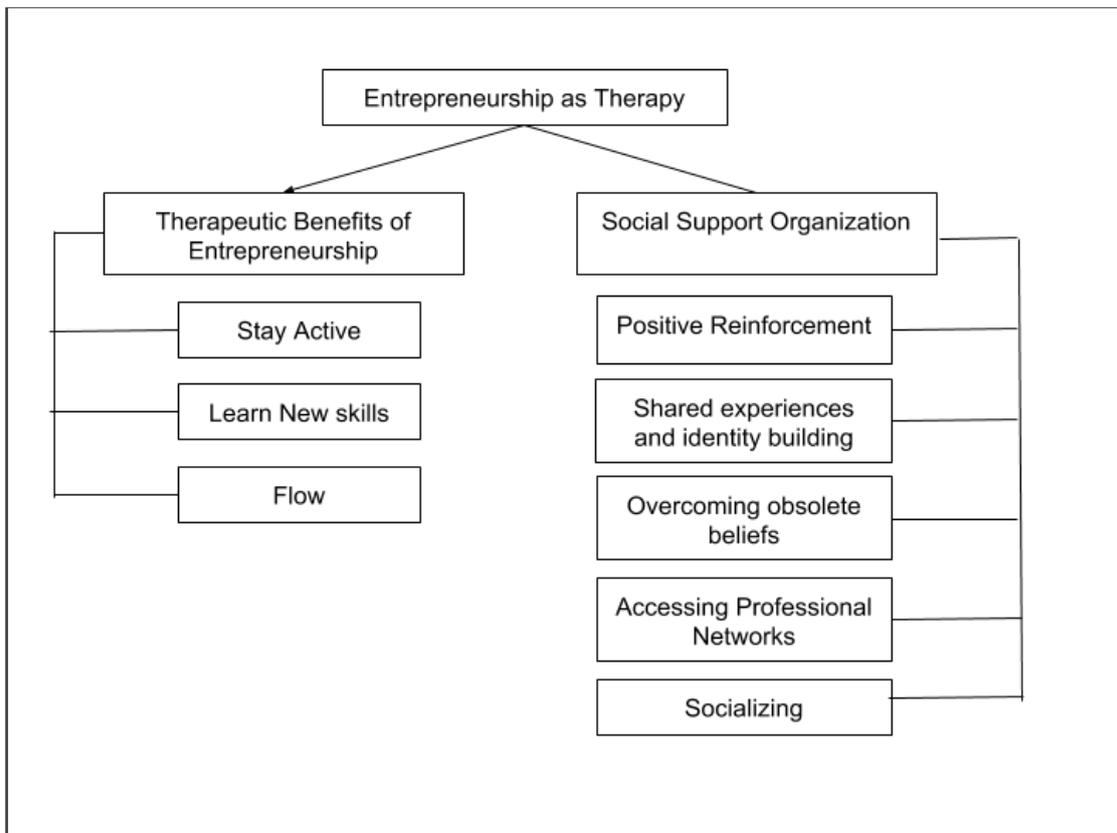
Sensemaking is the process by which people give meaning to their collective experiences, which in turn represent the meanings of their decisions that are enacted in behavior. We found through our study that "entrepreneurship as a therapy" is a metaphor (sensemaking) that can also be used to communicate with others and gain their support (sensegiving) (Hill and Levenhagen, 1995). According to Social Identity Theory, individual and collective entrepreneurial identities interacts with each other and merge over time (Downing, 2005). We argue that the space created by Prodemu may support women with their identity building, where they identify themselves as "entrepreneurs" rather than "housewives" (Down & Warren, 2008). We also acknowledge the effect of the researcher on how women put their experiences into words (reflexivity), as we have moved from the position of an "outsider" to the position of an "insider" over the course of the study, and we also have some familiarity with their entrepreneurial experiences (Berger, 2013).

Considering these frameworks, we have analyzed their discourses and organized their arguments to better understand what these women mean when they argue that entrepreneurship is a therapy.

Results

The results show findings around "entrepreneurship" and "therapy", by identifying the way in which entrepreneurial activity and 2) the support of a public organization, facilitate women's "therapy or healing process". Figure 1 summarizes the elements that support women's metaphor or "entrepreneurship as therapy".

Figure 1: Entrepreneurship as Therapy Model



Source: Prepared by the authors

We have selected quotations that illustrate each element.

The therapeutic benefits of entrepreneurship

Stay active

Most participants in our study, but especially older women, argue that focusing on a business keep them active, and therefore “useful” for the society.

“In part, I do this out of necessity, but also to feel useful at my age (...) I want to show them that I can still take care of myself; make my own money and be useful. That's it, feeling useful” AR, clothing manufacturing (76).

Learn new skills

Women discover and develop their skill set, and by training, they may also reach a state of flow.

“(My business) it even worked as a therapy for me, because mosaic crafting requires you to work on your tolerance, your patience, everything related to fine motor skills and all that stuff.” IE, handicraft products (41).

Flow

Related to the previous element, the state of flow (feel absorbed by the activity) is healing because it temporarily changes the focus from the problems to a satisfying activity.

"Yes, many times I wish I could wake up and start working on my stuff (entrepreneurial project) and from then until dusk, without ever having anyone telling me "you have to do this, do that", being able instead to let my mind fly and create." MC, handicraft products (42).

"I do this because I like it, it's entertaining and I find it relaxing, and it occupies my mind. And many women do the same at home (...) and they say "as soon as I start working, I forget about everything I've done during the day" CM, services (26).

Some of them verbalize this state of flow like a way to relief, forgetting their pains and temporarily avoiding their problems:

"On a personal level, it has helped me immensely, because I think -I have never seen a psychologist- that this is my psychologist (...) all my jobs have helped me, they have provided for me, and they serve as release for all my sorrows as a mother, problems at home... having a child with cancer is not easy." MC, handicraft products (42).

"The product arose from the desire to get ahead and grow professionally (...) the appeal of crafts (her entrepreneurship), I have always liked doing arts and crafts, I absolutely love it, that's how I unwind, and the world around me ceases to exist." SF, services (59).

However, other women express it as a way of coping with their problems. They relate it to personal growth:

"Entrepreneurial projects help our mood and our spirit... everybody, working with our hands, with our minds, having an attitude, believing in something that helps us to grow... It helped me a lot, that is, not just lying down in my bed, receiving medication [chemotherapy], being constantly thinking of my cancer. [My stone crafts] has helped me to not think of my illness." AS, handicraft products (60).

The opposite is also true. The therapy becomes an entrepreneurial activity: sometimes they start an activity trying to find this state of flow, to move forward from a trauma, and this activity becomes later a business:

"Once I was divorced I restarted my needlecraft courses as it was a therapy to me, especially cross stitching, because (...) you really have to concentrate a lot to do it. It was a therapy (...) Later, when I saw that I could... that I could go on, (I became an entrepreneur) to produce for other people." TS, clothing manufacturing (73).

Social Support Organization

Positive reinforcement

During a Pitch course, women have been taught about feedback and encouraged to provide feedback to their classmates: They simply emulated feedback and “feedforward” techniques (Conaghan & Lockey, 2009), without giving them specific content. In a context of women with low self-esteem, simple comments of approval were widely applauded by women; so apparently, there is positive reinforcement that boosts self-confidence among the participants.

"A very professional presentation, congratulations, you manage your brand very well, keep going, everything is going to go very well for you because it's evident that you make great, high-quality products." BR, food products (44).

"I became emotional when I heard her...it's wonderful...she believes in what she does... she's very enthusiastic about her product... many congratulations." AS, handicraft products (60).

"I congratulate you, with what you've got on your table, you convey your joy (...) you are self-taught and I find that amazing." BR, food products (44).

"I find that our colleague is very frank when she speaks, she is very sincere, and she really loves her business, and she puts her whole being into it and so...it shows!" AL, clothing manufacturing (37).

Shared experiences and identity building

During group dynamics in training sessions, women entrepreneurs share their experiences and support each other.

"We get together to relax to forget about the problems that we have at home and our illnesses." CM, services (26).

Feeling that they are not alone, that there are more women entrepreneurs like them with many things in common, makes them feel that they have found a place to relate with, to build their “new” identity as entrepreneurs.

"I believe that what we all have in common is the way we decided to start a business. I don't know why, but every time I get together with others and we're all women, [it turns out that] we started after a painful experience (breakdown). Then, we decide (to start a business) after something big happens... a family trauma, an illness or whatever, or losing our job." IC, services (55).

Overcoming obsolete beliefs

The course provided by Prodemu became a space where women question their reality and collectively try to go forward, relying on the containment or support they receive from their peers. This allows them to tear down limiting beliefs or cognitive barriers.

"(The course) was a healing, reflexive and liberating experience for me" DG, retail (53).

"The project arose from the desire to get ahead and grow professionally. Being a housewife...we also have dreams, not (just) having a husband and children." SF, services (59).

Accessing professional networks

Beyond the Pitch sessions, the participants created a WhatsApp group (their own chat) called "Woman entrepreneur" (*Mujer emprendedora*). They use this chat as a contact network but also to support each other professionally to produce, attend trade markets and other tasks often related to balance work and family.

"I am already exhibiting, together with R.C. and [another member of this group] at the Christmas market" IE, handicraft products (41).

Socializing

As this group of women is often socially marginalized, the organization (not the entrepreneurial activity) offers them a space that breaks the tendency to isolate themselves.

"Yes, so, above all, because you get to make friends; you get to the point where you just stay locked up in the house and you do absolutely nothing else... Yes, so, then, no, here you make friends and meet people with great hearts, yes." MCH, food products (52).

5. CONCLUSION

As shown in Table 2, necessity-driven women entrepreneurs developed their existing skills. As they do what they want, they feel that the activity is therapeutic. The participants of this study stay in their comfort zone, and they are not interested in moving into a high-growth activity that requires more resources (i.e., time, skills, energy). This finding is the main obstacle for transforming necessity-driven into opportunity-driven entrepreneurship, the main objective of the educational programs created by Prodemu. This result is not unexpected but it will challenge policymakers around the globe.

Table 2: Comparison between necessity and opportunity-driven entrepreneurship

Necessity-driven ent.	Opportunity-driven ent.
supply-focused	demand-focused
they developed their skills, they do what they want.	they need to "adapt" their skills to what the market wants.

The activity chosen by a woman entrepreneur is based on her preferences and skills. It is not a market opportunity for the project that drives her to start a business, nor is it the main focus either.

“...start an entrepreneurial project is closely linked to do what we enjoy the most; to discover what we like and do it... not as a job! but as a pleasure; (we love) to do something we enjoy within our necessity” CV, cosmetics (38)

Sense of wellbeing provided by necessity-driven entrepreneurship

As shown in this study, necessity-driven entrepreneurship begins with developing a skill that the enterprising woman previously possesses or can learn fairly easily. They adapt to their own preferences with respect to learning and entrepreneurial experience, whereby they receive *social support*. Practicing the activity drives her to a *state of flow* that contributes to a sense of wellbeing.

This study explores why these women associate “entrepreneurship” with “therapy”, by identifying 3 elements: 1) how can the entrepreneurial activity; and, 2) the support of a public organization, facilitate women’s “therapy or healing process”. We found that the entrepreneurial activity provides women with: a) the opportunity of staying active; b) discovery and development of new skills; that c) enables them to reach a state of flow. The organization also provide a safe space social support in the form of: a) feedback and positive reinforcement; b) sharing their similar experiences and building a common entrepreneurial identity; c) tearing down old limiting beliefs; d) creating a professional network; and, e) staying social.

Implications for Public Policy

Gender perspective is key to transform social identity. Innovative training activities in entrepreneurship, specifically those created for startups (usually ventures driven by opportunity) can be successful in training programs aimed at entrepreneurs of traditional and vulnerable groups (usually projects originated by necessity), through an adapted methodology with a gender approach.

Practical Implications for Practitioners and Entrepreneurship Educators

Similarly, to what happen in formal education (Hoffmann and Oreopoulos, 2009), this study also reports the “same-sex instructor effect”. Apparently, women instructors create a “safe environment” for these vulnerable women. We recommend that this effect be examined experimentally.

Practical Implications for Women in Entrepreneurship

This case study shows that vulnerable women in entrepreneurship question the traditional gender roles and patriarchy after participating in a program focusing on gender. This, in turn, tears down their limiting beliefs, gives them back the control over their lives, and empowers them. They no longer feel that they are “bad mothers” or that “business and money is for men only”. As such, they shake off their guilt. In sum, entrepreneurial activity enables women to

“break free” from particular gendered constraints; similar narratives have been reported for Swedish and Saudi Arabian women (Alkhaled & Berglund, 2018).

Additionally, these women found that they are not alone. There are many other women in the same situation or similar circumstances. And, since some women are striving for “success” in their business and personal lives, they serve as role models for women having a difficult journey or who are just starting their business. Role models provide motivation and strength for struggling women to continue with their businesses.

We conclude that entrepreneurial activity among women does not only improve economic autonomy or financial freedom, but it also contributes to general autonomy, physical, political, and economic wellbeing.

REFERENCES

- Acs, Z. J., Arenius, P., Hay, M., & Minniti, M. (2005). *2004 Global entrepreneurship monitor* (p. 52). London UK and Babson Park, MA: London Business School and Babson College.
- Ahl, H. (2006). Why Research on Women Entrepreneurs Needs New Directions. *Entrepreneurship Theory and Practice*, 30(5), 595–621.
- Al-Dajani, H., & Marlow, S. (2010). Impact of women’s home-based enterprise on family dynamics: Evidence from Jordan. *International Small Business Journal*, 28(5), 470-486.
- Alkhaled, S., & Berglund, K. (2018). “And now I’m free”: Women’s empowerment and emancipation through entrepreneurship in Saudi Arabia and Sweden. *Entrepreneurship & Regional Development*, 1–24.
- Amatucci, F.M.; Crawley, D.C. (2011). Financial self-efficacy among women entrepreneurs. *International Journal of Gender and Entrepreneurship*, 3(1), 23–37.
- Amorós, J. E., Kuschel, K., & Pizarro, O. (2014). *Global Entrepreneurship Monitor. Mujeres y Actividad Emprendedora en Chile 2013-2014*. Santiago de Chile: Universidad del Desarrollo.
- Archer, J.C. (2010). State of the science in health professional education: effective feedback. *Medical Education*, 44(1), 101–108.
- Berg, N.G. (1997). Gender, Place and Entrepreneurship. *Entrepreneurship and Regional Development*, 9(3), 259–268.
- Berger, R. (2015). Now I see it, now I don’t: Researcher’s position and reflexivity in qualitative research. *Qualitative research*, 15(2), 219-234.
- Bizkaia Foru Aldundia. (2016). *Emprendimiento con enfoque de género. Buenas prácticas*. Bizkaia: Diputación Foral.

- Brunila, K. (2012). A Diminished Self: Entrepreneurial and Therapeutic Ethos Operating with a Common Aim. *European Educational Research Journal*, 11(4), 477–486.
- Brush, C.G. (1992). Research on Women Business Owners: Past Trends, a New Perspective and Future Directions, *Entrepreneurship Theory and Practice* 17(4), 5–30.
- Brush, G.; de Bruin, A.; Welter, F. (2009). A gendered framework for women's entrepreneurship. *International Journal of Gender and Entrepreneurship*, 1(1), pp.8-24.
- Brush, G.; de Bruin, A.; Welter, F. (2014). The Gendering of Entrepreneurship Context. Presented at the Institut für Mittelstandsforschung Bonn (Hrsg.): Working Paper 01/14, Bonn, Rochester, NY: Social Science Research Network.
- Byrne, J.; Shantz, A.; Bullough, A. (2018). From Victim to Entrepreneur: Rebuilding shattered lives. *Academy of Management Proceedings*, 2018(1), 18828.
- Calás, M. B.; Smircich, L.; Bourne, K. A. (2009). Extending the Boundaries: Reframing “Entrepreneurship as Social Change” through Feminist Perspectives. *The Academy of Management Review*, 34(3), 552–569.
- Candy, P. C. (1991). *Self-Direction for Lifelong Learning* (Vol. 42). San Francisco: Jossey-Bass.
- CEPAL (2010). *¿Qué estado para qué igualdad?* Santiago de Chile: CEPAL.
- CEPAL (2014). El nuevo paradigma productivo y tecnológico: la necesidad de políticas para la autonomía económica de las mujeres. (L. Scuro & N. Bercovich, Eds.). Santiago de Chile: Naciones Unidas, CEPAL.
- Comunidad Mujer (2016). Informe GET. Género, Educación y Trabajo. La brecha persistente. Primer estudio sobre la desigualdad de género en el ciclo de vida. Una revisión de los últimos 25 años. Santiago de Chile: Comunidad Mujer.
- Conaghan, P. and Lockey, A. (2009). Feedback to feedforward: A positive approach to improving candidate success. *Notfall + Rettungsmedizin*, 12(S2), 45–48.
- Csikszentmihályi, M. (1990). Flow – The Psychology of optimal experience. *Journal of Leisure Research*, 24(1).
- Csikszentmihályi, M. (1997). *Finding flow: The psychology of engagement with everyday life*. New York, NY, US: Basic Books.
- Dodge, R., Daly, A. P., Huyton, J., & Sanders, L. D. (2012). The challenge of defining wellbeing. *International Journal of Wellbeing*, 2(3).
- Down, S.; Warren, L. (2008). Constructing narratives of enterprise: clichés and entrepreneurial self-identity. *International Journal of Entrepreneurial Behavior & Research*, 14(1), 4–23.
- Downing, S. (2005). The Social Construction of Entrepreneurship: Narrative and Dramatic Processes in the Coproduction of Organizations and Identities. *Entrepreneurship Theory and Practice*, 29(2), 185–204.

- Falck, O.; Heblich, S.; Luedemann, E.. (2012). Identity and entrepreneurship: do school peers shape entrepreneurial intentions? *Small Business Economics*, 39(1), 39–59.
- Felce, D., & Perry, J. (1995). Quality of life: Its definition and measurement. *Research in Developmental Disabilities*, 16(1), 51–74.
- Frey, J. H., & Fontana, A. (1991). The group interview in social research. *The Social Science Journal*, 28(2), 175–187.
- Gill, R., & Ganesh, S. (2007). Empowerment, Constraint, and the Entrepreneurial Self: A Study of White Women Entrepreneurs. *Journal of Applied Communication Research*, 35(3), 268–293.
- Hanson, S. (2009). Changing Places Through Women’s Entrepreneurship. *Economic Geography*, 85(3), pp.245-267.
- Hanson, S., & Blake, M. (2009). Gender and Entrepreneurial Networks. *Regional Studies*, 43(1), 135–149.
- Harley, D.; Grome, S.; Kim, S.; McLendon, T.; Hunn, V.; Canfield, J.; ... Wells, A. (2018). Perceptions of Success and Self-Sustainability Among Women Participating in an Entrepreneurial Skills Development and Empowerment Program Through Photovoice. *Journal of Ethnic & Cultural Diversity in Social Work*, 1–19.
- Heaney, C.A.; Israel, B.A. (2008). Social Networks and Social Support. In *Health Behavior and Health Education. Theory, Research, and Practice* (Vol. 4, pp. 189–210). San Francisco: Jossey-Bass.
- Heckman, J.J.; Kautz, T. (2012). Hard evidence on soft skills. *Labour Economics*, 19(4), 451–464.
- Hill, R. C., & Levenhagen, M. (1995). Metaphors and mental models: Sensemaking and sensegiving in innovative and entrepreneurial activities. *Journal of Management*, 21(6), 1057-1074.
- Hoffmann, F., & Oreopoulos, P. (2009). A professor like me: the influence of instructor gender on college achievement. *Journal of Human Resources*, 44(2), 479-494.
- House, J.S. (1981). *Work stress and social support*. Reading, Mass.: Addison-Wesley.
- INE. (2017). *Informe Final Quinta Encuesta de Microemprendimiento*. Santiago de Chile: Instituto Nacional de Estadística.
- Institute for Research on Poverty. (2015). Gender Inequality. Retrieved September 1, 2018, from <https://www.irp.wisc.edu/category/inequality-mobility/gender-inequality/>
- Johnson, D.W.; Johnson, R.T.; Holubec, E.J. (1994). *Cooperative Learning in the Classroom*. Virginia: ASCD.
- Kieran W. (2005). The rules. *BMJ : British Medical Journal*, 331(7516), 574.

- Lagarde, M. (2000). *Claves feministas para la autoestima de las mujeres* (2ª). Madrid: Horas y Horas.
- Lagarde, M. (2006). Pacto entre mujeres. Sororidad. In *Aportes para el debate* (pp. 123–135). Madrid: Coordinadora Española del Lobby Europeo de Mujeres (CELEM).
- Lin, N., & Ensel, W. (1989). Life Stress and Health: Stressors and Resources. *American Sociological Review*, 54(3), 382–399.
- Mandakovic, V., Abarca, A., & Pizarro, O. (2015). *Global Entrepreneurship Monitor. Mujer Aniversario 10 años* (GEM). Santiago de Chile: Universidad del Desarrollo.
- McGowan, P.; Redeker, C.L.; Cooper, S.Y.; Greenan, K. (2012). Female entrepreneurship and the management of business and domestic roles: Motivations, expectations and realities. *Entrepreneurship & Regional Development*, 24(1–2), 53–72.
- Minniti, M.; Koellinger, P; Schade, C. (2013). Gender Differences in Entrepreneurial Propensity*. *Oxford Bulletin of Economics and Statistics*, 75(2), 213–234.
- Moore, D., & Buttner, E. (1997). *Women Entrepreneurs: Moving Beyond the Glass Ceiling*, London and New Delhi: Sage Publications
- Morgan, R. (1970). *Sisterhood is Powerful an Anthology of Writings From the Women's Liberation Movement*. New York: Random House.
- Morris, M.; Miyasaki, N.; Watters, C., & Coombes, S. (2006). The dilemma of growth: Understanding venture size choices of women entrepreneurs. *Journal of Small Business Management*, 44(2), 221-244.
- Observatorio Social. (2018). *Situación de Pobreza. Síntesis de Resultados CASEN 2017* (p. 302). Santiago de Chile: Ministerio de Desarrollo Social.
- OECD. (2016). *Latin America and the Caribbean SIGI Regional Report*. Paris: OECD Development Centre.
- Oosthuizen, I., & Mentz, E. (2016). Self-directed learning research: An imperative for transforming the educational landscape. AOSIS.
- Pendleton, D. (1984). *The Consultation: an approach to learning and teaching*. New York: Oxford University Press.
- Piff, P.K.; Stancato, D.; Martinez, A.; Kraus, M.; Keltner, D. (2012). Class, chaos, and the construction of community. *Journal of Personality and Social Psychology*, 103(6), 949–962.
- Sharma, P., & Varma, S.K. (2008). Women Empowerment through Entrepreneurial Activities of Self Help Groups. *Indian Res. J. Ext. Edu.* 8(1), 46-51.

- Swail, J., & Marlow, S. (2018). 'Embrace the masculine; attenuate the feminine' – gender, identity work and entrepreneurial legitimation in the nascent context. *Entrepreneurship & Regional Development*, 30(1–2), 256–282.
- Tepper, A., & Flynn, P. (2018). *Feedback to Feed Forward: 31 Strategies to Lead Learning*. Corwin Press.
- UN Women. (2017). *El progreso de las mujeres en América Latina y el Caribe / Progress Report of Women in Latin America and the Caribbean*. Santiago de Chile: UN Women.
- US Census Bureau. (2015). American Community Survey (ACS). Retrieved September 1, 2018, from <https://www.census.gov/programs-surveys/acs/guidance/comparing-acs-data/2015.html>
- Vesalainen, J., & Pihkala, T. (2000). Entrepreneurial Identity, Intentions and the Effect of the Push-Factor. *International Journal of Entrepreneurship*, 4, p.105.

EL CONCEPTO DE GAMIFICACIÓN APLICADO AL PROCESO DE APRENDIZAJE EN ENTORNOS NO LÚDICOS: LOS SERIOUS GAME

Fernando Rodríguez, Mario Arias-Oliva

Universitat Rovira I Virgili, Spain

Resumen:

Los procesos derivados del aprendizaje a través de juegos -gamificación-, adquieren una nueva dimensión con el auge y desarrollo de los juegos serios, -*Serious Games*-, juegos aplicados a temáticas no lúdicas. Repasar las diversas teorías de aprendizaje, ampliamente conocidas por la comunidad de las ciencias sociales, formuladas desde los años 40 del pasado siglo, nos sirven de punto de referencia para conocer, un poco mejor, el sustrato científico que está detrás de los procesos de cómo aprendemos las personas, y de cómo esas formas de aprender dejan espacio a metodologías basadas en procesos de juego. Conocer las diversas formas en las que aprendemos los seres humanos, desde una perspectiva científica, nos ayudará a la posterior creación de diversos perfiles de jugadores, para así maximizar y ajustar el proceso de aprendizaje del individuo.

Abstract:

Learning based on games -Gamification-, are an emerging learning strategy, especially with the rise and development of the called "Serious Games". That kind of games are applied to non-ludic learning environments. This paper review main theoretical approaches of learning, widely known by the scientific and academic community since 1940. This analysis let us to root the processes of how people learn, and how gamification methodologies is incorporated. To know from a scientific perspective the different ways of learning, will be very useful us to analyze profiles of players, in order to maximize and adjust the learning process of the individual.

ÍNDICE

1. Historia y desarrollo del concepto de gamificación
2. El concepto de gamificación aplicado a entornos no lúdicos: aprendizaje de adultos a través del juego serio (*serious game*)
3. Características de los juegos de adultos
4. Gamificación: su uso como juego serio para el aprendizaje en adultos
5. Conclusiones

1. HISTORIA Y DESARROLLO DEL CONCEPTO DE GAMIFICACIÓN

El concepto gamificación es un anglicismo, que viene de la palabra original *Gamification*. Tiene su traducción al castellano, como ludificación, y es uno de los muchos conceptos, basados en su origen, en una palabra, que se ha introducido en nuestro argot, poco a poco, a través de la aparición de todo lo relacionado con la cultura proveniente de medios digitales, en concreto, aquella que hace referencia a los videojuegos. La mayoría de los autores tienen la fecha del 2008, como la del inicio y aparición del concepto, aunque no es hasta la segunda mitad de 2010, cuando el concepto de “Gamification”, empieza a extenderse y a ser nombrado en artículos y revistas, (Deterding, S. et al. 2011, Gamification: Toward and Definition) del sector de los videojuegos, como hemos comentado.

Introducir un concepto de actividades lúdicas en el campo de las tareas no lúdicas, supone atravesar conceptualmente conceptos tradicionales del campo del juego, en todas sus dimensiones, a nuevas aplicaciones del concepto de aprendizaje. El aprendizaje tradicional observa, como una nueva manera de interactuar con el conocimiento, puede servir también para aprender teorías, conceptos, instrucciones, actitudes o comportamientos.

El salto del concepto, de ser utilizado en el mundo de las empresas desarrolladoras de juegos de ordenador, al mundo no lúdico, no está muy claro y se ha ido produciendo por una transición suave, no disruptiva, en apenas una década, con lo que nos encontramos, con una ciencia en pleno desarrollo, y muy lejos todavía de alcanzar su grado de madurez (concepto de Levitt, T., 1983) respecto a su curva de uso potencial. Por otro lado, el concepto *Gamificación*, está muy presente en muchos ámbitos de nuestra vida y no sólo se utiliza ya para hacer referencias del campo de los juegos en sí, también lo utilizamos en el contexto de la empresa como el marketing, ventas, etc., como en el de la educación, la psicología, la salud o incluso, en nuestras propias vidas.

Las definiciones acerca del concepto de Gamificación parecen fluctuar entre varias ideas principales, que van del campo de la pura diversión y el juego entendido como divertimento, a aquellas más cercanas al campo del aprendizaje, formas nuevas de expresión en relaciones de interacción entre adultos o simplemente estructuras de diseño a la hora de organizar reglas y situaciones propias del hecho “Gamificador”.

Sin ánimo de ser exhaustivos, proponemos algunas de las definiciones más aceptadas en la actualidad:

1. La gamificación consiste en el uso de mecánicas, elementos y técnicas de diseño de juegos en contexto que no son juegos para involucrar a los usuarios y resolver problemas (Zichermann & Cunningham, 2011; Werbach & Hunter, 2012).
2. "Usar mecánicas basadas en juegos, estética y juegos para involucrar a las personas, motivar acciones, promover el aprendizaje y resolver problemas" (Kapp, 2013)
3. La gamificación es la aplicación de recursos de los juegos (diseño, dinámicas, elementos, etc.) en contextos no lúdicos para modificar comportamientos de los individuos mediante acciones sobre su motivación. (Teixes, F. 2014)
4. La clásica y más utilizada, tal vez sea la de Deterding, S., que, con su artículo, antes mencionado, publicado en 2011, marca el pistoletazo de salida en la aceptación del concepto de Gamificación: "La gamificación es el uso de elementos del diseño de juegos en contextos no lúdicos" (*Gamification is the use of game design elements in non-game contexts*).

En todo caso, pasamos a analizar de una forma global, el significado de forma conjunta, de lo que quieren describir las 3 acepciones más utilizadas. En todas se hace referencia a que estamos hablando en un contexto del uso de juegos. En el idioma anglosajón, la acepción diferencial entre "play" en contraposición a "game", ya marca una primera distinción que acercaría el concepto a dos situaciones distintivas. Game implicaría, a un conjunto de estructuras, (reglas, normas, restricciones, etc.) en contraposición a Play que sería el juego libre, meramente lúdico, al que juegan los niños, por ejemplo: es la libertad de jugar por jugar, por divertirse y hacerlo de forma plenamente creativa. Así pues, queda claro que Gamificación, se acerca al concepto de Game, vs Play, y sería el primer constructo en el que todos los autores están de acuerdo. Game significa operar bajo un conjunto de reglas, pautas, restricciones, normas que definan el juego en sí, a lo que vamos a jugar.

Otro concepto que se muestra contenido en las definiciones es que la gamificación implica involucrar y motivar a los usuarios. En efecto, los juegos son una herramienta muy poderosa desde el punto de vista motivacional, se convierten en una actividad de contenido único. Las personas jugamos porque nos apetece, porque queremos, hay un carácter volitivo, de voluntad propia, no forzada en el hecho de jugar, y en muchos casos, sin la espera de obtener un refuerzo concreto a cambio, aunque puede subyacer una recompensa oculta en forma de aprendizaje o resolver un problema y se hace por el puro placer de hacerlo. Más adelante analizaremos las posibles teorías de motivación que están detrás del hecho de jugar y como pueden diferenciarse entre motivaciones intrínsecas y extrínsecas (Lazzaro, N. "*Why we play games: Four keys to more emotion without story*." (2004).)

Así pues, tenemos que Gamificar es jugar con reglas y normas por el mero placer de hacerlo, realizar la actividad con una motivación propia, y además, y esta sería la tercera característica que se desprendería de las definiciones, tiene que haber elementos de diseño de juego, es decir características propias que marcan la naturaleza del juego que hacen que estos sean sumamente atractivos, y que, en algunos casos, pueden conseguir la adicción de quien los

juega. En contextos puramente lúdicos, hablaríamos de la interfaz que utiliza el diseñador para atrapar la motivación del que juega, el uso de recompensas, (pensemos en la combinación de luces-sonido y posibilidad de ganar dinero en las máquinas tragaperras), etc.

Por último, todas las definiciones nos hablan del uso de contextos no lúdicos. Esto hace referencia a aplicarlo en situaciones que podríamos llamar “serias” como la gestión de empresas, personas, marketing, enseñanza para niños o adultos, sanidad, programas específicos para la tercera edad, etc.

2. EL CONCEPTO DE GAMIFICACIÓN APLICADO A ENTORNOS NO LÚDICOS: APRENDIZAJE DE ADULTOS A TRAVÉS DEL JUEGO SERIO (*SERIOUS GAME*)

Se ha definido, con anterioridad, el concepto de gamificación distinguiendo la acepción de game vs play y, en adelante, tomaremos la definición de Game en todo momento, y dejaremos de un lado el concepto “play”, ya que no es el objeto de este artículo. Así pues, el concepto “Game” que traduciremos por “juego” (con normas y diseños), responde a una serie de definiciones que vamos a repasar.

Desde un punto de vista meramente formal, como es su entrada como vocablo:

- Según el diccionario inglés Collins, “game is an activity or sport usually involving skill, knowledge, or chance, in which you follow fixed rules and try to win against an opponent or to solve a puzzle.”, “Juego es una actividad o deporte que generalmente involucra el uso de una habilidad, conocimiento o posibilidad, en el cual, una persona sigue unas reglas prefijadas e intenta ganar a un oponente o resolver un acertijo o problema”.
- La RAE (Real Academia de la Lengua Española) define en su primera acepción juego como “acción y efecto de jugar por entretenimiento” y en la segunda, tal vez la más completa y la que se ajusta también más a la definición inglesa, “ejercicio recreativo o de competición sometido a reglas, y en el cual se gana o se pierde. Juego de naipes, de ajedrez, de billar, de pelota.”

Como vemos en ambos casos, las definiciones, reafirman los conceptos que estamos trabajando y que puede aplicarse perfectamente a eso que llamamos “no lúdico”, y es que, para jugar, se necesitan habilidades (skills) y conocimientos (knowledges) con lo que podemos entender que no sólo la variable edad o proceso de desarrollo vital, tiene que ver para poder jugar. Así pues, debemos introducir el concepto de jugar como un posible sistema entre adultos, con diversas metodologías, distintos procedimientos y búsqueda de objetivos y metas que difieran de lo que puede buscar un niño. Jugar seriamente es factible, y vamos a desarrollar más adelante como este tipo de juego se nutre de una metodología y sistema de reglas propio.

3. CARACTERÍSTICAS DE LOS JUEGOS DE ADULTOS

Los juegos de adultos o juegos serios están pensados para conseguir más de un objetivo, además de “pasar un rato divertido”. Estos objetivos están muy cercanos a la adquisición o entrenamiento de habilidades o conocimientos, incluso al cambio de actitudes. Si el juego tiene como objetivo principal la diversión, el juego serio o de adultos tiene como objetivo principal otros objetivos y esto no significa que la diversión no sea uno de ellos, pero deben existir otros para diferenciarlo. Varios han sido los autores que han definido que distingue un juego de adultos o que características deben de cumplir. Johan Huizinga profesor e historiador holandés, acuña el término “Homo Ludens (1938)” -hombre que juega-, y pone de manifiesto la importancia del juego (sin distinguir entre adultos o no adultos), a lo consustancial de la raza humana. En la página 217 del libro, Huizinga define: “El juego es una acción que se desarrolla dentro de ciertos límites de lugar, de tiempo, y de voluntad, siguiendo ciertas reglas libremente consentidas, y por fuera de lo que podría considerarse como de una utilidad o necesidad inmediata. Durante el juego reina el entusiasmo y la emotividad, ya sea que se trate de una simple fiesta, de un momento de diversión, o de una instancia más orientada a la competencia. La acción por momentos se acompaña de tensión, aunque también conlleva alegría y distensión”.

Por su parte Whitton, N. (2009) en su libro *Learning with Digital Games: A Practical Guide to Engaging Students in Higher Education*, crea una de las definiciones del concepto “juego” que va a sentar las bases de toda la teoría moderna. Para la profesora Whitton no es tan importante la definición de “juego”, es más útil e interesante hablar de las “propiedades asociadas a los juegos” (game-like properties); cuantas más características tenga un juego más nos parecerá que lo es. La definición “binaria” esto es un juego, esto no es un juego carece de sentido. Estas características o propiedades sirven para que un observador neutral considere si es juego o no, y son:

- Competición: existe un escenario con ganadores y perdedores
- Reto: La actividad en sí misma no es trivial
- Fantasía: Existe un componente de entorno imaginario
- Exploración: Existe un componente de entorno que puede ser investigado u observado
- Objetivos: Hay un propósito concreto
- Resultados: Las acciones cambian el estado de la actividad y tienen consecuencias
- Gente: Hay otros participantes implicados
- Reglas: Existen restricciones artificiales aceptadas por los participantes
- Seguridad: Las acciones llevadas a cabo en su contexto no tienen implicaciones directas en el mundo real

La acumulación de estas propiedades nos llevará a definir que un juego es tal con lo que se pierde una definición cerrada, pero se gana en la descripción objetiva del concepto. Whitton, como una de las autoridades mundiales del campo de la Gamificación, en el área de video

juegos, no establece un claro peso al carácter de voluntariedad y motivación al hecho de jugar, ya que entiende, que las propiedades o características del juego pueden cumplir con esa función en sí, en el momento en el que un buen diseño se abre camino.

Por último, y para completar los conceptos que definen el juego, Jane McGonigal en su libro, *Reality is Broken: why games make us better and how they can change the world*, 2011, una de las obras más serias en lo que a gamificación y poder del juego se refiere, sienta las bases de lo que será el futuro en el diseño de juegos, y de cómo estos cambiarán la visión que del mundo tenemos. Así, distingue que todos los juegos, para que puedan ser llamados tales, necesitan cumplir con 4 características:

- Objetivo
- Normas
- Feedback
- Participación voluntaria

El **objetivo** viene a ser la participación de los jugadores en lo referente a la búsqueda de resultados y metas. Jugar en adultos, puede significar en un alto porcentaje, en contraposición a los niños, el querer conseguir algo de provecho. La participación está motivada por el objetivo de conseguir una meta, si esta se consigue estaremos hablando de un éxito para el participante, o de un fracaso si es a la inversa.

Cuando hablamos de **normas**, según McGonigal, y utilizando una metáfora, es establecer las “medidas del campo donde vamos a jugar, como son las áreas, de qué color pintamos la superficie de juego, o el número de jugadores y el uniforme de su camiseta”. Conseguir el objetivo a través de ciertas limitaciones y normas, asegura, además, una cierta dosis de competitividad, que no deja de ser la base de una motivación intrínseca incipiente.

La retroalimentación o **feedback**, es el instrumento necesario que mide como estamos desarrollando nuestra conducta de juego, respecto a la meta que queremos conseguir. A nivel de diseño en los procesos de Gamificación, que veremos más adelante, la retroalimentación es la base de multitud de recursos que presentan de diferentes formas el avance del jugador y la escala que este mantiene con los demás en la búsqueda del resultado (budgets: clasificaciones, puntos, premios, etc.)

Por último, la **participación voluntaria**, base del proceso intrínseco de motivación que hemos mencionado, asegura un doble aspecto de análisis. Por un lado, el hecho volitivo implicado en el proceso del juego asegura la participación libre y consciente del jugador, y por otro la necesidad de conocer las normas que nos llevarán al objetivo o meta. Aquí se produce de forma no forzada aprendizaje en estado puro, ya que esta llevado por la motivación y con el objetivo final de conseguir una meta.

Las aportaciones de Huizinga,Whitton y McGonigal nos sirven para delimitar las características que definen los juegos de adultos, y sientan el marco teórico del significado del juego de adultos y el proceso de aprendizaje que subyace por el carácter de voluntariedad que plantean todas las definiciones.

4. GAMIFICACIÓN: SU USO COMO JUEGO SERIO PARA EL APRENDIZAJE EN ADULTOS

Hasta este momento, se ha definido el concepto de Gamificación o Ludificación -en castellano, aunque usaremos el anglicismo indistintamente- (Gamification), el concepto de juego (Game) y el de juego serio (Serious Game).

Hemos analizado, desde el actual *estado del arte*, como la Gamificación se nutre de juegos (creados y desarrollados por la especie humana -Homo Ludens-) y si estos buscan un objetivo para el aprendizaje o el desarrollo de una habilidad en entornos no lúdicos, entonces hablamos de Juegos Serios. Es necesario, establecido este marco, conocer las diversas teorías que están presentes en la forma en la que aprendemos los adultos, también debemos repasar los conceptos que mueven a la motivación o incitación a la acción, elemento base del inicio del proceso de aprendizaje: no podemos aprender nada si no estamos incentivados a hacerlo. Por ello, conocer las diversas teorías motivacionales, nos ayudará a entender lo que “mueve” -motiva- a las personas a realizar actividades, entre ellas la del aprendizaje.

4.1 El comportamiento de aprendizaje en adultos: breve repaso de las teorías más influyentes

El cómo las personas adultas aprendemos ha sido estudio de numerosas investigaciones tanto científicas, como antropológicas, pedagógicas o psico-sociales. El estado del arte aquí es inabarcable, sobre todo teniendo en cuenta que el periodo evolutivo, que marca la edad de las personas, no está sujeto a reglas fijas que determinen el grado de madurez en el que el ser humano, adopta, lo que llamaríamos “edad adulta”. Por ello, nos limitaremos a repasar las conclusiones de los estudios pertinentes estableciendo algunas conclusiones como punto de partida.

En la definición de la RAE, la primera acepción del vocablo “aprender” es: “Adquirir el conocimiento de algo por medio del estudio o de la experiencia”. No es hasta los años 40 del pasado siglo, cuando se inicia un movimiento académico y de investigación para determinar los principios teóricos que subyacían a los procesos de aprendizaje, sistematizando todo el conjunto de las investigaciones para obtener una totalización completa y concluir con leyes en la década de los 50-60.

Sin ánimo de ser exhaustivos, repasamos a los autores de las teorías de aprendizaje más importantes hasta la actualidad, teniendo en cuenta que aquí no hablamos de la concepción del aprendizaje de adultos, sino de las teorías que explican cómo se adquiere, que en la mayoría de las ocasiones es desde la infancia.

Jean Piaget (1986-1980), es considerado como uno de los padres en lo que a teoría del aprendizaje se refiere. Piaget establece que todo el proceso de aprendizaje que hacemos en la vida viene determinado por la infancia y primeros años, con lo que lo que sucede después es una consecuencia arraigada de esas primeras experiencias. Así establece diversas etapas que van desde los 0 días, hasta los 11 años aproximadamente. Después de ese tiempo la persona

ya tiene adquirido el proceso de aprendizaje y lo que hará será repetir el esquema mental adquirido.

Las etapas más significativas para la adquisición del aprendizaje son: la etapa sensomotora, en la que todo el aprendizaje se realiza de forma motora (por reflejos innatos), no se da una representación interna de los hechos externos, no se piensa mediante conceptos. Esta se estima de los 0 meses a los 2 años; La segunda etapa sería la preoperacional, de los 2 a los 7 años, es la etapa en la que el pensamiento y el lenguaje se fija y gradúa de cara al pensamiento simbólico: se imitan objetos de conducta, juegos simbólicos, dibujos, imágenes mentales y el desarrollo del lenguaje hablado.; La tercera etapa de adquisición de los procesos de aprendizaje es la de operaciones concretas, alrededor de los 7 a los 11 años, que es cuando el razonamiento de vuelve lógico y este puede aplicarse a problemas concretos. Este desarrollo es paralelo al social, y mentalmente podemos procesar aspectos importantes del aprendizaje como la seriación, el orden mental, la clasificación de conceptos de causalidad, espacio, tiempo, etc.

La última etapa, en la que todos los procesos de aprendizaje están adquiridos, es a partir de los 11 años, y es la de operaciones formales, donde ya se consiguen abstracciones mentales sobre conocimientos concretos observados que le permiten emplear el razonamiento lógico inductivo y deductivo. Se desarrolla y afianza el concepto moral y la personalidad.

El trabajo de Piaget marca unas barreras muy diferenciadas por desarrollo evolutivos respecto a la edad (tiempo), de tal manera que podríamos inferir que sería a partir de los 11 años, cuando los seres humanos estaríamos capacitados para poder desarrollar aprendizaje a través de los juegos, ya que sería esa edad el punto de inflexión donde el razonamiento ya es inductivo-deductivo, con lo que se regula la abstracción mental que permitiría sacar conclusiones sobre un aprendizaje dado a través de un juego (Piaget)

Coetáneo de Piaget, fue Watson, J.B.(1878-1978 US.) padre y fundador de la Escuela Psicológica Conductista. Según uno de los más afamados e importantes psicólogos del siglo XX, las técnicas de modificación de conducta y aprendizaje que él puso en marcha, permitían desarrollar, desde niños, cualquier a persona que el deseara, su cita más famosa, así lo demuestra: “Dame una centena de niños sanos, bien formados, para que los eduque, y yo me comprometo a elegir uno de ellos al azar y adiestrarlo para que se convierta en un especialista de cualquier tipo que yo pueda escoger —médico, abogado, artista, hombre de negocios e incluso mendigo o ladrón— prescindiendo de su talento, inclinaciones, tendencias, aptitudes, vocaciones y raza de sus antepasados.”

Watson, basa sus afirmaciones en el análisis de las conductas de las personas. Los hechos observables marcan lo que una persona hace de otra. Todo es una relación estímulo-respuesta, más que estados internos complejos de la persona como la introspección o el autoanálisis. Aprendemos en función de estímulos y respuestas. La observación externa, objetiva, fijada con parámetros específicos, se establece como la forma de conocer e investigar al individuo. Para Watson, la conducta se adquiere mediante el aprendizaje, negando el papel de la herencia genética. Su legado, basado en las posibilidades de poder modificar una conducta con su “conductismo metodológico”, de forma científica y rigurosa propició un amplio desarrollo en programas de formación y entrenamiento a profesores que enseñaban en

colegios. Como resumen el conductismo aplicaba a ellos una metodología para la enseñanza que incluía:

- El trabajo debe centrarse individualmente para que se produzca un aprendizaje completo
- Las actividades de aprendizaje deben estar dirigidas por el profesor
- El estudiante debe realizar la actividad de aprendizaje en situación de rigor, con instrucciones claras, en silencio y poniendo atención hacia el maestro

Las teorías de Watson son pues la base del aprendizaje imitativo u observacional, que se desarrolló en los centros de formación profesional a partir de la década de los años 30 en Estados Unidos y en el resto del mundo desarrollado. Observemos que, si hablamos desde un punto de vista del conductismo, el aprendizaje a través del juego, no sólo parte de un primer estadio de imitación del niño como ser social de otros niños, sino que, además, quedaría registrado como conjunto de conductas para poder ser utilizadas en la edad adulta. Así pues, el conductismo nos aporta otro punto de vista, con un enfoque eminentemente científico (Watson utilizó muchos postulados de Darwin y su teoría de la evolución en la relación del individuo como ente que se adapta al medio) acerca de cómo el juego se aprende por observación e imitación y es un proceso más de aprendizaje.

Skinner, F. (1904-1990) discípulo de Watson, recoge sus postulados y crea el conductismo basado en la psicología experimental, que considera el comportamiento como una función siempre en referencia al refuerzo que provenga del medio ambiente. Propuso un compendio de técnicas psicológicas basadas en la modificación de conductas, de manera que el aprendizaje sea un reflejo manipulado por comportamientos que nos den la felicidad y el placer, y eviten el dolor y el sufrimiento. Lógicamente, con este ámbito teórico la controversia sobre sobre el profesor de Harvard le persiguió hasta su muerte. El concepto *refuerzo*, eje central de su obra -el conductismo- es un mecanismo de moldeamiento y control del comportamiento humano. El comportamiento se basa en los aprendizajes que tenemos a través de los estímulos del entorno y estos pueden ser, en resumen, positivos o negativos. Cuando los estímulos son positivos, se produce un refuerzo positivo para nuestra conducta, que se ve fortalecida, es decir que, en el futuro es una situación parecida buscaremos con nuestra conducta ese refuerzo. Lo contrario pasaría con los refuerzos negativos.

El conductivismo y la teoría del comportamiento, en su *obra The Behavior of Organisms*, (1938) y posteriormente en *Verbal Behavior* (1957), deja claro que todo lo que nos haya traído desde pequeños estímulos positivos (de refuerzo) marcará la impronta del aprendizaje positivo. ¿y hay algo que reúna más estímulos positivos que el juego lúdico que ejercemos desde los primeros meses de vida? Haciendo una proyección de las ideas de Skinner, aquellos niños que más jueguen de forma positiva o con refuerzo positivos (algo que parece obvio, por la propia definición del juego infantil), se acercarán de adultas a conductas de aprendizaje que estén basadas en los juegos, ya que psicológicamente, en su actitud, jugar les reportará conductas de beneficio y confort positivo.

Otra escuela y forma de pensamiento de como aprendemos las personas, proviene de la Escuela de la Gestalt (Gestalt es una palabra alemana que significa forma, figura...), una potente corriente de psicología alemana de principios del siglo XX (alrededor de 1910 en la escuela de Berlín y Graz). Entre sus autores más destacados están Kohler, W., Lewin, K., o Wertheimer, M. como impulsores desde Alemania o Maslow, A. (discípulo de este último) y Rogers, C. desde Estados Unidos. Todos ellos coinciden en que el aprendizaje se forma a través de como respondemos a través de las percepciones que tenemos de los objetos, las situaciones, las personas, etc. El cómo percibimos a través de nuestros sentidos es determinante a la hora de establecer procesos de aprendizaje. Así, en el caso de enseñar a alumnos, siempre bajo este planteamiento, todo lo que tiene que ver con los sentidos cobra una especial importancia: materiales audiovisuales, actividades dinámicas (trabajo en equipo, exposición, trabajos manuales, juegos, etc.), etc. facilitan el aprendizaje de los alumnos. La escuela de la Gestalt y los trabajos que después hicieron en Estados Unidos Maslow y Rogers, crean la base de la utilización de las actividades consideradas hasta entonces “poco serias” como los juegos, para ser utilizados en clase con alumnos jóvenes y adultos.

Desde los años 60 del siglo pasado hasta la actualidad, las teorías, de cómo aprendemos las personas, han ido consolidando un enfoque multidisciplinar, de tal forma que lo cognitivo, respaldado por los estudios avanzados -por el desarrollo de la ciencia y de la tecnología-, se alía con la genética, el medio social donde aprendemos, la tecnología de información, etc. Como consecuencia de este avance y el mestizaje de diversas disciplinas, el enfoque de Bruner, J. (1915-2016) desde la Universidad de Harvard, propicia la creación de la psicología cognitiva como teoría central del aprendizaje que después se aplicará a través de la educación.

Bruner, da un salto cualitativo, eliminando enfoques reduccionistas y mecánicos, imperantes hasta entonces (los modelos descritos arriba son excluyentes y en muchos casos prescindían unos de aportaciones válidas de otros) y cambia por completo la forma de enseñar y como consecuencia de aprender. El formando no es un sujeto pasivo (conductismo) ni mecánico (modificación de conducta), todo lo contrario, posee una amplia capacidad intelectual que le va a permitir aprender de una manera mucho más activa. En su libro *“Acción, pensamiento y lenguaje”*, manifiesta la importancia de la transmisión de gestos y juegos que la madre hace sobre su hijo, y como este lenguaje articula cognitivamente las capacidades futuras en la creación de imágenes, símbolos y representaciones mentales. La base, que recopila en 4 obras fundamentales, (*A study of thinking (1956)*, *The process of education (1960)*, *Toward a theory of instrucción (1966)*, *Studies in cognitive growth (1966)*), es la interacción madre-hijo, que crea una serie de rutinas – de forma emocional, con juegos- que posibilitarán expectativas del pequeño sobre los actos de su madre y como responder a ellos: La chispa del aprendizaje se ha encendido.

De nuevo el juego y la interacción con el mismo, se convierte en un hilo conductor de aprendizaje que marcará definitivamente la adquisición de conocimiento en la etapa adulta de la persona. La base de estudio y científica de Bruner, marca todo el desarrollo posterior de la psicología cognitiva, que después apoyada por los avances científicos en el siglo ya XXI, se ve apoyada por la neurociencia, el desarrollo de la Inteligencia emocional e inteligencias múltiples con Goleman, Gardner, etc.

Finalmente, otro de los autores más influyentes a la hora de explicar cómo aprendemos las personas, es la rueda de aprendizaje de Kolb. La publicación de su “Experiential Learning Theory” (1984) marca una nueva dimensión teórica de como aprendemos las personas. Básicamente, recopila y analiza los trabajos de Dewey, Lewin y Piaget para elaborar un constructo teórico propio basado en un proceso de aprendizaje de cuatro etapas. Las personas, según Kolb, (figura 1) aprendemos en base a las experiencias (experiential learning) de las que disponemos. Esas experiencias concretas (inmersión) establecen una observación y análisis de la persona que las vive (reflexión) que generan conceptos abstractos e ideas (conceptualización) acerca de lo que ha sucedido, que luego son verificados o experimentados activamente en nuevas situaciones (aplicación- experimentación activa). Con esta teoría el autor establece que el aprendizaje “es el resultado de la forma como las personas perciben y luego procesan lo que han percibido”.

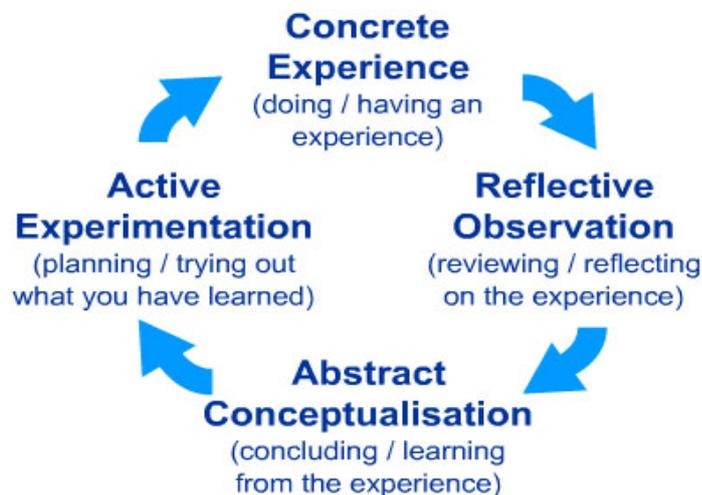


Figura 1. Modelo de Kolb,1984

Kolb establece, además, en función del proceso de percepción del aprendizaje, diferentes estilos (figura 2):

- El estilo divergente es la forma de aprendizaje de aquellos individuos que aprenden mediante la inmersión y la reflexión, el sentir y el observar son las pautas que generan su conocimiento
- El aprendizaje asimilador es el fruto de un mayor peso de la reflexión y la conceptualización de la persona, se origina en la observación y el pensamiento derivado de esa observación
- El estilo convergente es el resultado de la conceptualización y su aplicación posterior. Basado en el pensar y el hacer
- Y, por último, el estilo acomodador representa a las personas que aprenden a través de la aplicación e inmersión, *el sentir y el hacer*, según el modelo.



Figura 2 (Estilos de Aprendizaje, Kolb, 1984)

Peter Honey y Alan Mumford (1986), en base a la teoría de Kolb, desarrollan, una vuelta de tuerca al modelo, creando cuatro estilos de aprendizaje. La publicación de sus trabajos recogidos en el libro de test y pruebas evaluativas “ *Learning styles questionnaire: 80-item version. (2006)*”, constituye un hito en explicar la forma en que aprendemos las personas, en función de nuestra percepción y estilo de personalidad, a través de un test, adaptado a decenas de culturas y nacionalidades. Así, cada persona desarrolla un estilo de aprendizaje propio basado en sus propias experiencias y percepciones, con lo que se establece cuatro tipos o estilos de aprendizaje:

- Activist (Activos) son personas que aprenden si se meten de lleno en el proceso de aprendizaje. Necesitan involucrarse desde el primer momento con una actitud abierta y comprometida al 100%. La forma óptima de aprender es a través del roleplaying, casos prácticos, etc.
- Theorist (Teóricos), estos sujetos aprenden a través de las teorías y el conocimiento que sustentan lo que oyen en su fase de formación. Necesitan modelos, teoremas, conceptos para poder analizar y sintetizar su proceso de aprendizaje. Los recursos para ello son teorías demostrables, modelos matemáticos y estadísticos, las citas etc.
- Pragmatist (Pragmáticos) “ Si lo que aprendo no puedo llevarlo a la práctica no me sirve de mucho”. Este principio guía a este tipo de personas en su proceso de aprender. La forma de aprender es poder visualizar y comprobar sobre el terreno que lo que se ha estudiado tiene una aplicación válida y real
- Por último, los Reflector (Reflexivos) son aquellas personas que aprenden mediante la observación y reflexión de lo que ocurre a su alrededor. La mejor forma para poder enseñar a un reflexivo es a través de observación de actividades, cuestionarios, recibiendo retroalimentación, etc.

Este modelo, ha servido para el desarrollo de multitud de roles de jugador, que serían mencionados en un artículo aparte, y que ponen en valor, como la forma de aprender varía en cada persona,

en función tanto de las características intrínsecas de la personalidad, como del proceso de aprendizaje que ha ido adquiriendo desde la infancia

Las aportaciones de Kolb y los posteriores trabajos y test de Honey y Munford, desarrollaron, todo un nuevo enfoque del aprendizaje experiencial, que sirvió como marco teórico en la formación y desarrollo de programas de formación para adultos, en las mejores universidades y escuelas de negocio del mundo, donde la experiencia previa de estos servía de soporte a una nueva metodología para aprender. El método del caso, iniciado en la Universidad de Harvard en la segunda década del siglo pasado, utiliza de forma clara esta metodología, ya que obliga al alumno a la toma de decisiones en función de la información presente, pero también se valora, de una manera importante, las experiencias previas que acumula el estudiante del caso a resolver. Muchas veces en la historia de las ciencias sociales, se puede demostrar empíricamente una teoría que lleva aplicándose desde la praxis desde hace años, sin saber bien, como funciona, y este parece ser el caso.

A modo de cuadro-resumen, podemos observar los más representativos enfoques de las diversas teorías de aprendizaje formuladas en los últimos 100 años y que son la base de la pedagogía y psicología modernas

Autor	Teoría de apoyo	Postulados principales de como aprendemos	Se plantea el juego como recurso de aprendizaje
Jean Piaget	Constructivismo	El aprendizaje surge de la interacción del niño con el medio, y el juego está presente desde los primeros meses en esa interacción	Si
J.B. Watson	Conductismo	Los hechos reflejan comportamientos que adquirimos por repetición e imitación desde niños a través del juego	Si
F. Skinner	Estimulo-respuesta	La conducta obedece a estímulos que el profesor marca al alumno. El juego es un estímulo lúdico muy poderoso que aprendemos desde la infancia	Si
Escuela de la Gestalt (Kohler, Lewin, Wertheimer, Rogers y Maslow)	Estimulación y Percepción	El uso de los sentidos genera el aprendizaje. Así, el uso de objetos (juegos) potencia el aprendizaje	Si
J. Bruner	Cognitivismo, psicología cognitiva	Los juegos y actitudes sensoriales madre-hijo marcan el desarrollo de códigos que fomentan el aprendizaje	Si
D. Kolb, Honey y Munford	Adaptación y mejora de los trabajos de Lewin (Gestalt), Piaget (Constructivismo)	El aprendizaje se basa en experiencias, y el juego forma parte de la experiencia vital del niño desde que nace	Si

5. CONCLUSIONES

Definir las teorías del aprendizaje humano, de cómo aprendemos las personas, constituye una base eficaz, para resaltar el poder que tiene el juego en dicho proceso. En los últimos años se observa un vasto desarrollo de los procesos de Gamificación, aprendizaje a través de juegos, aplicado a adultos y niños, en contextos serios, es decir aplicado a entornos no lúdicos de temática de aprendizaje. La revisión de las distintas teorías científicas, comúnmente aceptadas, ponen de manifiesto que, si hay distintas formas de aprender, también existen diversos tipos de jugadores en función de su estilo de aprendizaje. El juego forma parte de la propia existencia y desarrollo evolutivo humano, con lo que su aplicación a otros campos de conocimiento como la adquisición de habilidades o cambio actitudinal presentan un amplio recorrido, ya iniciado, en los primeros años del siglo XXI. Solo hemos pretendido argumentar, con el repaso de las teorías más importantes y comúnmente aceptadas en el campo de la pedagogía, la psicología y las ciencias sociales, como el juego es un elemento de aprendizaje, tanto en las vertientes más mecanicistas, como en las interactivas y cognitivas.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bruner, J. (2007): *Acción, pensamiento y lenguaje*. Ed. Alianza, Madrid 2007

Deterding, S. et al. (2011): *From game design elements to gamefulness: defining gamification*. In proceedings of the 15th International academic mindtrek conference: *Envisioning future media environments*, ACM (pp 9-15).

Gonigal, M. (2001): *Reality is broken: Why games make us better and how they can change the world*. Ed. Penguin, NY.

Honey, P. & Mumford, A. (2006): *“Learning styles questionnaire: 80-item versión”*. London: Maidenhead.

Huizinga, J. (1938): *“Homo Ludens”*, Ed. Alianza Editorial. Madrid.

Kapp, Karl. (2013): *The Gamification of Learning and Instruction Fieldbook: Ideas into Practice*. San Francisco, CA: Wiley.

Kolb, D. (1984): *“Experiential Learning Theory”* Englewood Cliffs, N.J. : Prentice-Hall, 1984

Lafuente, E., y otros (2017). *Historia de la Psicología*. Madrid: UNED

Lazzaro, N. (2004): *“Why we play games: Four keys to more emotion without story.”* XEO Design Inc

Levitt, T. (1983): *The marketing imagination*. New York Ed. Free Press

- Llorens, F et al. (2016): Art. Gamification of the learning process: lessons learned.VAEP-RITA Vol. 4, Núm. 1, Mar. 2016
- Piaget, J, (1994): "Psicología del niño". Ed. Morata. Madrid
- Skinner, B.F. (1938): The Behavior of Organism. Ed. Proquest, US.
- Skinner, B.F. (1957): Verbal Behaviour", 1957. Ed. Prentice Hall. New Jersey. US
- Teixes, F. (2014): Gamificación: fundamentos y aplicaciones. Colección UOC Business School.
- Werbach, K., & Hunter, D. (2012). *For the Win: How Game Thinking Can Revolutionize Your Business*. Wharton Digital Press.
- Whitton,N. (2009): Learning with digital games: *A Practical Guide to Engaging Students in Higher Education*,. 2009. Ed. Routledge UK.
- Zicherman, G & Cunningham, C. (2011): Gamification by Design: Implementing Game Mechanics in Web and Mobile Apps. "O'Reilly Media, Inc.

Since 2007 and the economic meltdown caused by the financial crisis, the world faces huge challenges. In Europe, the 2017 Eurobarometer highlights some of the European citizens' concerns. A majority of respondents think that the life of today's children will be more difficult than the life of those from their own generation. At the same time, reducing inequality and social exclusion, protecting the environment, progress and innovation, harmonizing education and social welfare systems and migration policies are some of the issues Europe should address by 2030. Unfortunately, this is not a perfect world. For that reason new ideas, strategies and interdisciplinary research are needed for overcoming all these problems. Conducting research based on of qualitative, quantitative, and mixed methods designs, researchers from a wide range of disciplines have been looking for solutions. Now it is time make a side stop on the way and to gather results. The 2nd International SBRLab Conference, Finding solutions to societal problems, is organized by the Social and Business Research Lab (SBRLab), Universitat Rovira i Virgili. It is as an international and virtual meeting point of interdisciplinary research and researchers. Its main purpose is to bring together researchers from management, economics, political, social and legal disciplines in order to present and discuss new trends in their respective fields.