

ESTUDIOS

La regulación de las tecnologías de la información y de la comunicación por la negociación colectiva
FRANCISCO ANDRÉS VALLE MUÑOZ

Acotaciones constitucionales a la digitalización y automatización del empleo público
ABRAHAM BARRERO ORTEGA

Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su impacto en el Derecho Español
JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO

La acción convencional en el sector de recolección de frutos rojos: nuevos marcos de integración para erradicar los abusos contra las inmigrantes
MARGARITA MIÑARRO YANINI

Uniones civiles y relación laboral en el Ordenamiento italiano
PAOLO PIZZUTI

Un paso más hacia la equidad laboral en el mercado interior de la Unión Europea: a propósito de la aprobación del Reglamento por el que se crea la autoridad laboral europea
ANA DOMÍNGUEZ MORALES

INFORMES Y DOCUMENTOS

Actuaciones del SERCLA en los conflictos individuales y colectivos en 2019 (avance)

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

DERECHO SOCIAL COMUNITARIO
Universidad Loyola Andalucía
La protección de los trabajadores que apoyan a una víctima de discriminación laboral por razón de sexo
M.^a TERESA VELASCO PORTERO

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO
Universidad de Lleida
La ausencia de indemnización a la finalización de los contratos de los investigadores y profesores universitarios: fin del debate jurisprudencial, necesidad de nuevas soluciones
JOSEP MORENO GENÉ

DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO
Universidad de Huelva
Subrogación de los trabajadores en el ámbito de la sucesión de contratistas en la administración pública. Subrogación ex pliegos de condiciones de contratistas y concesiones administrativas
M.^a LUISA PÉREZ GUERRERO

DERECHO PROCESAL LABORAL
Universidad de Jaén
Prevención de riesgos laborales y funcionarios públicos: nueva afirmación de la competencia en el orden social e interdicción del peregrinaje de jurisdicciones
JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía

149

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL
149/2019 - Cuarto Trimestre

TEMAS LABORALES 2019

149

ISSN: 0213-0750 <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO, FORMACIÓN Y TRABAJO AUTÓNOMO



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO, FORMACIÓN Y TRABAJO AUTÓNOMO

TEMAS LABORALES

**REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL**

149

**Junta de Andalucía
Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo**

**Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
Dirección y Administración
Calle Algodón, núm. 1
41006 Sevilla**

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTA

ROCÍO BLANCO EGUREN
Consejera de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo

VOCALES

FRANCISCO J. LOSCERTALES FERNÁNDEZ	Secretario General de Ordenación de la Formación
VÍCTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y S.S.
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Consejero Permanente de Estado
FERMIN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
FRANCISCO J. PRADOS DE REYES	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
ÁNGEL J. GALLEGU MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
PATRIZIA TULLINI	Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Bolonia
MARÍA DO ROSARIO PALMA RAMALHO	Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad de Lisboa

CONSEJO DE REDACCIÓN

ROCÍO BLANCO EGUREN	Consejera de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo
ÁNGEL J. GALLEGU MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
JESÚS CRUZ VILLALÓN	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Sevilla
CRISTINA CAMPAYO RODRÍGUEZ	Profesora Titular de Universidad de Economía Aplicada Universidad de Sevilla
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Sevilla
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Huelva

DIRECTOR

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

SUBDIRECTOR

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva

Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Calle Algodón, nº 1. 41006 Sevilla. Tf. 955 066 200
Precio suscripción anual –incluye cuatro números trimestrales y un especial monográfico– 72 euros.
Número suelto: 18 euros. Boletín de suscripción disponible en
<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES
CONSEJERÍA DE EMPLEO, FORMACIÓN Y TRABAJO AUTÓNOMO
JUNTA DE ANDALUCÍA
DEPÓSITO LEGAL: SE-1.077/96

I.S.S.N.: 0213-0750

Imprime: Selección Gráfica del Sur, S.L.

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 149/2019
Cuarto Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

La regulación de las tecnologías de la información y de la comunicación por la negociación colectiva FRANCISCO ANDRÉS VALLE MUÑOZ	13
Acotaciones constitucionales a la digitalización y automatización del empleo público ABRAHAM BARRERO ORTEGA.	51
Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su impacto en el Derecho español JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO	71
La acción convencional en el sector de recolección de frutos rojos: nuevos marcos de integración para erradicar los abusos contra las inmigrantes MARGARITA MIÑARRO YANINI	101
Uniones civiles y relación laboral en el Ordenamiento italiano PAOLO PIZZUTI.	125
Un paso más hacia la equidad laboral en el mercado interior de la Unión Europea: a propósito de la aprobación del Reglamento por el que se crea la Autoridad Laboral Europea ANA DOMÍNGUEZ MORALES	147

2. INFORMES Y DOCUMENTOS

Actuaciones del SERCLA en los conflictos individuales y colectivos en 2019 (avance)	175
---	-----

3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

DERECHO SOCIAL COMUNITARIO

Universidad Loyola Andalucía

La protección de los trabajadores que apoyan a una víctima de discriminación laboral por razón de sexo

M.^a TERESA VELASCO PORTERO 195

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad de Lleida

La ausencia de indemnización a la finalización de los contratos de los investigadores y profesores universitarios: fin del debate jurisprudencial, necesidad de nuevas soluciones

JOSEP MORENO GENÉ 201

DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO

Universidad de Huelva

Subrogación de los trabajadores en el ámbito de la sucesión de contratadas en la Administración pública. Subrogación ex pliegos de condiciones de contratadas y concesiones administrativas

M.^a LUISA PÉREZ GUERRERO 225

DERECHO PROCESAL LABORAL

Universidad de Jaén

Prevención de riesgos laborales y funcionarios públicos: nueva afirmación de la competencia en el orden social e interdicción del peregrinaje de jurisdicciones

JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ 243

4. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía 251

PERFIL CIENTÍFICO Y CALIDAD DE LA REVISTA

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

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

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

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



ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

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

HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

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

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

La remisión de los trabajos se efectuará por correo electrónico a los miembros de Dirección de la Revista, siempre debidamente identificados y en archivos de texto que permitan su procesamiento, a alguna de las siguientes cuentas: [jesucruz@us.es](mailto:jesusacruz@us.es) y/o chano@uhu.es. De su recepción se acusará recibo por el mismo medio en el plazo máximo una semana.

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

1. ENCABEZAMIENTO

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

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

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

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

2. EXTRACTO Y PALABRAS CLAVE

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

3. ÍNDICE

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

4. TÍTULOS DE LOS APARTADOS

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

5. TEXTO

Siempre a un espacio y sin sangrado de líneas. Se procurará evitar remarcar el texto con comillas, mayúsculas, negritas, subrayados o cursivas, si bien, las palabras extranjeras podrán resaltarse mediante este último recurso. Los acrónimos y abreviaturas de leyes y términos jurídicos universales podrán emplearse sin desarrollo explicativo con carácter general, en otro caso deberá ir precedida de una exposición en su primer uso a través de paréntesis. Las referencias a proyectos de investigación se pondrán incorporar en la primera página si no se excede la extensión reservada al contenido obligatorio de la misma mediante nota a pie de página con marca asterisco (*).

6. NOTAS

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

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

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

Ejemplos:

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

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

7. EXTENSIÓN

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

8. CORRECCIÓN DE PRUEBAS

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

9. PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

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

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

10. CESIÓN DE DERECHOS

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

**LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE
ANDALUSIAN REVIEW
N° 149/2019
Fourth Trimester**

INDEX

1. STUDIES

The regulation of information and communication technologies through collective bargaining FRANCISCO ANDRÉS VALLE MUÑOZ	13
Constitutional dimensions to the digitization and automation of public employment ABRAHAM BARRERO ORTEGA	51
Some noise. How many nuts? The new Directive (EU) 2019/1152 on transparent and predictable working conditions in the European Union and its impact on Spanish law JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO	71
Conventional action in the red fruit collection sector: new integration frameworks to eradicate abuses against immigrants MARGARITA MIÑARRO YANINI	101
Civil unions and employment relationship in Italian law PAOLO PIZZUTI	125
One more step towards labour fairness in the internal market of the European Union: on the adoption of the regulation creating the European labour authority ANA DOMÍNGUEZ MORALES	147

2. REPORTS AND DOCUMENTS

SERCLA actions in individual and collective conflicts in 2019 (advance)	175
---	-----

3. JUDICIAL COMMENTS

COMMUNITY SOCIAL RIGHT

Loyola University Andalusia

Protecting workers who support a victim of employment discrimination on the basis of sex

M.^a TERESA VELASCO PORTERO 195

TERMINATION OF THE EMPLOYMENT CONTRACT

University of Lleida

The absence of compensation at the end of the contracts of researchers and university professors: end of jurisprudential debate, need for new solutions

JOSEP MORENO GENÉ 201

ADMINISTRATIVE LABOUR LAW

University of Huelva

Surrogacy of workers in the field of succession of contracts in the public administration

M.^a LUISA PÉREZ GUERRERO 225

LABOUR PROCEDURAL RIGHT

University of Jaen

Prevention of occupational hazards and public officials: new affirmation of competition in social order and interdiction of the pilgrimage of jurisdictions

JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ 243

4. LEGISLATIVE REMARKS

Legislation of the autonomous community of Andalusia 251

1 Estudios

LA REGULACIÓN DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LA COMUNICACIÓN POR LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA*

FRANSCISO ANDRÉS VALLE MUÑOZ**

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Acreditado a Catedrático de Universidad
Universidad Pompeu Fabra, Barcelona*

EXTRACTO **Palabras Clave:** nuevas tecnologías; convenio colectivo; control empresarial; internet; correo electrónico

La negociación colectiva laboral ha jugado un papel decisivo en la implementación de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación en el seno de la empresa. En el presente estudio se analizan las cláusulas convencionales más relevantes en esta materia con especial atención a las relativas a regular la incidencia que ha tenido la transformación tecnológica de la empresa en la organización del trabajo; al uso de los instrumentos tecnológicos (básicamente el correo electrónico y la navegación por internet) por parte de los trabajadores y de sus representantes legales; al control empresarial de la prestación laboral mediante las nuevas tecnologías; al control empresarial del uso de los dispositivos tecnológicos en el ámbito laboral; y a la extinción del contrato de trabajo por el uso indebido de dichos dispositivos tecnológicos. Y todo ello para concluir que el tratamiento de esta materia por parte de la negociación colectiva ha sido parcial si se contrasta con una realidad tan patente como es la derivada de la expansión de dichas tecnologías en las sociedades desarrolladas.

ABSTRACT **Key Words:** new technologies; collective agreement; business control; Internet; email

Collective labor bargaining has played a decisive role in the implementation of new information and communication technologies in the company. In the present study we analyze the most relevant conventional clauses in this matter with special attention to those related to regulating the incidence that the technological transformation of the company has had in the organization of work; to the use of technological instruments (basically e-mail and internet browsing) by workers and their legal representatives; to the business control of work through the new technologies; to the business control of the use of technological devices in the workplace; and the dismissal of worker due to the improper use of technological devices. And all this to conclude that the treatment of this matter by collective bargaining has been partial if it is contrasted with a reality as evident as that derived from the expansion of these technologies in developed societies.

* El presente estudio ha sido desarrollado en el marco del proyecto de investigación titulado: “Nuevas tecnologías, cambios organizativos y trabajo: una visión multidisciplinar” (2019-2021), a cargo del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, y con número de referencia: RTI2018-097947-B-I00.

** Miembro del grupo de investigación consolidado reconocido por la Generalitat de Cataluña: “Social and Business Research Laboratory” (SBRLab). Ref. 2017 SGR 1572.

ÍNDICE

1. EL CONVENIO COLECTIVO COMO FUENTE REGULADORA DEL USO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA EMPRESA
2. LA INCIDENCIA DE LA TRANSFORMACIÓN TECNOLÓGICA DE LA EMPRESA EN LA ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO
3. EL USO DE INSTRUMENTOS TECNOLÓGICOS POR LOS TRABAJADORES
4. EL USO DE INSTRUMENTOS TECNOLÓGICOS POR LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES
5. EL CONTROL EMPRESARIAL DE LA PRESTACIÓN LABORAL MEDIANTE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS
6. EL CONTROL EMPRESARIAL DEL USO DE DISPOSITIVOS TECNOLÓGICOS EN EL ÁMBITO LABORAL
7. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR EL USO INDEBIDO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS
8. CONCLUSIONES

1. EL CONVENIO COLECTIVO COMO FUENTE REGULADORA DEL USO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA EMPRESA

En la década de los sesenta del siglo pasado, el modelo de sociedad industrial empezó a ceder protagonismo a otro modelo de sociedad distinto basado en el procesamiento y manejo de la información (principalmente a través de medios informáticos), acuñándose el concepto de “sociedad del conocimiento” o “sociedad de la información”, en la que han jugado un papel decisivo las llamadas nuevas tecnologías de la información y de la comunicación.

Las mismas, en términos generales, han sido definidas¹ como aquel conjunto de instrumentos que se han ido desarrollando a lo largo de las últimas décadas para facilitar la transmisión de información y de comunicación (mediante ordenadores, telefonía móvil, correo electrónico, internet, etc.), y que han afectado de manera directa en aspectos claves de la vida diaria, pero también de las relaciones laborales, al incidir en los procesos productivos de cualquier economía de mercado.

La utilización de las nuevas tecnologías en el seno de la empresa, ha sido abordada expresamente por los artículos 87 a 91 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Y precisamente el artículo 91 de dicha Ley, con el título: “*Derechos digitales en la negociación colectiva*”, señala expresamente que los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades

¹ Llamosas Trápaga, A., *Relaciones laborales y nuevas tecnologías de la información y de la comunicación: una relación fructífera no exenta de dificultades*, ed. Dykinson, Madrid, 2015, pág. 18 y ss.

relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral.

Se puede afirmar por tanto, que el legislador ha encomendado a la negociación colectiva la labor de ser una fuente reguladora complementaria sobre los usos y efectos de la incorporación de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación en las empresas².

Pero ello no resulta algo novedoso. El Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2014-2017³, ya insistía en que los convenios colectivos debían tener en cuenta como objetivos fundamentales la incidencia de las tecnologías de la información y de la comunicación en el desarrollo productivo, y en la información por parte de la representación legal de los trabajadores.

Entre los factores positivos que ofrece la regulación convencional de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación destacarían los siguientes: su proximidad a la realidad que pretende regular; la legitimidad y la seguridad jurídica derivada del carácter paccionado de la normativa convencional (lo que constituye un importante factor de paz social al evitar el conflicto); el carácter dinámico del convenio colectivo, al ser una norma fácilmente adaptable a las circunstancias cambiantes acomodándose al mismo tiempo a las características propias de cada empresa, sector o ámbito concreto; y el ser el convenio colectivo un instrumento apto para regular un fenómeno como las nuevas tecnologías, caracterizado por una constante evolución e innovación⁴.

Por ello, puede afirmarse que el convenio colectivo es el marco de regulación más adecuado para abordar el uso de las nuevas tecnologías en el seno de la empresa, y a la vez se convierte en un instrumento eficaz en un momento en el que los conflictos por la aplicación de las mismas resultan más frecuentes⁵.

² Llorens Espada, J., “La negociación colectiva como fuente reguladora en el tratamiento de datos y los nuevos derechos digitales”, en AA.VV. *El futuro del trabajo: 100 años de la OIT*, ed. MTSS, Madrid, 2019, pág. 391 y ss.

³ BOE de 20 de junio de 2015.

⁴ Gala Durán, C., Pastor Martínez, A., “La incidencia de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en la negociación colectiva”, en AA.VV. *Relaciones Laborales y nuevas tecnologías*, ed. La Ley, Madrid, 2005, pág. 319 y ss.; Llamas Trápaga, A., “El uso del correo electrónico de la empresa para fines sindicales”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 174, 2015, pág. 73 y ss.; Nieves Nieto, N., “El uso del correo electrónico e internet en la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales* nº 1, 2009, pág. 249 y ss.

⁵ 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* nº 31, 2005, pág. 45 y ss.; Nieto Rojas, P., “El correo electrónico como medio de transmisión de información sindical y el papel de la negociación colectiva en la fijación de su alcance”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 172, 2015, pág. 3 y ss.; Ruiz González, C., *La incidencia de las tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones laborales*, ed. Laborum, Murcia, 2018, pág. 299 y ss.

Llamas Trápaga, A., “El uso del correo electrónico de la empresa para fines sindicales”, ob. cit. pág. 73 y ss.

Ahora bien, dicho esto, interesa determinar si la negociación colectiva ha logrado cumplir esta función reguladora, y al respecto ya se puede adelantar que el tratamiento que ha hecho respecto al uso de las tecnologías de la información y de la comunicación en el seno de la empresa, ha sido un tratamiento sesgado y parcial, sin la profundidad que hubiera sido exigible⁶.

La gran mayoría de los convenios colectivos que han articulado un marco de regulación en este ámbito lo han hecho simplemente limitando el acceso de los trabajadores a los sistemas informáticos de la empresa con previsión de sanciones empresariales específicas, y permitiendo ocasionalmente a los representantes de los trabajadores el uso de instrumentos informáticos para desarrollar sus funciones representativas⁷.

Por tanto, y como se comprobará, el balance de la negociación colectiva es pobre en lo que se refiere a la regulación del uso de las tecnologías de la información y de la comunicación en el seno de la empresa, lo que contrasta con una realidad patente, como es la expansión de dichas tecnologías en las sociedades desarrolladas⁸.

Pero el convenio colectivo no ha sido la única fuente reguladora de esta materia, dado que la misma también ha sido abordada a través de los llamados “códigos de conducta”, “manuales de actuación” o “códigos éticos” elaborados unilateralmente por las empresas sin la oportuna participación sindical, los cuales se han centrado principalmente en regular las restricciones que los trabajadores deben observar en la utilización de herramientas informáticas en el seno de la empresa⁹. A través de estos códigos de conducta, se suele fijar un catálogo de exigencias éticas que debe presidir el comportamiento de los empleados en materia de uso de nuevas tecnologías (especialmente internet y correo electrónico), ampliando los deberes de diligencia del trabajador, y reforzando con ello con los poderes del empresario en esta materia.

Sea como fuere, han sido varias las materias abordadas por los convenios colectivos, siendo las más destacables, aquellas que se exponen a continuación.

⁶ 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”, ob. cit. pág. 41 y ss.

⁷ Llamosas Trápaga, A., “El uso del correo electrónico de la empresa para fines sindicales”, ob. cit. pág. 73 y ss.

⁸ 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”, ob. cit. pág. 49 y ss.

⁹ Sempere Navarro, A.V., San Martín Mazzuconi, C., *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pág. 41 y ss.

2. LA INCIDENCIA DE LA TRANSFORMACIÓN TECNOLÓGICA DE LA EMPRESA EN LA ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO

En materia de organización del trabajo, la negociación colectiva ha entendido que uno de los factores que incide fundamentalmente en la mejora de la situación económica y del sistema productivo de la empresa es la innovación tecnológica, de manera que ciertos convenios colectivos¹⁰ prevén que las empresas deban de adaptar sus sistemas productivos a las nuevas necesidades tecnológicas, por entender que todo progreso técnico mejora, por sí mismo, la situación económica de cualquier empresa.

En materia de clasificación profesional, se ha producido una cierta actualización de los grupos profesionales, incluyendo categorías con un importante componente tecnológico, y vinculadas a la informática¹¹. Así, destacan la aparición de categorías profesionales como las de: técnico informático, programador informático, técnico de hardware, analista programador, analista informático, analista de aplicaciones, programador de sistemas, programador de aplicaciones, etc.

También es habitual la descripción funcional de grupos profesionales destinados al diseño, implantación y gestión de nuevas infraestructuras de las tecnologías de la información y comunicaciones¹². Y algunas categorías profesionales (generalmente a nivel administrativo), exigen para su desempeño un manejo suficiente a nivel de usuario de herramientas y programas de ofimática, entorno Windows, Word, Excel, Access, Powerpoint, y Outlook, pero también de correo electrónico y navegación por internet¹³. Y de hecho la revisión de los sistemas de clasificación profesional puede quedar vinculada a las evoluciones tecnológicas.

En materia de formación profesional, la negociación colectiva¹⁴ ha entendi-

¹⁰ Gala Durán, C., Pastor Martínez, A., “La incidencia de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en la negociación colectiva”, ob. cit. pág. 284 y ss.; 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”, ob. cit. pág. 55 y ss.

¹¹ Gala Durán, C., Pastor Martínez, A., “La incidencia de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en la negociación colectiva”, ob. cit. pág. 289 y ss.; Ruiz González, C., *La incidencia de las tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones laborales*, ob. cit. pág. 319 y ss.

¹² Artículo 15 del XVII del Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública (BOE de 6 de marzo de 2018).

¹³ Artículo 14 del Convenio colectivo básico, de ámbito estatal, para la fabricación de conservas vegetales (BOE de 30 de marzo de 2017); artículo 14 del VI Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE de 2 de enero de 2017); artículo 17 del Convenio colectivo estatal para el sector de hostelería (BOE de 21 de mayo de 2015); artículo 26.n) del Convenio colectivo de hostelería de la provincia de Guadalajara (BOG de 22 de septiembre de 2017); artículo 50.n) del Convenio colectivo del sector de hostelería en la provincia de Segovia (BOS de 25 de junio de 2018).

¹⁴ Artículo 40 del Convenio colectivo de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y comunicaciones, SAU (BOE de 21 de enero de 2016); artículo 10 del XVIII Convenio colectivo general de la Industria Química (BOE de 8 de agosto de 2018); Artículo 28 del VII Convenio colectivo estatal del sector del corcho

do que uno de los objetivos en las políticas de formación es la adaptación a los cambios motivados por la innovación tecnológica, y desde esta lógica, existiría la obligación empresarial de garantizar que los trabajadores dispusieran de la formación necesaria para afrontar los cambios tecnológicos, pudiendo asistir a cursos formativos, proporcionados por la propia empresa o por el Servicio Público de Empleo Estatal¹⁵, incluyendo cursos de reconversión profesional para aquellos trabajadores cuyo puesto de trabajo quedase obsoleto como consecuencia de la introducción de nuevas tecnologías¹⁶.

En materia salarial, algunos convenios colectivos¹⁷ prevén complementos salariales por puesto de trabajo, primas o incentivos derivados de la aplicación por parte del trabajador de nuevas tecnologías.

Y existen a su vez convenios colectivos¹⁸ que prevén que el llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos pueda efectuarse mediante correo electrónico, o que el llamamiento de aspirantes a concursos pueda efectuarse mediante mensajes SMS, telefonía móvil o una dirección de correo electrónico¹⁹, o que el proceso electoral sindical pueda llevarse a cabo mediante el voto electrónico²⁰.

Pero sin lugar a dudas, uno de los temas más importantes en materia de organización técnica de la actividad productiva derivada de la implantación de las nuevas tecnologías ha sido el teletrabajo.

El Acuerdo Marco Europeo de Teletrabajo de 16 de junio de 2002²¹, señalaba

(BOE de 18 de octubre de 2017); Artículo 40 del Convenio colectivo para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios (BOE de 11 de julio de 2018); artículo 117 del V Convenio colectivo general de ferralla (BOE de 25 de noviembre de 2016); artículo 81 del Convenio colectivo estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería (BOE de 2 de agosto de 2016); artículo 17.2 del Convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón (BOE de 19 de mayo de 2016); capítulo XV del Acuerdo interprofesional de Cataluña para los años 2018-2020 (DOGC de 7 de septiembre de 2018).

¹⁵ Artículo 11 del Convenio colectivo estatal de perfumerías y afines (BOE de 24 de noviembre de 2017).

¹⁶ Artículo 13 del Convenio colectivo nacional de prensa no diaria (BOE de 23 de diciembre de 2013).

¹⁷ Artículo 39 y artículo 45 del Convenio colectivo del personal laboral de la UNED (BOE de 18 de enero de 2001); artículo 10.7 del IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria (BOE de 30 de enero de 2014).

¹⁸ Artículo 14 del Convenio colectivo estatal de frutas y hortalizas (BOE de 4 de enero de 2017); artículo 13 bis del II Convenio colectivo de la industria de la producción audiovisual (BOE de 1 de agosto de 2009); artículo 23 del Convenio colectivo interprovincial del sector de la industria de hostelería y turismo en Cataluña (DOGC de 29 de marzo de 2018).

¹⁹ Anexo II del Acuerdo para el personal funcionario al servicio de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Rioja (BOR de 13 de marzo de 2009); artículo 5 del Convenio colectivo de la entidad "Servicio Navarro de Salud" (BON de 3 de agosto de 2009).

²⁰ Artículo 65 del Convenio colectivo estatal de Banca (BOE de 15 de junio de 2016).

²¹ Artículo 20 del Convenio colectivo del sector de empresas de publicidad (BOE de 10 de febrero de 2016); artículo 69 del Convenio colectivo del sector de oficinas y despachos de Cataluña (DOGC de

en su apartado duodécimo que la aplicación del mismo se efectuaría conforme a los procedimientos y prácticas propias de los interlocutores sociales en los Estados miembros. Siendo ello así, el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 31 de enero de 2003²², incorporó en su anexo la regulación sobre el teletrabajo en similares términos a los previstos por el Acuerdo Europeo. Y los sucesivos acuerdos interconfederales para el empleo y la negociación colectiva también han abordado con carácter general los aspectos de mayor interés sobre el teletrabajo²³, fijando una regulación común y mínima a desarrollar por los convenios colectivos, que disponen a su vez de una mayor posibilidad de adaptación a las circunstancias concretas y específicas en sus respectivos ámbitos, especialmente en sectores y empresas donde el uso de las nuevas tecnologías forma parte de su propia actividad productiva.

En cualquier caso, han sido escasos los convenios colectivos que se han detenido en regular el teletrabajo. Y cuando lo han hecho, la regulación ha sido, por regla general, pobre e insuficiente para dar respuesta a todos los problemas susceptibles de plantearse²⁴, remitiendo el convenio en muchos casos al acuerdo individual de las partes para fijar sus específicas condiciones de trabajo²⁵, y a las previsiones contenidas en el artículo 13 del ET sobre el trabajo a distancia²⁶ o al Acuerdo Europeo de Teletrabajo. De la regulación convencional destacarían los siguientes temas:

a) Respecto a la definición del teletrabajo, con carácter general los convenios colectivos²⁷, lo han definido como aquella forma de organización y/o ejecución

25 de octubre de 2017); capítulo XV del Acuerdo interprofesional de Cataluña para los años 2018-2020 (DOGC de 7 de septiembre de 2018).

²² BOE de 24 de febrero de 2003.

²³ Es el caso del Acuerdo para la negociación colectiva de 2005 (BOE de 16 de marzo de 2005); de 2007 (BOE de 24 de febrero de 2007); de 2010, 2011 y 2012 (BOE de 22 de febrero de 2010); de 2013 y 2014 (BOE 6 de febrero de 2012); y de 2015, 2016 y 2017 (BOE de 20 de junio de 2015).

²⁴ Ferreiro Regueiro, C., “La conformación del teletrabajo en la negociación colectiva”, en AA.VV. *Trabajo a distancia y teletrabajo: estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, págs. 47 y ss.; Cabeza Pereiro, J., “Trabajo a distancia y relaciones colectivas”, en AA.VV. *El teletrabajo en España: aspectos teórico-prácticos de interés*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2017, pág. 198 y ss.; Aragón Gómez, C., “El teletrabajo en la negociación colectiva”, en AA.VV. *Observatorio de la negociación colectiva: empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*, ed. Cinca, Madrid, 2010, pág. 334 y ss.

²⁵ Mella Méndez, L., “Las cláusulas convencionales en materia de trabajo a distancia: contenido general y propuestas de mejora”, *Revista Derecho Social y Empresa* nº 6, 2016, pág. 106 y ss.

²⁶ Artículo 20 del Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (BOE de 1 de junio de 2017); artículo 34 del Convenio colectivo de oficinas y despachos de Navarra (BON de 14 de marzo de 2017); artículo 53 del Convenio colectivo del sector de las industrias siderometalúrgicas de la provincia de Tarragona (BOT de 16 de noviembre de 2018).

²⁷ Artículo 20 del Convenio colectivo del sector de empresas de publicidad (BOE de 10 de febrero de 2016); Anexo VIII del Acuerdo marco sobre los principios de las políticas de función pública para

del trabajo que utiliza la tecnología de la información y que es realizada de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa. Aun así, se suele precisar que no se considerará teletrabajo aquella prestación de servicios en que la naturaleza de la actividad laboral principal desempeñada justifique por sí misma la realización del trabajo habitualmente fuera de las instalaciones de la empresa, siendo los medios informáticos y de comunicación utilizados por el trabajador meros elementos de auxilio y facilitación de dicha actividad laboral²⁸.

b) Respecto al carácter voluntario del teletrabajo, se insiste en que el teletrabajo es voluntario tanto para el trabajador como para la empresa, de modo que puede formar parte de la descripción inicial del puesto de trabajo, o se puede iniciar posteriormente²⁹. Si el teletrabajo no formase parte de la descripción inicial del puesto, y la empresa presentase una oferta de teletrabajo, el trabajador podría aceptarla o rechazarla, y en caso de rechazo, ello no sería motivo de rescisión de la relación laboral ni de modificación de las condiciones de empleo de dicho trabajador. Y si fuera el trabajador quien expresara el deseo de pasar al teletrabajo, la empresa también podría aceptar o rechazar esta petición³⁰, sin que el rechazo del empresario a la propuesta del trabajador suponga, por sí mismo, consecuencias negativas para éste.

Cuando se trata de poner fin a esta experiencia laboral, se alude al término “reversibilidad”, de modo que si el teletrabajo no forma parte de la descripción inicial del puesto, la decisión de pasar al teletrabajo siempre será reversible. La reversibilidad implica una vuelta al trabajo en los locales de la empresa a petición del trabajador o de la empresa, y las modalidades de dicha reversibilidad se establecerán por acuerdo individual o colectivo³¹.

la profundización en la modernización y mejora de la Administración de la Comunidad de Castilla y León (BOCL de 15 de julio de 2009).

²⁸ Artículo 10 bis del XVIII Convenio colectivo general de la Industria Química (BOE de 8 de agosto de 2018).

²⁹ Artículo 10 bis del XVIII Convenio colectivo general de la Industria Química (BOE de 8 de agosto de 2018); artículo 20 del Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (BOE de 1 de junio de 2017); artículo 11 del Convenio colectivo del sector de la industria y comercio de aceite y derivados y aderezo, rellenado y exportación de aceitunas de la Comunidad de Madrid (BOCM de 7 de abril de 2018); artículo 25 del Convenio colectivo del sector del comercio del metal para la Comunidad de Madrid (BOCM de 2 de mayo de 2016); artículo 13 del Convenio colectivo del sector de industria, servicios e instalaciones del metal para la Comunidad Madrid (BOCM de 2 de enero de 2016).

³⁰ Artículo 15 del Convenio colectivo estatal de perfumerías y afines (BOE de 24 de noviembre de 2017).

³¹ Anexo V del Convenio colectivo de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y comunicaciones, SAU (BOE de 21 de enero de 2016); artículo 20 del Convenio colectivo del sector de empresas de publicidad (BOE de 10 de febrero de 2016).

c) Respecto a los derechos de información, se insiste en que la empresa deberá facilitar a los teletrabajadores la información sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo contenida el RD 1659/1998, así como la correspondiente copia básica de éste a los representantes de los trabajadores³².

d) Respecto a las condiciones de trabajo, los convenios colectivos³³ reconocen a los teletrabajadores los mismos derechos que los trabajadores comparables que trabajen en las instalaciones de la empresa, salvo aquellos que se deriven de la propia naturaleza del trabajo realizado.

De igual modo, los agentes sociales suelen concebir el teletrabajo como una herramienta de conciliación de la vida personal, laboral y familiar por cuanto constituye un ahorro de tiempo en desplazamientos y flexibiliza el tiempo de trabajo³⁴. Y aunque no se suele prever en la negociación colectiva cuál ha de ser la jornada del trabajador (quedando su fijación a la voluntad de las partes en el contrato), parece ser que existe una clara preferencia por el desempeño del mismo a tiempo parcial³⁵.

e) Respecto a la formación del teletrabajador, los convenios colectivos³⁶ han señalado que la empresa deberá establecer los medios necesarios para asegurar el acceso efectivo de estos trabajadores a la formación profesional para el empleo, a fin de favorecer su promoción profesional. Asimismo, a fin de posibilitar su movilidad, la empresa también deberá informar a los teletrabajadores de la existencia de puestos de trabajo vacantes para su desarrollo presencial en los centros de trabajo.

³² Artículo 10 bis del XVIII Convenio colectivo general de la Industria Química (BOE de 8 de agosto de 2018); artículo 20 del Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (BOE de 1 de junio de 2017); artículo 69 del Convenio colectivo del sector de oficinas y despachos de Cataluña (DOGC de 25 de octubre de 2017).

³³ Artículo 10 bis del XVIII Convenio colectivo general de la Industria Química (BOE de 8 de agosto de 2018); artículo 20 del Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (BOE de 1 de junio de 2017); artículo 20 del Convenio colectivo del sector de empresas de publicidad (BOE de 10 de febrero de 2016); artículo 69 del Convenio colectivo del sector de oficinas y despachos de Cataluña (DOGC de 25 de octubre de 2017).

³⁴ Capítulo XV del Acuerdo Interprofesional de Cataluña para los años 2018-2020 (DOGC de 7 de septiembre de 2018); artículo 5 del Convenio colectivo de la Agencia de medio ambiente y agua de Andalucía (BOJA de 20 de diciembre de 2018).

³⁵ Artículo 14 del Convenio colectivo provincial de Industrias transformadoras de materias plásticas de Alicante (BOA de 23 de febrero de 2017).

³⁶ Artículo 10 bis del XVIII Convenio colectivo general de la Industria Química (BOE de 8 de agosto de 2018); anexo V del Convenio colectivo de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y comunicaciones, SAU (BOE de 21 de enero de 2016); artículo 11 del Convenio colectivo del sector de la industria y comercio de aceite y derivados y aderezo, rellenado y exportación de aceitunas de la Comunidad de Madrid (BOCM de 7 de abril de 2018); artículo 25 del Convenio colectivo del sector del comercio del metal para la Comunidad de Madrid (BOCM de 2 de mayo de 2016); artículo 13 del Convenio colectivo del sector de industria, servicios e instalaciones del metal para la Comunidad de Madrid (BOCM de 2 de enero de 2016).

f) Respecto a los equipamientos de trabajo, los convenios colectivos³⁷ han insistido en que todas las cuestiones relativas a la responsabilidad y costes de los mismos serán definidas claramente antes de iniciar el teletrabajo. Como regla general, la empresa será la encargada de facilitar, instalar y mantener los equipamientos necesarios para el teletrabajo, salvo acuerdo en contra por el que se establezca que el teletrabajador utilizará su propio equipo³⁸. En todo caso, si el teletrabajo es realizado regularmente, la empresa cubrirá los costes directamente originados por este trabajo, en particular los ligados a las comunicaciones, y dotará al teletrabajador de un servicio adecuado de apoyo técnico³⁹.

El empresario también tendrá la responsabilidad en lo referente a los costes ligados a la pérdida o a los desperfectos de los equipos y de los datos utilizados por el teletrabajador. Pero el teletrabajador también tiene la obligación de cuidar los equipamientos que le han sido confiados, siendo responsable de los daños causados por un uso indebido o negligente de los mismos, y estando obligado a mantener la máxima reserva, discreción y confidencialidad sobre la información y documentos que se manejen y a no recoger ni difundir material ilícito vía internet⁴⁰.

g) Por lo que respecta a las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, los convenios colectivos⁴¹ han señalado que la empresa será responsable de la protección de la salud del teletrabajador y le informará sobre las políticas existentes al respecto en especial sobre las exigencias relativas a las pantallas de datos. Y el desarrollo del teletrabajo en el domicilio del trabajador solo será posible cuando dicho espacio resulte adecuado a las exigencias de seguridad y salud en el trabajo⁴².

³⁷ Artículo 10 bis del XVIII Convenio colectivo general de la Industria Química (BOE de 8 de agosto de 2018); artículo 20 del Convenio colectivo del sector de empresas de publicidad (BOE de 10 de febrero de 2016); artículo 69 del Convenio colectivo del sector de oficinas y despachos de Cataluña (DOGC de 25 de octubre de 2017).

³⁸ Anexo V del Convenio colectivo de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y comunicaciones, SAU (BOE de 21 de enero de 2016); artículo 69 del Convenio colectivo del sector de oficinas y despachos de Cataluña (DOGC de 25 de octubre de 2017).

³⁹ Artículo 15 del Convenio colectivo estatal de perfumerías y afines (BOE de 24 de noviembre de 2017); artículo 20 del Convenio colectivo del sector de empresas de publicidad (BOE de 10 de febrero de 2016); artículo 69 del Convenio colectivo del sector de oficinas y despachos de Cataluña (DOGC de 25 de octubre de 2017).

⁴⁰ Artículo 34 del Convenio colectivo de oficinas y despachos de Navarra (BON de 14 de marzo de 2017); artículo 24 del Convenio colectivo de oficinas y despachos de la provincia de Huesca (BOH de 13 de octubre de 2016).

⁴¹ Artículo 10 bis del XVIII Convenio colectivo general de la Industria Química (BOE de 8 de agosto de 2018); artículo 15 del Convenio colectivo estatal de perfumerías y afines (BOE de 24 de noviembre de 2017); artículo 69 del Convenio colectivo del sector de oficinas y despachos de Cataluña (DOGC de 25 de octubre de 2017); artículo 34 del Convenio colectivo de oficinas y despachos de Navarra (BON de 14 de marzo de 2017).

⁴² Artículo 15 del Convenio colectivo estatal de perfumerías y afines (BOE de 24 de noviembre de 2017); capítulo XV del Acuerdo interprofesional de Cataluña para los años 2018-2020 (DOGC de 7 de septiembre de 2018).

En este punto, el teletrabajador aplicará correctamente estas políticas de seguridad en el trabajo, y la empresa debe adoptar medidas para prevenir el aislamiento del teletrabajador en relación con los otros trabajadores de la empresa⁴³. Para verificar la correcta aplicación de las normas en materia de seguridad y salud en el trabajo, la empresa y los representantes de los trabajadores sólo podrán acceder al domicilio del teletrabajador previa notificación y consentimiento previo de este último⁴⁴.

h) Respecto a los Derechos colectivos, los convenios⁴⁵ han insistido en que los teletrabajadores tendrán los mismos derechos colectivos que el resto de trabajadores en la empresa y estarán sometidos a las mismas condiciones de participación en las elecciones a las instancias representativas de los trabajadores. A estos efectos, salvo acuerdo expreso en contrario, dichos trabajadores deberán ser adscritos al centro de trabajo de la empresa más cercano a su domicilio.

3. EL USO DE INSTRUMENTOS TECNOLÓGICOS POR LOS TRABAJADORES

Por lo que se refiere al uso de dispositivos digitales por parte de los trabajadores, el artículo 87 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, señala que el empresario deberá establecer los criterios de utilización de los dispositivos digitales facilitados a los trabajadores, criterios en cuya elaboración participaran los representantes legales de los trabajadores y que pueden incluir tanto el posible uso para fines privados como su duración. En cualquier caso, los trabajadores deberán ser informados sobre dichos criterios de utilización.

El uso del correo electrónico y de la navegación por internet por parte de los trabajadores, han sido los temas nucleares objeto de regulación por la negociación colectiva.

Por lo que se refiere al correo electrónico, éste es uno de los instrumentos de comunicación más importantes en la empresa y posiblemente es una de las

⁴³ Artículo 10 bis del XVIII Convenio colectivo general de la Industria Química (BOE de 8 de agosto de 2018).

⁴⁴ Artículo 14 del Convenio colectivo provincial de Industrias transformadoras de materias plásticas de Alicante (BOA de 23 de febrero de 2017).

⁴⁵ Artículo 10 bis del XVIII Convenio colectivo general de la Industria Química (BOE de 8 de agosto de 2018); Anexo V del Convenio colectivo de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y comunicaciones SAU (BOE de 21 de enero de 2016); artículo 11 del Convenio colectivo del sector de la industria y comercio de aceite y derivados y aderezo, rellenado y exportación de aceitunas de la Comunidad de Madrid (BOCM de 7 de abril de 2018); artículo 25 del Convenio colectivo del sector del comercio del metal para la Comunidad de Madrid (BOCM de 2 de mayo de 2016); artículo 13 del Convenio colectivo del sector de industria, servicios e instalaciones del metal para la Comunidad de Madrid (BOCM de 2 de enero de 2016).

expresiones más relevantes de la implementación de las nuevas tecnologías en el ámbito profesional. A través del mismo, el trabajador puede visualizar de manera inmediata toda la información que recibe y a la vez le permite transmitir información e interrelacionarse con otros destinatarios, por lo que no sólo es un instrumento de trabajo, sino un instrumento de comunicación entre personas⁴⁶.

En esta materia, la negociación colectiva ha tenido ocasión de regular el uso del correo electrónico en la empresa por los trabajadores, y también ha fijado límites al mismo. Por lo que respecta al uso del correo electrónico por parte de los trabajadores, son varias las opciones contempladas por los convenios colectivos, destacando principalmente tres:

El grueso de los convenios colectivos⁴⁷ contempla el uso de la cuenta de correo electrónico empresarial para fines estrictamente profesionales, prohibiendo la utilización de la misma para fines particulares o personales del trabajador.

De hecho, algunos convenios colectivos también legitiman el uso del correo electrónico como instrumento de comunicación interna ordinaria entre la empresa y los trabajadores⁴⁸, de manera que mediante el correo electrónico, el trabajador podría recibir información sobre los puestos vacantes de nueva creación⁴⁹, sobre el calendario laboral, jornada, horario y descansos⁵⁰, pero también solicitar permisos, tramitar el acceso a cursos de formación, formular reclamaciones etc., atribuyéndose plenos efectos a dicha comunicación. En tales casos, se exige implementar las máximas garantías posibles a los efectos de poder probar la efectiva recepción del mensaje y de la eventual respuesta de la empresa⁵¹.

⁴⁶ Nieves Nieto, N., "El uso del correo electrónico e internet en la negociación colectiva", ob. cit. pág. 249 y ss.

⁴⁷ Artículo 168 del Convenio colectivo de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y comunicaciones, SAU (BOE de 21 de enero de 2016); artículo 87.2 del XVIII Convenio colectivo general de la Industria Química (BOE de 8 de agosto de 2017); artículo 73 del XVI Convenio colectivo de la empresa ONCE y su personal (BOE de 18 de enero de 2018); artículo 80 del Convenio colectivo del sector de la reforma juvenil y protección de menores de las Illes Balears (BOIB de 22 de noviembre de 2018); artículo 49 del Convenio colectivo provincial de comercio de minoristas, mayoristas y exportadores de calzado y artículos de piel y viaje de Alicante (BOA de 28 de agosto de 2017); artículo 45 del V Convenio colectivo para el sector de pompas fúnebres de Galicia (BOG de 16 de junio de 2015).

⁴⁸ Anexo 3, artículo 3.1 del Convenio colectivo de la empresa Unidad Editorial S.A. (BOE de 10 de mayo de 2002); artículo 56 del Convenio colectivo de la empresa Multiprensa y más S.L. (BOE de 5 de marzo de 2004); artículo 32 del Convenio colectivo de empresas de auto taxis y alquiler de vehículos con conductor de la provincia de Barcelona (BOB de 8 de enero de 2013).

⁴⁹ Artículo 11 del Convenio colectivo del sector de intervención social de la Comunidad de Madrid (BOCM de 14 de septiembre de 2007).

⁵⁰ Artículo 30 del Convenio colectivo para la actividad de transporte interurbano de viajeros en autobús de la Comunidad Autónoma de la Rioja (BOR de 18 de agosto de 2017); artículo 5 del Convenio colectivo del transporte de mercancías por carretera para Salamanca y sus alrededores (BOS de 8 de junio de 2018); Artículo 3.5 del Convenio colectivo del sector de transportes de viajeros por carretera de Navarra (BON de 21 de julio de 2015).

⁵¹ Artículo 7 del VI Convenio colectivo de cadenas de tiendas de conveniencia (BOE de 6 de julio de 2017).

Otros convenios colectivos⁵² han previsto que el trabajador pueda utilizar la cuenta de correo electrónico empresarial tanto para fines profesionales como para fines personales. Se trata de convenios colectivos que permiten esta conducta siempre que con ella el trabajador no altere el normal desarrollo del trabajo, y por tal motivo se tolera el uso personal del correo electrónico siempre que se haga de manera razonable, moderada y prudente, fijándose en ocasiones hasta un número máximo de correos de carácter personal que el trabajador puede enviar cada mes y presumiéndose que, en caso de sobrepasarse tal límite, el empleado deberá justificar el carácter procedente o necesario de los mismos. De igual modo se exige a los trabajadores que eviten facilitar su dirección de correo a personas o instituciones que, ajenas a su ámbito familiar o de amistad, puedan provocar el riesgo de envíos masivos o improcedentes, con el consiguiente colapso del servidor.

Y por último, algunos convenios colectivos⁵³ han previsto que la empresa pueda habilitar una cuenta de correo personal para asuntos de carácter privado del trabajador, de modo que con ello se habilitaría una doble cuenta de correo electrónico para cada trabajador: una a efectos profesionales y otra a efectos personales. En tales casos se prevé el uso de dicha cuenta personal fuera del horario de trabajo, y siempre que el trabajador no use el nombre o la marca de la empresa en los mensajes que envíe, entendiéndose que, en caso de ausencia de tal indicación, el mensaje enviado sería de carácter profesional, y por tanto, susceptible de ser controlado por el empresario sin las limitaciones exigidas para aquellos que son de tipo personal⁵⁴.

Una vez analizado el tratamiento convencional sobre el uso del correo electrónico por parte del trabajador, interesa ahora detenerse en los límites impuestos por la negociación colectiva al uso del correo electrónico, y en este punto nos encontramos con las siguientes previsiones convencionales⁵⁵:

Un primer grupo de convenios colectivos exige la necesaria autorización de la empresa para que el trabajador pueda usar el correo electrónico para fines personales o particulares⁵⁶.

⁵² Anexo 3, artículo 3.1 del Convenio colectivo de la empresa Unidad Editorial S.A. (BOE de 10 de mayo de 2002); capítulo XV del Acuerdo interprofesional de Cataluña para los años 2018-2020 (DOGC de 7 de septiembre de 2018).

⁵³ Artículo 56 del Convenio colectivo de la empresa Multiprensa y más S.L. (BOE de 5 de marzo de 2004); artículo 30 del Convenio colectivo del sector de televisiones locales y autonómicas de Castilla y León (BOCL de 21 de marzo de 2017).

⁵⁴ Morato García, R.M., “El control de internet y correo electrónico en la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales* nº 24, 2005 pág. 137 y ss.

⁵⁵ Nieves Nieto, N., “El uso del correo electrónico e internet en la negociación colectiva”, ob. cit. pág. 249 y ss.; 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”, ob. cit., pág. 53 y ss.

⁵⁶ Artículo 77.2 del II Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores (BOE de 27 de noviembre de 2012).

Un segundo grupo de convenios colectivos⁵⁷ exige el respeto por parte del trabajador a la buena fe contractual, y requieren un uso prudente del correo electrónico, impidiendo que el trabajador pueda enviar correos electrónicos que dañen la imagen de la empresa, que divulguen secretos de la misma o de sus clientes, o que transmitan información confidencial. De igual modo, estaría prohibido el uso del correo electrónico para el desempeño de cualquier otra actividad profesional del trabajador (por cuenta propia o ajena) que suponga incurrir en competencia desleal con la empresa.

Un tercer grupo de convenios colectivos⁵⁸ prohíbe que los trabajadores puedan usar el correo electrónico para efectuar envíos masivos de mensajes, o para remitir mensajes con anexos de gran tamaño o capacidad que perturben el normal funcionamiento de la red de comunicación en la empresa y que puedan bloquear o reducir la capacidad del correspondiente servidor. También se recoge la recomendación de que los trabajadores procuren evitar el almacenamiento excesivo de correos, reservándose la empresa el derecho a establecer cuotas de espacio tanto para los correos profesionales como personales, a efectos de evitar la sobrecarga del sistema. Pero también se recoge la prohibición de enviar archivos que contengan virus, o la reproducción de cualquier comunicación protegida por la propiedad intelectual o industrial⁵⁹.

Y un cuarto grupo de convenios colectivos⁶⁰ prohíbe el envío de mensajes que vulneren derechos fundamentales de la persona, o que puedan ser constitutivos de falta o delito penal, y más concretamente: el uso del correo electrónico para la difusión de mensajes o imágenes de material ofensivo, inapropiado o con contenidos discriminatorios por razones de edad, sexo, y discapacidad; aquellos que promuevan el acoso sexual, moral o laboral; la difusión de material pornográfico; o correos de contenido violento, racista o sexista, intimidante, o difamatorio.

Si esto es así respecto al uso del correo electrónico por parte de los trabajadores, la navegación por internet también ha sido objeto de regulación por la negociación colectiva.

⁵⁷ Artículo 63 del Convenio colectivo del sector fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados (BOE de 2 de marzo de 2016); artículo 30 del Convenio colectivo del sector de televisiones locales y autonómicas de Castilla y León (BOCL de 21 de marzo de 2017); artículo 58 del Convenio colectivo provincial de centros y servicios veterinarios de Alicante (BOA de 11 de julio de 2016).

⁵⁸ Artículo 168 del Convenio colectivo de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y comunicaciones, SAU (BOE de 21 de enero de 2016).

⁵⁹ Artículo 73 del XVI Convenio colectivo de la empresa ONCE y su personal (BOE de 18 de enero de 2018).

⁶⁰ Artículo 168 del Convenio colectivo de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y comunicaciones, SAU (BOE de 21 de enero de 2016); artículo 77.2 del II Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores (BOE de 27 de noviembre de 2012); artículo 80 del Convenio colectivo del sector de la reforma juvenil y protección de menores de las Illes Balears (BOIB de 22 de noviembre de 2018).

La conexión de las empresas a internet, no solamente permite el acceso a nuevos mercados, sino que puede convertirse en una herramienta decisiva para trabajar. La regulación convencional de esta materia corre pareja a la efectuada respecto del correo electrónico, y las previsiones convencionales suelen ser comunes para ambos instrumentos⁶¹. Al igual que sucede con el uso del correo electrónico, los convenios colectivos han establecido reglas sobre el uso de internet por parte de los trabajadores, pero también han previsto los límites al mismo.

Por lo que respecta al uso de internet, la negociación colectiva no suele reconocer el derecho del trabajador a utilizar internet en su relación de trabajo. Tan solo algún convenio colectivo⁶² reconoce que la empresa dotará de acceso a internet a todos los trabajadores que dispongan de un puesto de trabajo con pantalla de visualización de datos, de modo que en aquellos puestos en que no se disponga de una conexión a internet, la empresa analizaría la situación y estudiaría las posibles soluciones con el objetivo de que se doten de los puntos de conexión colectivos necesarios para permitir el acceso de los trabajadores allí presentes.

Y un segundo grupo de convenios colectivos⁶³ permite al trabajador navegar por internet, pero solamente con fines profesionales (por ejemplo para visitar páginas web relacionadas con el puesto de trabajo), excluyendo la navegación con carácter privado, particular, o con fines no laborales.

Generalmente el uso más restringido de internet frente al del correo electrónico, se justificaría por el hecho de que mientras que el uso particular del correo electrónico puede venir motivado en la necesidad de atender asuntos personales urgentes, esta situación no se daría en el caso de la navegación por internet⁶⁴.

Ello nos lleva precisamente al tema sobre los límites al uso de internet de los trabajadores en la empresa, y en esta materia, la negociación colectiva ha permitido que la empresa pueda establecer filtros respecto a las páginas web susceptibles de consultas por parte de los trabajadores⁶⁵.

⁶¹ Nieves Nieto, N., “El uso del correo electrónico e internet en la negociación colectiva”, ob. cit. pág. 249 y ss.

⁶² Artículo 168 del Convenio colectivo de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y comunicaciones, SAU (BOE de 21 de enero de 2016).

⁶³ Artículo 87.2 del XVIII Convenio colectivo general de la Industria Química (BOE de 8 de agosto de 2017); artículo 64 del Convenio colectivo del sector fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados (BOE de 2 de marzo de 2016); artículo 50 del Convenio colectivo provincial de comercio de minoristas, mayoristas y exportadores de calzado y artículos de piel y viaje de Alicante (BOA de 28 de agosto de 2017); artículo 60 del Convenio colectivo provincial de centros y servicios veterinarios de Alicante (BOA de 11 de julio de 2016).

⁶⁴ Gala Durán, C., Pastor Martínez, A., “La incidencia de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en la negociación colectiva”, ob. cit. pág. 337 y ss.

⁶⁵ Nieves Nieto, N., “El uso del correo electrónico e internet en la negociación colectiva”, ob. cit. pág. 249 y ss.

Por un lado algunos convenios colectivos⁶⁶ han entendido que constituyen límites para el trabajador: el uso de internet para fines particulares o con fines distintos de los relacionados con el puesto de trabajo; el uso de internet sin la autorización de la empresa cuando ésta fuera exigible; el uso de internet para desempeñar una actividad profesional distinta a la realizada en la empresa; o también el uso de internet excesivo, cuando el número de accesos es desmedido.

Por otro lado, se suelen fijar como límites, el acceso desde internet a páginas relacionadas con juegos de azar, sorteos, subastas, música, vídeos, o imágenes o material que no sea de trabajo. Pero también se prohíbe el acceso a páginas con contenidos de tipo violento, sexista, racista o pornográfico y en definitiva contrarios a derechos fundamentales⁶⁷.

También se suele identificar como límite: el acceso a internet mediante claves ajenas o desde terminales de otros trabajadores; el descargar software desconocido o sin las licencias oportunas; o el descargar programas que alteren la configuración inicial instalada en los ordenadores bloqueando el servidor de la empresa o limitando su eficiencia o rapidez.

4. EL USO DE INSTRUMENTOS TECNOLÓGICOS POR LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

Pese a que la normativa laboral no recoge de manera expresa un derecho genérico de los representantes de los trabajadores al uso de las nuevas tecnologías para comunicarse con los trabajadores, esta materia fue abordada expresamente por el Tribunal Constitucional en su sentencia nº 281/2005, de 7 de noviembre, según la cual, el derecho del sindicato a transmitir información de carácter sindical y laboral a los trabajadores mediante mecanismos electrónicos, formaría parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical.

Pero sentado lo anterior, precisa lo siguiente: Si no existe un sistema informático en la empresa, no es posible exigir al empresario su establecimiento para poder utilizarlo con una finalidad sindical. Solamente en caso de preexistir este sistema informático, el empresario debiera permitir su uso para fines sindicales dentro de unos determinados límites y en concreto, siempre que: a) no perturbe la actividad normal de la empresa (sin que constituya perturbación la recepción de mensajes en horario de trabajo puesto que pueden leerse en las pausas o al finalizar la jornada); b) no perjudique el uso específico empresarial, pudiendo la

⁶⁶ Artículo 61 del Convenio colectivo para la prensa diaria (BOE de 28 de febrero de 2018); artículo 33 del Convenio colectivo del sector de oficinas y despachos de Navarra (BON de 14 de marzo de 2017).

⁶⁷ Capítulo XV del Acuerdo interprofesional de Cataluña para los años 2018-2020 (DOGC de 7 de septiembre de 2018); artículo 60 del Convenio colectivo provincial de centros y servicios veterinarios de Alicante (BOA de 11 de julio de 2016).

empresa predeterminar las condiciones de su uso y siempre que no lo excluya en términos absolutos; c) no genere gravámenes adicionales (especialmente económicos), para el empresario.

Sobre esta premisa, la negociación colectiva también ha regulado esta materia⁶⁸, de manera que cabe diferenciar por un lado la regulación convencional efectuada sobre el uso del correo electrónico por parte de los representantes de los trabajadores, y la navegación por internet por otro.

A la hora de identificar a los representantes legales de los trabajadores que pueden utilizar estas nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, la negociación colectiva⁶⁹ ha utilizado distintas fórmulas, aludiendo en algunos casos a la representación unitaria (comités de empresa, delegados de personal, comité inter centros y comités conjuntos), en otros casos a la representación sindical (secciones sindicales y delegados sindicales), y en otros a ambas representaciones simultáneamente⁷⁰.

Ello no quita que algunos convenios colectivos⁷¹ exijan que se trate de organizaciones sindicales más representativas o con presencia en el comité de empresa, si bien este tipo de fórmulas no son recomendables porque propician diferencias de trato de difícil justificación objetiva y razonable, y pueden generar una potencial conflictividad y disfuncionalidades en el ejercicio de la actividad sindical⁷².

Respecto del correo electrónico cabe diferenciar entre la regulación convencional del uso del correo electrónico por los representantes legales y los límites al mismo⁷³.

Por lo que respecta a las reglas sobre el uso del correo electrónico, algunos

⁶⁸ Nieves Nieto, N., “El uso del correo electrónico e internet en la negociación colectiva”, ob. cit. pág. 249 y ss.; 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”, ob. cit., pág. 69 y ss.; Ruiz González, C., *La incidencia de las tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones laborales*, ob. cit. pág. 379 y ss.

⁶⁹ Artículo 87.2 del XVIII Convenio colectivo general de la Industria Química (BOE de 8 de agosto de 2018).

⁷⁰ Artículo 61 del Convenio colectivo del sector de oficinas y despachos de Cataluña (DOGC de 25 de octubre de 2017).

⁷¹ Artículo 80 del Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (BOE de 1 de junio de 2017); artículo 74 bis del Convenio colectivo estatal para las empresas de mediación de seguros privados (BOE de 28 de octubre de 2016); artículo 62 del Convenio colectivo estatal de Banca (BOE de 15 de junio de 2016); artículo 217 del Convenio colectivo de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y comunicaciones, SAU (BOE de 21 de enero de 2016).

⁷² Nieto Rojas, P., “El correo electrónico como medio de transmisión de información sindical y el papel de la negociación colectiva en la fijación de su alcance”, ob. cit. pág. 3 y ss.; 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”, ob. cit. pág. 76.

⁷³ Nieves Nieto, N., “El uso del correo electrónico e internet en la negociación colectiva”, ob. cit. pág. 249 y ss.

convenios colectivos⁷⁴ se limitan a recoger un compromiso de negociación entre representantes de los trabajadores y empresario respecto al establecimiento de medidas que permitan el uso del correo electrónico, siempre que ello no afecte al proceso normal de producción ni implique la asunción de mayores costes o gravámenes para la empresa.

Numerosos convenios colectivos⁷⁵ prevén que la empresa deba facilitar una cuenta de correo electrónico a la representación legal o sindical de los trabajadores, y otros⁷⁶ tan sólo han reconocido a los representantes legales de los trabajadores el uso del correo electrónico, pero en cambio no el uso de internet.

Una vez reconocido por el convenio colectivo el derecho de los representantes legales a utilizar el correo electrónico, el mismo podrá emplearse entre los representantes y los trabajadores⁷⁷; entre el sindicato y sus afiliados⁷⁸; entre las distintas representaciones legales y sindicales; o entre la comisión paritaria del convenio colectivo con sus representados⁷⁹.

De hecho, algunos convenios colectivos⁸⁰ prevén que el correo electrónico

⁷⁴ Artículo 99 del Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro (BOE de 10 de abril de 2018).

⁷⁵ Artículo 583 del XV Convenio colectivo de RENFE (BOE de 22 de marzo de 2005); artículo 102 del Convenio colectivo estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas, y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (BOE de 7 de junio de 2017); Artículo 61 del VI Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE de 2 de enero de 2017); artículo 62 del Convenio colectivo estatal de Banca (BOE de 15 de junio de 2016); artículo 82 del IV Convenio colectivo del personal laboral de la Agencia Estatal de Administración tributaria (BOE de 11 de julio de 2006); artículo 35 del Convenio colectivo del sector del comercio del metal para la Comunidad de Madrid (BOCM de 2 de mayo de 2016); artículo 12 del Convenio colectivo del sector de oficinas y despachos de Málaga (BOM de 14 de septiembre de 2016); artículo 35 del Convenio colectivo del sector el comercio del metal de Madrid (BOCM de 2 de mayo de 2016).

⁷⁶ Artículo 80 del Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (BOE de 1 de junio de 2017).

⁷⁷ Artículo 30 del Convenio colectivo del sector de televisiones locales y autonómicas de Castilla y León (BOCL de 21 de marzo de 2017); artículo 21.1 del Convenio colectivo del sector de transitarios de la Comunidad de Madrid (BOCM de 16 de junio de 2018); artículo 52 del VII Convenio colectivo de oficinas y despachos de la provincia de Huesca (BOH de 13 de octubre de 2016).

⁷⁸ Artículo 45 del VII convenio colectivo estatal de gestorías administrativas (BOE de 23 de febrero de 2017).

⁷⁹ Artículo 113 del Convenio colectivo estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas, y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (BOE de 7 de junio de 2017); artículo del VII Convenio colectivo general de colegios mayores universitarios (BOE de 5 de octubre de 2012); artículo 50 del Convenio colectivo del sector de la pizarra de Ourense y Lugo (DOG de 9 de agosto de 2017); artículo 45 del Convenio colectivo del sector de pizarras de la Comunidad de Castilla y León (BOCL de 29 de agosto de 2016); artículo 10 del Convenio colectivo del sector del transporte de enfermos y accidentados en ambulancia y de asistencia extra hospitalaria de las Illes Balears (BOIB de 1 de febrero de 2014); artículo 14 del II Convenio colectivo para las empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia de la Comunidad Autónoma de Extremadura (DOE de 17 de marzo de 2017).

⁸⁰ Artículo 39 del Convenio colectivo estatal de recuperación y reciclado de residuos y materias primas reciclables (BOE de 23 de septiembre de 2016).

también sea una vía de comunicación entre la empresa y los propios representantes de los trabajadores, de modo que las sanciones impuestas por el empresario a los trabajadores podrían ser notificadas a los representantes legales a través de correo electrónico. Ahora bien, cuando la representación legal utilice el correo electrónico para solicitar a la empresa cualquier tipo de autorización, nunca se entenderá concedida la misma por silencio, exigiéndose una respuesta afirmativa expresa⁸¹. Y de hecho, algún convenio colectivo⁸² prevé que en ningún caso los correos electrónicos existentes entre representantes legales de los trabajadores y empresario pueden ser considerados como acuerdos en el seno de la empresa.

Por lo que respecta a los límites al uso del correo electrónico por parte de los representantes legales, nuevamente los convenios colectivos han estipulado diversas vías de actuación:

Ciertos convenios colectivos⁸³ exigen que los correos electrónicos deban tener un contenido estrictamente laboral y relacionado con las funciones de representación colectiva conforme a lo dispuesto en el artículo 8 de la LOLS, prohibiéndose la utilización del correo electrónico por los representantes de los trabajadores para usos ajenos a la actividad sindical y estrictamente particulares. Y algunos convenios colectivos⁸⁴ precisan que los sistemas operativos de las empresas han de constituir el medio habitual de trabajo y de comunicación, respetándose en cualquier caso la normativa sobre de protección de datos.

Otros convenios colectivos⁸⁵ exigen que el uso del correo electrónico por parte de los representantes legales sea racional o prudente y sin perturbar el normal funcionamiento de la actividad productiva, el uso específico empresarial para el que fue instalado, o la capacidad técnica de la empresa, y sin que interfiera en el trabajo habitual o suponga un mayor coste económico para la

⁸¹ Anexo 3, artículo 10.5 del Convenio colectivo de la empresa Unidad Editorial, S.A. (BOE de 10 de mayo de 2002).

⁸² Anexo 3, artículo 10.5 del Convenio colectivo de la empresa Unidad Editorial, S.A. (BOE de 10 de mayo de 2002).

⁸³ Artículo 583 del XV Convenio colectivo de RENFE (BOE de 22 de marzo de 2005); artículo 102 del Convenio colectivo estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas, y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (BOE de 7 de junio de 2017); artículo 61 del VI Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE de 2 de enero de 2017); artículo 62 del Convenio colectivo estatal de Banca (BOE de 15 de junio de 2016); artículo 61 del Convenio colectivo del sector de oficinas y despachos de Cataluña (DOGC de 25 de octubre de 2017); artículo 12 del Convenio colectivo del sector de oficinas y despachos de Málaga (BOM de 14 de septiembre de 2016).

⁸⁴ Artículo 61 del Convenio colectivo del sector de oficinas y despachos de Cataluña (DOGC de 25 de octubre de 2017).

⁸⁵ Artículo 80 del Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (BOE de 1 de junio de 2017); artículo 60 del Convenio colectivo estatal para el sector de agencias de viaje (BOE de 21 de noviembre de 2016); artículo 74 bis del Convenio colectivo estatal para las empresas de mediación de seguros privados (BOE de 28 de octubre de 2016); artículo 61 del Convenio colectivo del sector de oficinas y despachos de Cataluña (DOGC de 25 de octubre de 2017).

empresa, pudiendo exigir ésta que el envío de correos se efectúe fuera de las horas de trabajo⁸⁶.

Algunos convenios colectivos⁸⁷ prohíben la propagación intencionada de correo basura por parte de los representantes legales, y también el envío de mensajes que contengan contenidos ofensivos o discriminatorios. Otros⁸⁸ también prohíben el envío de mensajes que superen un determinado tamaño, o el envío masivo de correos electrónicos que puedan bloquear el servidor o colapsar el sistema, concretando qué se entiende por correos masivos o de gran extensión. E incluso determinados convenios colectivos⁸⁹ exigen una autorización empresarial para el uso del correo electrónico por los representantes, o en cualquier caso, el acuerdo con la empresa sobre los términos y condiciones del envío de correos⁹⁰, o el sometimiento a la normativa interna que pueda publicar la empresa⁹¹.

Por lo que se refiere al acceso a internet y a la intranet de la empresa, y al igual que sucedía con el correo electrónico, en esta materia las referencias convencionales⁹² aluden indistintamente a comités de empresa y delegados de personal, centrales sindicales, comités inter centros, o simplemente representantes de los trabajadores.

Algunos convenios colectivos⁹³ reconocen a los representantes legales el uso

⁸⁶ Artículo 56 del Convenio colectivo de la empresa Multiprensa y más S.L. (BOE de 5 de marzo de 2004); artículo 12 del Convenio colectivo del sector de oficinas y despachos de Málaga (BOM de 14 de septiembre de 2016).

⁸⁷ Artículo 583 del XV Convenio colectivo de RENFE (BOE de 22 de marzo de 2005).

⁸⁸ Artículo 217 del Convenio colectivo de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y comunicaciones, SAU (BOE de 21 de enero de 2016); artículo 583 del XV Convenio colectivo de RENFE (BOE de 22 de marzo de 2005); artículo 45 del VII Convenio colectivo estatal de gestorías administrativas (BOE de 23 de febrero de 2017); artículo 45 del V Convenio colectivo de ámbito estatal para despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales (BOE de 31 de octubre de 2013); artículo 102 del Convenio colectivo estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas, y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (BOE de 7 de junio de 2017); capítulo XV del Acuerdo interprofesional de Cataluña para los años 2018-2020 (DOGC de 7 de septiembre de 2018); artículo 52 del VII Convenio colectivo de oficinas y despachos de la provincia de Huesca (BOH de 13 de octubre de 2016).

⁸⁹ Artículo 51 del Convenio colectivo para la prensa diaria (BOE de 28 de febrero de 2018).

⁹⁰ Artículo 61 del VI Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE de 2 de enero de 2017).

⁹¹ Artículo 53 del IV Convenio colectivo autonómico para la industria de azulejos, pavimentos y baldosas cerámicos de la Comunidad Valenciana (DOGV de 26 de diciembre de 2018).

⁹² Artículo 87.2 del XVIII Convenio colectivo general de la Industria Química (BOE de 8 de agosto de 2018).

⁹³ Artículo 217 del Convenio colectivo de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y comunicaciones, SAU (BOE de 21 de enero de 2016); artículo 87.2 del XVIII Convenio colectivo general de la Industria Química (BOE de 8 de agosto de 2018); artículo 51 del Convenio colectivo para la prensa diaria (BOE de 28 de febrero de 2018).

de la intranet facilitada por la empresa para que puedan crear dentro de ella un portal sindical donde colgar la información de interés para los trabajadores. Con ello se permite que los representantes legales pueda crear un sitio o página web utilizando el servidor de la empresa, y desde dicha página web, el comité de empresa tendría derecho a colgar la información que considerase adecuada, siempre que no fuera ofensiva, ni contuviera comentarios discriminatorios por razón de género, edad, raza, religión, etc.

Se trata en definitiva de convenios colectivos⁹⁴ que reconocen a los representantes legales la posibilidad de gestionar un tablón de anuncios electrónico o virtual como vía de comunicación con los trabajadores incluidos en su ámbito de representación y sobre las materias propias de su competencia, si bien otros convenios⁹⁵ también permiten la creación de una carpeta pública de correo electrónico donde los representantes puedan insertar las comunicaciones de interés.

En materia de dotación tecnológica del local sindical, la negociación colectiva también ha jugado un papel decisivo a la hora de determinar los dispositivos tecnológicos de que puede disponer el local, incluyendo o no un ordenador con acceso a internet, y facilitando con ello el contacto vía telemática con los trabajadores, sobre la entrevista personal.

En este punto, la regulación de los convenios colectivos pone de manifiesto las peculiaridades de la dotación tecnológica de los locales: algunos convenios⁹⁶, prevén que el local sindical disponga de material informático, como es el caso de ordenadores con acceso a la intranet, internet, correo electrónico, impresoras, teléfono móvil, etc., aunque no es una práctica convencional generalizada tal reconocimiento expreso. Y otros convenios colectivos⁹⁷ reconocen el derecho de los representantes de los trabajadores a acceder a internet mediante el servidor de la empresa, siempre que sea para efectuar tareas de representación sindical, y no interfiriendo en la prestación de servicios. Este derecho incluiría el correlativo

⁹⁴ Artículo 61 del VI Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE de 2 de enero de 2017); artículo 74 bis del Convenio colectivo estatal para las empresas de mediación de seguros privados (BOE de 28 de octubre de 2016); artículo 61 del Convenio colectivo del sector de oficinas y despachos de Cataluña (DOGC de 25 de octubre de 2017).

⁹⁵ Artículo 80 del Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (BOE de 1 de junio de 2017); artículo 61 del Convenio colectivo del sector de oficinas y despachos de Cataluña (DOGC de 25 de octubre de 2017).

⁹⁶ Artículo 82 del IV Convenio colectivo estatal del personal laboral de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (BOE de 11 de julio de 2006); Anexo nº 1 del Convenio colectivo estatal para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas (BOE de 21 de diciembre de 2017); artículo 58 del Convenio colectivo estatal para las industrias de elaboración del arroz (BOE de 25 de octubre de 2017); artículo 58 del Convenio colectivo de la industria metalográfica de Cataluña (DOGC de 12 de enero de 2018); artículo 73 del Convenio colectivo de la industria siderometalúrgica de la provincia de Barcelona (BOB de 31 de octubre de 2018); artículo 44.4 del Convenio colectivo único para el personal laboral de la Junta de Galicia (DOG de 3 de noviembre de 2008).

⁹⁷ Artículo 70 del VII Convenio colectivo estatal del sector del corcho (BOE de 18 de octubre de 2017).

derecho de los trabajadores a acceder a los sitios de internet gestionados por el comité de empresa⁹⁸.

5. EL CONTROL EMPRESARIAL DE LA PRESTACIÓN LABORAL MEDIANTE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

El ordenamiento jurídico concede al empresario toda una serie de facultades de control y de vigilancia de la prestación debida por el trabajador como manifestación de su poder de dirección, de modo que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 20.3 del ET, el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y de control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad.

Sin embargo, el control empresarial de la prestación laboral a través del uso de las nuevas tecnologías “ex” artículo 20.3 del ET, puede afectar tanto al derecho a la intimidad de los trabajadores, como a la protección de sus datos de carácter personal⁹⁹. Ambos son reconocidos por la CE (artículo 18.1 y 3) como derechos fundamentales que el trabajador no pierde por el mero hecho de serlo. Y el propio artículo 18.4 de la CE recuerda que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos¹⁰⁰.

En esta materia ha incidido de manera decisiva la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos

⁹⁸ Nieves Nieto, N., “El uso del correo electrónico e internet en la negociación colectiva”, ob. cit. pág. 249 y ss.

⁹⁹ Martínez Fons, D., *El poder de control del empresario en la relación laboral*, ed. CES, Madrid, 2002, pág. 153 y ss.; Sala Franco, T.: “El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral”, en AA.VV. *Trabajo y libertades públicas*, ed. La Ley, Madrid, 1999, pág. 205 y ss.; Miñarro Yanini, M.: “Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo: especial referencia a las condiciones de su ejercicio y a sus límites”, *Tribuna Social* n° 158, 2004, pág. 13.

¹⁰⁰ Han sido muy numerosos los estudios doctrinales sobre esta materia, destacando, entre otros, los siguientes: López 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, pág. 1 y ss.; Goñi Sein, J.L., “Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos”, en AA.VV. *Nuevas tecnologías de la información y Derecho del Trabajo*, ed. Bomarzo, Albacete, 2004, pág. 73 y ss.; Ferrando García, F.M., “Vigilancia y control de los trabajadores y derecho a la intimidad en el contexto de las nuevas tecnologías”, *Revista de trabajo y seguridad social CEF*, n° 399, 2016, pág. 37 y ss.; Mercader Uguina, J. R. “Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?”, *Relaciones Laborales* n° 1, 2001, pág. 665 y ss.; Apilluelo Martín, 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, pág. 767 y ss.; Agude Fernández, “La videovigilancia en el ámbito laboral y el derecho a la intimidad”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* n° 35, 2014; Roqueta Buj, R., “El derecho a la intimidad de los trabajadores y el control audiovisual del empresario”, en AA.VV. *La protección jurídica de la intimidad*, ed. Iustel, Madrid, 2010.

digitales cuya disposición final 13ª ha introducido en el Estatuto de los Trabajadores un nuevo artículo (el 20.bis) con el título: “Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión”. Según dicho precepto, los trabajadores tienen derecho 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.

Por lo que respecta a la desconexión digital, el artículo 88 de la citada Ley Orgánica insiste en que los trabajadores tienen derecho a la desconexión digital y en consecuencia a que el empresario les respete su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como su intimidad personal y familiar fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido. A tales efectos la negociación colectiva, o en su defecto el acuerdo entre empresa y los representantes de los trabajadores, fijaran las modalidades de ejercicio de este derecho teniendo en cuenta el tipo de prestación de servicios y la potenciación del derecho a la conciliación de la vida personal, laboral y familiar. Particularmente se preservará este derecho en los casos del trabajo a distancia o en el domicilio del trabajador mediante herramientas electrónicas.

Por lo que respecta a la instalación de medios de captación de imágenes y de sonido en la empresa, el artículo 89 de dicha Ley recuerda que el empresario podrá tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el control de los trabajadores “ex” artículo 20.3 del ET siempre dentro del marco legal y con los límites previstos en él. A tales efectos deberá informar de dicha medida con carácter previo y de forma expresa, clara y concisa a los trabajadores y a sus representantes legales. Además, no se admitirá la instalación de sistemas de videovigilancia ni de grabación de sonidos en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores (tales como vestuarios, aseos o comedores), y la utilización de dichos medios deberá respetar el principio de proporcionalidad y de invasión mínima.

De hecho, el control empresarial de la actividad laboral mediante cámaras de videovigilancia, ha sido una materia abordada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁰¹, del Tribunal Constitucional¹⁰² y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁰³ que han fijado toda una serie de reglas de actuación.

¹⁰¹ Por todas: STS de 1 de febrero de 2012 (Rec. nº 3262/2015); STS de 7 de julio de 2016 (Rec. nº 3233/2014); STS de 2 de febrero de 2017 (Rec. nº 554/2016); STS de 31 de enero de 2017 (Rec. nº 3331/2015).

¹⁰² Principalmente en las SSTC nº 98/2000, de 10 de abril; STC nº 186/2000, de 10 de julio; STC nº 29/2013, de 13 de febrero; y STC nº 39/2016, de 3 de marzo.

¹⁰³ STEDH de 9 de enero de 2018 (caso López Ribalda y otros). En ella se debate precisamente la video vigilancia oculta de empleados por parte de una cadena española de supermercados, medida que tuvo por finalidad contrastar las sospechas de hurto en las cajas registradoras derivadas de descuadres previos denunciados por el director del supermercado. El Tribunal entiende que la video vigilancia

Y por lo que se refiere al control de la actividad del trabajador mediante dispositivos de geolocalización, el artículo 90 de dicha Ley señala que el empresario podrá tratar los datos obtenidos a través de sistemas de geolocalización para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores previsto en el artículo 20.3 del ET. Pero en tales casos habrá de informar de forma expresa, clara e inequívoca a los trabajadores y en su caso a sus representantes, acerca de la existencia y características de estos dispositivos, así como sobre el posible ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión.

Los convenios colectivos¹⁰⁴ están acogiendo cláusulas relativas a estos tres temas, y así, por lo que respecta a la desconexión digital, se reconoce el derecho de los trabajadores, una vez concluida su jornada laboral, a que se respete el tiempo de descanso y vacaciones, así como su vida familiar y personal, lo cual comporta no atender comunicaciones telefónicas, mensajes o correos electrónicos. A tales efectos se fomenta la implantación de campañas de comunicación y sensibilización dirigidas tanto a la plantilla como los mandos intermedios al respecto.

Según estos convenios colectivos¹⁰⁵, la desconexión digital (aplicada a herramientas de índole tecnológica e informática como son los teléfonos y tablets con conexión de datos u ordenadores portátiles) implica que su utilización no pueda ser motivo ni argumento para la extensión de la jornada laboral, ni para la interrupción de los tiempos de descanso.

La negociación colectiva también se ha encargado de regular los mecanismos de control de la actividad productiva mediante las nuevas tecnologías, reconociendo al vídeo como una técnica de observación de los trabajadores, y legitimando su uso, no tanto como un instrumento de vigilancia sobre los movimientos del trabajador, sino como un complemento de observación directa para comprobar el rendimiento debido por éste¹⁰⁶.

Algunos convenios colectivos¹⁰⁷ se han encargado de precisar que la implantación por parte de la empresa de tecnologías de la información para el control de la prestación laboral, tales como los controles biométricos (huella digital); la

llevada a cabo por el empresario, que tuvo lugar durante un prolongado periodo, no cumplió con las exigencias previstas en la LOPD y, en particular, con la obligación de informar previa, explícita, precisa, e inequívocamente a los interesados sobre la existencia y características particulares del sistema de captación de datos de carácter personal.

¹⁰⁴ Capítulo XV del Acuerdo interprofesional de Cataluña para los años 2018-2020 (DOGC de 7 de septiembre de 2018).

¹⁰⁵ Anexo 3 del XVI Convenio colectivo de la empresa ONCE y su personal (BOE de 18 de enero de 2018).

¹⁰⁶ Ruiz González, C., *La incidencia de las tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones laborales*, ob. cit. pág. 307 y ss.; Serrano García, J.M., "El tratamiento de la negociación colectiva respecto de los derechos de los trabajadores vinculados a las nuevas tecnologías", en AA.VV. *El futuro del trabajo: 100 años de la OIT*, ed. MTMSS, Madrid, 2019, pág. 392 y ss.

¹⁰⁷ Artículo 8.9 del XVIII Convenio general de la Industria Química (BOE de 8 de agosto de 2018).

videovigilancia; o los controles sobre la ubicación física del trabajador mediante geolocalización, se realizará siempre respetando en todo momento las previsiones contenidas en las normas estatales y comunitarias sobre protección de datos de carácter personal.

Entienden estos convenios colectivos¹⁰⁸, al igual que la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que dichas medidas deberán ser proporcionales a la finalidad de verificar el cumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones y deberes laborales y en consecuencia, deberán de respetar el principio de proporcionalidad, además de la dignidad del trabajador y su derecho a la protección de datos y a su vida privada.

De igual modo recuerdan que será preceptivo que se cumpla con los deberes de información previa a los trabajadores afectados previstos en la legislación vigente. Y cuando este tipo de medidas tengan el carácter de colectivas o plurales deberá informarse previamente a su implantación a los representantes de los trabajadores, indicando la finalidad que se persigue. De hecho, cuando existan instalados sistemas de videovigilancia para el control periódico y regular de la prestación laboral, la empresa deberá informar a los representantes de los trabajadores de los cambios de ubicación de las cámaras con una cierta antelación¹⁰⁹.

6. EL CONTROL EMPRESARIAL DEL USO DE DISPOSITIVOS TECNOLÓGICOS EN EL ÁMBITO LABORAL

Por lo que se refiere al uso de dispositivos digitales por parte de los trabajadores, el artículo 87 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales señala que el empresario podrá acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o para garantizar la integridad de dichos dispositivos. Pero recuerda también, de manera paralela a lo preceptuado en el artículo 20.bis del ET, que los trabajadores tendrán derecho a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empresario.

Se trata ésta de una materia que dio pie a una importante jurisprudencia ema-

¹⁰⁸ Artículo 168 del Convenio colectivo de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y comunicaciones, SAU (BOE de 21 de enero de 2016); artículo 8.9 del XVIII Convenio general de la Industria Química (BOE de 8 de agosto de 2018).

¹⁰⁹ Artículo 168 del Convenio colectivo de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y comunicaciones, SAU (BOE de 21 de enero de 2016); artículo 10 del Convenio colectivo estatal para el sector de ortopedias y ayudas técnicas (BOE de 15 de marzo de 2016).

nada del Tribunal Supremo¹¹⁰, del Tribunal Constitucional¹¹¹ y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹¹² los cuales se encargaron de establecer toda una serie de reglas de actuación al respecto asumidas en la mayoría de los casos por las normas convencionales.

Interesa en este punto analizar la regulación que ha efectuado la negociación colectiva sobre el control empresarial del uso del correo electrónico efectuado por los trabajadores o sus representantes legales por un lado, y de la navegación por internet por otro.

En términos generales la negociación colectiva¹¹³ ha entendido que los controles sobre el ordenador del trabajador (a través de monitorización remota, indexación de la navegación por internet, o la revisión del correo electrónico) también deben respetar las previsiones contenidas en las normas estatales y comunitarias sobre protección de datos de carácter personal y deben salvaguardar el derecho a la intimidad del trabajador.

Ello significa que la revisión de los correos electrónicos por parte del empresario sólo podrá darse en casos muy excepcionales, siendo límites de necesario respeto: la dignidad y la intimidad del trabajador¹¹⁴, así como el secreto de las comunicaciones¹¹⁵. Pero sobre todo, cualquier control empresarial debiera de venir

¹¹⁰ Entre otras: STS de 26 de septiembre de 2007 (Rec. n° 966/2006); STS de 8 de marzo de 2011 (Rec. n° 1826/2010); STS de 6 de octubre de 2011 (Rec. n° 4053/2010) y STS de 8 de febrero de 2018 (Rec. n°1121/2015).

¹¹¹ Entre otras la STC n° 170/2013, de 7 de octubre y STC n° 241/2012, de 17 de diciembre.

¹¹² En su sentencia de 3 de abril de 2007 (caso Copland contra Reino Unido) el TEDH censuró la recogida y almacenamiento de información efectuada por la empresa sobre llamadas telefónicas, correo electrónico, y navegación por internet sin que la trabajadora lo supiera ya que esa conducta implicaba una injerencia en la vida privada y la confidencialidad de la correspondencia. A juicio del Tribunal, la expectativa de intimidad en el uso de una herramienta informática sólo desaparece si la empresa advierte previamente sobre su fiscalización. En la posterior sentencia de 5 de septiembre de 2017 (caso Barbulescu II), el Tribunal juzgó la posibilidad de que el empresario pudiera controlar las comunicaciones electrónicas de un trabajador, y señaló que cualquier fiscalización de este tipo debería tener en cuenta: a) si el empleado fue informado por su empresa de que existían medidas de vigilancia de sus comunicaciones; b) cuál fue el alcance de la supervisión realizada y si se limitó a constatar el flujo de comunicaciones o si se accedió también a su contenido; c) si existía justificación empresarial para la vigilancia efectuada; d) si no existían medios menos intrusivos que los empleados por el empresario para conseguir el objetivo; e) cuál fue el uso que hizo el empresario de la información obtenida; y f) las garantías ofrecidas al empleado, incluida la información previa de la posible revisión.

¹¹³ Artículo 8.9 del XVIII Convenio general de la Industria Química (BOE de 8 de agosto de 2018); artículo 79 del Convenio colectivo del sector de la reforma juvenil y protección de menores de las Illes Balears (BOIB de 22 de noviembre de 2018); capítulo XV del Acuerdo interprofesional de Cataluña para los años 2018-2020 (DOGC de 7 de septiembre de 2018); artículo 49 del Convenio colectivo provincial de comercio de minoristas, mayoristas y exportadores de calzado y artículos de piel y viaje de Alicante (BOA de 28 de agosto de 2017).

¹¹⁴ Artículo 87.2 del XVIII Convenio colectivo general de la Industria Química (BOE de 8 de agosto de 2018).

¹¹⁵ Nieves Nieto, N., “El uso del correo electrónico e internet en la negociación colectiva”, ob. cit. pág. 249 y ss.; 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”, ob. cit. pág. 52 y ss.

limitado por el llamado principio de proporcionalidad, que impone la aplicación del conocido test de idoneidad, necesidad y ponderación de la medida a adoptar¹¹⁶.

De modo que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones y en concreto: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)¹¹⁷.

Los convenios colectivos¹¹⁸ condicionan el control empresarial del uso del correo electrónico por los trabajadores a que existan indicios razonables de que puedan estar cometiéndose delitos o faltas a través del mismo; cuando existan indicios razonables de abuso o utilización indebida de la dirección del correo electrónico; o cuando pueda razonablemente presumirse la existencia de acoso a compañeros, clientes, proveedores, asesores o personas vinculadas a la empresa. En definitiva, cuando existan indicios de un uso ilícito o abusivo por parte del trabajador.

Apreciados tales indicios, los mecanismos de control pueden variar, y pueden consistir en la realización de las oportunas comprobaciones sobre el número de correos electrónicos enviados y recibidos así como sobre las direcciones a las que se han remitido los mismos, e incluso, si fuera preciso, dichas inspecciones pueden consistir en la realización de una auditoria en el ordenador del empleado o en los sistemas del servicio que permita constatar la naturaleza de los mensajes enviados o recibidos por el trabajador¹¹⁹.

¹¹⁶ Agut García, C.: “Las facultades empresariales de vigilancia y control sobre útiles y herramientas de trabajo y otros efectos de la empresa”, *Tribuna Social* nº 163, 2004, pág. 26 y ss.

¹¹⁷ STC nº 96/2012, de 7 de mayo; STC nº 14/2003, de 28 de enero; STC nº 89/2006, de 27 de marzo; y STC nº 170/2013, de 7 de octubre.

¹¹⁸ Artículo 168 del Convenio colectivo de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y comunicaciones, SAU (BOE de 21 de enero de 2016); artículo 77.2 del II Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores (BOE de 27 de noviembre de 2012); artículo 14 del Convenio colectivo de la empresa “Crecza Outsourcing, Sociedad Anónima” (BOCM de 18 de enero de 2014); artículo 30 del Convenio colectivo del sector de televisiones locales y autonómicas de Castilla y León (BOCL de 21 de marzo de 2017); artículo 80 del Convenio colectivo del sector de la reforma juvenil y protección de menores de las Illes Balears (BOIB de 22 de noviembre de 2018).

¹¹⁹ Artículo 168 del Convenio colectivo de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y comunicaciones, SAU (BOE de 21 de enero de 2016); artículo 77.2 del II Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores (BOE de 27 de noviembre de 2012); artículo 14 del Convenio colectivo de la empresa “Crecza Outsourcing, Sociedad Anónima” (BOCM de 18 de enero de 2014).

En este punto algunos convenios colectivos¹²⁰, permiten a las empresas introducir “software” de control automatizado para verificar el material creado, almacenado, recibido o enviado en la red, pudiendo revisar historiales de correos electrónicos enviados y recibidos. Se trata de programas de gestión de la utilización del correo electrónico instalados en los terminales y que también permiten establecer filtros de seguridad en los servidores y el bloqueo de determinadas direcciones de internet o palabras relacionadas con aspectos confidenciales de la empresa.

Como garantías para el trabajador, la negociación colectiva¹²¹ suele exigir que tales registros, auditorias o inspecciones de los correos electrónicos se efectúen en el puesto de trabajo y durante la jornada laboral, procurando respetar tanto la intimidad y la dignidad del trabajador como el secreto en sus comunicaciones. A tales efectos las revisiones que vayan a realizarse se comunicarían al trabajador afectado antes de su realización, informándole de su derecho a estar presente en las mismas junto con un representante legal de los trabajadores¹²², siendo sancionable la denegación del acceso por parte de la persona usuaria.

Naturalmente se plantea la incógnita de lo que hacer en aquellos casos de extinción del contrato de trabajo, y si el empresario puede acceder a los correos que lleguen a la cuenta del trabajador, cuando éste ya no presta servicios en la empresa¹²³. En esta materia algunos convenios colectivos¹²⁴ contemplan que, de

¹²⁰ Artículo 63 del Convenio colectivo del sector fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados (BOE de 2 de marzo de 2016); artículo 49 del Convenio colectivo provincial de comercio de minoristas, mayoristas y exportadores de calzado y artículos de piel y viaje de Alicante (BOA de 28 de agosto de 2017); artículo 61 del Convenio colectivo provincial de centros y servicios veterinarios de Alicante (BOA de 11 de julio de 2016).

¹²¹ Artículo 87.2 del XVIII Convenio colectivo general de la Industria Química (BOE de 8 de agosto de 2017); artículo 63 del Convenio colectivo del sector fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados (BOE de 2 de marzo de 2016); artículo 14 del Convenio colectivo de la empresa “Crecza Outsourcing, Sociedad Anónima” (BOCM de 18 de enero de 2014); artículo 30 del Convenio colectivo del sector de televisiones locales y autonómicas de Castilla y León (BOCL de 21 de marzo de 2017); artículo 80 del Convenio colectivo del sector de la reforma juvenil y protección de menores de las Illes Balears (BOIB de 22 de noviembre de 2018); artículo 62 del Convenio colectivo de oficinas y despachos de Alicante (BOA de 12 de diciembre de 2012).

¹²² Artículo 168 del Convenio colectivo de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y comunicaciones, SAU (BOE de 21 de enero de 2016); artículo 77.2 del II Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores (BOE de 27 de noviembre de 2012); artículo 63 del Convenio colectivo del sector fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados (BOE de 2 de marzo de 2016); artículo 49 del Convenio colectivo provincial de comercio de minoristas, mayoristas y exportadores de calzado y artículos de piel y viaje de Alicante (BOA de 28 de agosto de 2017); artículo 58 del Convenio colectivo provincial de centros y servicios veterinarios de Alicante (BOA de 11 de julio de 2016).

¹²³ 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”, *ob. cit.*, pág. 67 y ss.

¹²⁴ Anexo 3, artículo 8.3 del Convenio colectivo de la empresa Unidad Editorial S.A. (BOE de 10 de mayo de 2002); artículo 33 del Convenio colectivo del sector de oficinas y despachos de Navarra (BON de 14 de marzo de 2017).

extinguirse el contrato de trabajo, todos los archivos que existan en el terminal, o incluso los correos electrónicos que se reciban, se presume que serán de uso profesional, por lo que la empresa tendría libertad para su revisión o eliminación, o incluso para redireccionar la cuenta de correo electrónico a quien considere oportuno, debiendo el trabajador comunicar a la empresa las contraseñas que tuviera el terminal que se le hubiera asignado, incluyendo las claves de acceso a su ordenador, o las de acceso a su cuenta de correo, y debiendo de comunicar su baja laboral a todos los destinatarios profesionales del correo electrónico.

Por lo que respecta al control empresarial de los correos electrónicos enviados entre los representantes legales y los trabajadores, interesa poner de manifiesto que el establecimiento por parte de la empresa de algún sistema técnico que permitiera acceder al contenido de los mensajes entre los representantes de los trabajadores y éstos, supondría una vulneración del derecho de libertad sindical, pero también del secreto de las comunicaciones¹²⁵. En esta materia algunos convenios colectivos¹²⁶ se encargan de recordar que estos correos electrónicos se considerarán confidenciales, no pudiendo la empresa proceder a su revisión, salvo causas excepcionales que sí lo justifiquen, y previa notificación al comité de empresa. Y aunque la empresa puede efectuar un control técnico de los mismos, deberá respetar en todo caso la protección de datos de carácter personal¹²⁷.

Por lo que se refiere al control empresarial sobre las visitas de los empleados a páginas o portales web, los mismos suelen coincidir con los expuestos para los envíos de mensajería electrónica, de manera que algunos convenios colectivos prevén que las empresas puedan establecer mecanismos de detección de los sitios de internet visitados por cada usuario. Y al igual que sucedía con el correo electrónico, el uso indebido de internet por parte de los trabajadores, también puede constituir una conducta reprochable por la empresa¹²⁸.

El control empresarial se puede llevar a cabo de distinta manera, pero lo que importa es que a diferencia de la interceptación del correo electrónico, en el uso de internet no existe un procedimiento de comunicación entre personas protegido por el secreto de las comunicaciones, al ser internet un medio de acceso libre a la información.

La instalación empresarial de programas dirigidos a controlar el uso de la navegación puede suponer principalmente un atentado al derecho a la intimidad

¹²⁵ Morato García, R.M., “El control de internet y correo electrónico en la negociación colectiva”, ob. cit. pág. 137 y ss.

¹²⁶ Nieves Nieto, N., “El uso del correo electrónico e internet en la negociación colectiva”, ob. cit. pág. 249 y ss.

¹²⁷ Artículo 61 del VI Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE de 2 de enero de 2017).

¹²⁸ Thibault Aranda, J.: “La vigilancia del uso de internet en la empresa y la protección de datos personales”, *Relaciones Laborales* nº 5-6, 2009, pág. 69.

y a la dignidad del trabajador, máxime si el programa se instala de forma oculta ignorando el trabajador su conocimiento.

Pero ello no significa que el empresario deba soportar la pérdida de actividad laboral por el ejercicio privado y no consentido de la navegación en internet por parte del trabajador, y estará facultado para llevar a cabo una vigilancia cuando haya detectado irregularidades en el uso de internet y no sea posible satisfacer sus intereses mediante otros procedimientos distintos del control¹²⁹.

Ahora bien, para poder llevar a cabo dichas revisiones, deberán existir indicios razonables de que puedan estar cometándose delitos o faltas mediante el uso de internet, o de que se pueda usar éste de manera indebida, y también deberá respetarse por el empresario las reglas que configuran el principio de proporcionalidad. Los trabajadores debieran tener, además, el derecho a ser informados de la indagación empresarial y sería conveniente que mediara un consentimiento previo¹³⁰.

7. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR EL USO INDEBIDO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

Las nuevas tecnologías también han provocado una nueva fenomenología de causas de despido. Se trata de causas que tienen como denominador común la mala utilización de los medios que el empresario pone a disposición del trabajador para su actividad laboral: llamadas particulares desde el teléfono móvil de la empresa, navegación inadecuada por internet, uso del correo electrónico para comunicaciones particulares, etc.

Y todos estos supuestos serían reconducibles a la transgresión de la buena fe contractual o al abuso de confianza previstos en el artículo 54.2.d) del ET¹³¹, aunque tampoco habría inconveniente en reconducirlos a una disminución del rendimiento en el trabajo (art. 54.2. e) del ET), o a una desobediencia a órdenes legítimas del empresario (art. 54.2.b) del ET), o incluso a una inasistencia injustificada (art. 54.2.a) del ET), como si el trabajador no hubiera acudido al trabajo¹³².

En cualquier caso interesa poner de manifiesto que, aunque parece lógico pensar que el uso de estos instrumentos para fines personales puede repercutir en

¹²⁹ Goñi Sein, J.L., “Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos, ob. cit. pág. 73 y ss.

¹³⁰ Morato García, R.M., “El control de internet y correo electrónico en la negociación colectiva”, ob. cit. pág. 137 y ss.

¹³¹ Martín-Casallo, López, J.J., “El despido disciplinario y las nuevas tecnologías”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 526, 2002, pág. 1 y ss.

¹³² Alarcón Caracuel, M.R., “Aspectos generales de la influencia de las nuevas tecnologías sobre las relaciones laborales”, en AA.VV. *Cuestiones actuales de Derecho y Tecnologías de la Información y de la Comunicación TICS*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pág. 138.

un menor rendimiento del trabajador, e incluso puede generar una serie de costes adicionales para el empresario, también es cierto que no puede afirmarse “a priori” que el trabajador tenga prohibido cualquier uso personal de los mismos¹³³.

La infracción sancionable con despido se producirá cuando el uso de los medios electrónicos facilitados por la empresa sobrepase el límite de confianza otorgado por el empresario, y en este punto, serán aspectos claves para determinar la procedencia o improcedencia de estos despidos, el que las empresas pongan en conocimiento de los trabajadores las normas y limitaciones al uso del correo electrónico y del ordenador para fines personales.

E incluso pese a que la empresa cuente con normas estrictas y precisas conocidas por los trabajadores que prohíban el uso de los dispositivos digitales para fines particulares, si en la práctica no hace aplicación de las mismas, el despido debiera calificarse de improcedente, dado que la tolerancia mitiga o rebaja la gravedad de la falta cometida. Ello significa que se ha de valorar el modo en que la empresa controla este tipo de conductas y reacciona ante ellas, dado que no es lo mismo una clara prohibición por parte del empresario, que un ambiente generalizado de permisión al cumplimiento.

Por ello, habrá que tener en cuenta la teoría gradualista y la tipificación de la conducta prevista por el convenio colectivo a la hora de que el empresario pueda imponer la sanción, ponderando entre otros factores: el perjuicio que se ha causado, si el incumplimiento se hizo en la jornada de trabajo, si fue una conducta tolerada, si produjo pérdidas económicas, etc.¹³⁴. Y todo ello sin olvidar que a la hora de probar el incumplimiento contractual, serán nulas aquellas pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales.

En este punto habrá que dilucidar previamente si los trabajadores poseen plena capacidad para hacer un uso particular de dichos instrumentos tecnológicos cuando lo estimen conveniente, o si por el contrario, el empresario ha establecido ciertos límites en su uso.

En cualquier caso, a la hora de regular la incidencia de las nuevas tecnologías en la extinción del contrato de trabajo, la negociación colectiva ha fijado algunos criterios comunes en esta materia.

La mayor parte de los convenios colectivos¹³⁵ destinan su regulación a esta-

¹³³ Llamosas Trápaga, A., *Relaciones laborales y nuevas tecnologías de la información y de la comunicación: una relación fructífera no exenta de dificultades*, ob. cit. pág. 85.

¹³⁴ Algar Jiménez, A., “Nuevas tecnologías y extinción del contrato de trabajo”, en AA.VV. *El derecho laboral ante el reto de las nuevas tecnologías*, ed. Difusión jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2008, pág. 63 y ss.

¹³⁵ Nieves Nieto, N., “El uso del correo electrónico e internet en la negociación colectiva”, ob. cit. pág. 249 y ss.; Gala Durán, C., Pastor Martínez, A., “La incidencia de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en la negociación colectiva”, ob. cit. pág. 268 y ss.; 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”, ob. cit., pág. 63 y ss.; Ruiz González, C., *La incidencia de las tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones*

blecer el régimen disciplinario aplicable ante los supuestos de uso indebido del correo electrónico o de internet por parte de los trabajadores. Se parte de la premisa de que el ordenador es una herramienta de trabajo propiedad de la empresa, y como tal, ha de ser destinada a usos estrictamente profesionales.

La regulación convencional muestra como las empresas son reticentes al uso personal del correo electrónico por parte de los trabajadores, preocupadas por el perjuicio que una mala utilización del mismo les pueda causar. En estas conductas sancionables, más que el daño económico, el verdadero perjuicio se encuentra en el hecho de que el trabajador deja de prestar sus servicios de manera efectiva, disminuyendo con ello su rendimiento normal o pactado, e incluso alterando el rendimiento de otros compañeros a quienes remite dichos correos.

Por otro lado, y en circunstancias excepcionales, se entiende que el uso no profesional del correo electrónico también puede comprometer la capacidad y seguridad del sistema informático, e incluso dañar los intereses de la empresa si se transmite información confidencial sobre la misma. Se trata en definitiva de conductas que constituyen una transgresión de la buena fe contractual y un abuso de confianza, y que pueden justificar la imposición empresarial de medidas disciplinarias.

La mayoría de los convenios colectivos prevén en su régimen disciplinario, un catálogo de faltas y sanciones derivadas del uso del correo electrónico por parte del trabajador para fines particulares, personales, privados, propios, o en definitiva, distintos de los relacionados con la prestación laboral y sin la debida autorización empresarial.

La gravedad de dicha conducta dependerá de la regulación contenida en la norma convencional, y en este sentido nos encontramos con convenios colectivos que califican dicho comportamiento como una falta leve¹³⁶, otros como una falta grave¹³⁷ y finalmente un tercer grupo de convenios la califican como una falta muy grave¹³⁸. Pero la acumulación de faltas leves o graves por tales con-

laborales, ob. cit. pág. 326 y ss.; Serrano García, J.M., “El tratamiento de la negociación colectiva respecto de los derechos de los trabajadores vinculados a las nuevas tecnologías”, ob. cit. pág. 399 y ss.

¹³⁶ Artículo 73 del Convenio colectivo de la empresa ONCE y su personal (BOE de 18 de enero de 2018); artículo 53 del Convenio colectivo del sector de grandes almacenes (BOE de 7 de octubre de 2017); artículo 39 del Convenio colectivo estatal de recuperación y reciclado de residuos y materias primas reciclables (BOE de 23 de septiembre de 2016); artículo 54 del Convenio colectivo estatal para el sector de ortopedias y ayudas técnicas (BOE de 15 de marzo de 2016).

¹³⁷ Artículo 60 del Convenio colectivo estatal de perfumerías y afines (BOE de 24 de noviembre de 2017); artículo 42 del Convenio colectivo del sector fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados (BOE de 2 de marzo de 2016); artículo 40 del Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE de 10 de agosto de 2016); artículo 37 del Convenio colectivo estatal de las industrias del frío industrial (BOE de 18 de mayo de 2016).

¹³⁸ Artículo 84 del Convenio colectivo del sector de la madera (BOE de 27 de noviembre de 2012); artículo 61 del Convenio colectivo para la prensa diaria (BOE de 28 de febrero de 2018); artículo 46 del II Convenio colectivo estatal del sector de radiodifusión comercial sonora (BOE de 13 de diciembre de 2017); artículo 49 del Convenio colectivo estatal de estaciones de servicio (BOE de 19 de octubre

ductas, puede también llegar a constituir una falta muy grave¹³⁹ constitutiva de despido.

Por lo que respecta al régimen disciplinario derivado del uso indebido de internet, nuevamente la graduación de las faltas (de leves a muy graves), dependerá de la previsión convencional, e irá vinculada a la vulneración de los límites antes expuestos sobre el uso adecuado de internet en la empresa por parte de los trabajadores.

Interesa recordar que suele ser frecuente que el trabajador consulte dentro de su horario de trabajo, páginas web ajenas a sus funciones laborales. Y en este punto la calificación jurídica del incumplimiento contractual, dependerá de la concreta conducta¹⁴⁰. No es lo mismo conectarse a internet para leer la prensa, hacer consultas bancarias, de salud, o de seguridad, que entrar en internet para participar en juegos en línea, programar viajes, visitar páginas de contenido pornográfico, participar en chats ajenos a la actividad laboral, etc.¹⁴¹.

Por ello, para concretar la intensidad de la sanción aplicable, habrá que tener en cuenta la conducta concreta, pero también el tiempo empleado (si el abandono de las tareas habituales ha sido de forma breve o esporádica, o no), el número de conexiones a internet efectuadas en un mismo día, o las repercusiones y más concretamente el retraso en el trabajo que ha ocasionado dicha actividad. En este punto reviste una especial importancia el principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción, ya que no todo incumplimiento contractual derivado de la navegación por internet podrá justificar un despido¹⁴².

La negociación colectiva¹⁴³ también ha introducido ciertas reglas sobre el uso adecuado del material informático por parte del trabajador, reglas que generalmente se plasman a través de las oportunas prohibiciones y las correspondientes sanciones disciplinarias en caso de incumplimiento, dirigidas todas ellas a garantizar la seguridad informática en la empresa.

de 2017); artículo 39 del II Convenio colectivo de los registradores de la propiedad y mercantiles y su personal auxiliar (BOE de 10 de octubre de 2013); artículo 84 del Convenio colectivo del sector de la madera (BOE de 27 de noviembre de 2012); artículo 72 del Convenio colectivo de trabajo de la madera, carpintería, mueble y afines de la Comunidad Valenciana (DOGV de 25 de agosto de 2017).

¹³⁹ Artículo 39 del Convenio colectivo estatal de recuperación y reciclado de residuos y materias primas reciclables (BOE de 23 de septiembre de 2016).

¹⁴⁰ Morato García, R.M., "El control de internet y correo electrónico en la negociación colectiva", *ob. cit.* pág. 137 y ss.; 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", *ob. cit.*, pág. 63 y ss.

¹⁴¹ Artículo 84 del Convenio colectivo del sector de la madera (BOE de 27 de noviembre de 2012).

¹⁴² 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", *ob. cit.*, pág. 63 y ss.

¹⁴³ Nieves Nieto, N., "El uso del correo electrónico e internet en la negociación colectiva", *ob. cit.* pág. 249 y ss.

Desde esta perspectiva, se entiende que el ordenador puesto a disposición del trabajador tendrá un uso exclusivamente profesional y que no podrá utilizarse para atender asuntos personales, ni almacenarse en el mismo programas o documentos que no tengan relación con la actividad profesional¹⁴⁴, lo que incluye la prohibición de introducir datos particulares en el ordenador y la extracción de datos del sistema informático para su uso particular. En otras ocasiones se recuerda que el uso de ordenadores personales propiedad de los trabajadores en el puesto de trabajo queda prohibido salvo autorización expresa de la empresa¹⁴⁵.

Se entiende que el trabajador tampoco puede modificar los componentes físicos (hardware) de los equipos informáticos, como puede ser ampliar la memoria, añadir o quitar tarjetas, sustituir teclados y pantallas, etc., sin la oportuna autorización de la empresa. Tampoco podrá instalar software (programas) sin la autorización empresarial (debiendo informar de las incidencias que se produzcan al respecto), ni podrá cambiar la configuración de los recursos informáticos, de modo que cualquier programa introducido en el terminal del usuario desde internet deberá cumplir con los requisitos y normas establecidos¹⁴⁶. En este sentido el trabajador tampoco podrá acceder a áreas restringidas de los sistemas informáticos o aumentar el nivel de privilegios; no podrá descifrar contraseñas, sistemas o algoritmos de cifrado o cualquier elemento de seguridad telemática; ni usar contraseñas no autorizadas por el administrador del sistema¹⁴⁷.

También se suele prever que en caso de que el trabajador requiriese de una clave para acceder a los dispositivos tecnológicos (correo electrónico, intranet, internet, etc.) la misma será personal, siendo el mismo responsable de la seguridad de ésta, y sin que pueda facilitársela a otro empleado¹⁴⁸. Y en aquellos ordenadores que deban ser compartidos por más de una persona, deberá existir una contraseña de acceso propia, debiendo cada trabajador iniciar y cerrar la sesión con su nombre de usuario y contraseña.

Ello significa que las contraseñas de acceso al terminal son de uso personal y no se podrán intercambiar con ningún otro compañero de trabajo, ni el trabajador podrá utilizar claves ajenas para el acceso a cualquier equipo informático, red,

¹⁴⁴ Gala Durán, C., Pastor Martínez, A., “La incidencia de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en la negociación colectiva”, ob. cit. pág. 337 y ss.

¹⁴⁵ Artículo 14 del Convenio colectivo de la empresa “Crezca Outsourcing, Sociedad Anónima” (BOCM de 18 de enero de 2014).

¹⁴⁶ Artículo 73 del XVI Convenio colectivo de la empresa ONCE y su personal (BOE de 18 de enero de 2018).

¹⁴⁷ Artículo 73 del XVI Convenio colectivo de la empresa ONCE y su personal (BOE de 18 de enero de 2018).

¹⁴⁸ Artículo 45 del V Convenio colectivo para el sector de pompas fúnebres de Galicia (BOG de 16 de junio de 2015).

fichero, archivo o documentación¹⁴⁹, y si en caso de urgencia debiera utilizarse el correo electrónico o el terminal de otro compañero, debiera mediar autorización expresa por parte de aquél y la notificación por escrito a la dirección de la empresa.

Además, las nuevas tecnologías no solo han ampliado las formas de comunicación, sino que también han incorporado nuevos riesgos respecto al almacenamiento, y distribución de datos sensibles de trabajadores o de la empresa¹⁵⁰.

En este punto algunos convenios¹⁵¹ imponen al trabajador que guarde confidencialidad sobre los datos de carácter personal a los que tenga acceso por motivo de su puesto de trabajo y todo ello en aplicación de la Ley Orgánica de Protección de Datos. Y de igual modo, tampoco podrá crear o copiar y transferir al exterior datos de carácter personal o confidencial obrantes en los ficheros propiedad de la empresa ni utilizar estos datos para usos propios o con fines lucrativos sin la autorización de la empresa.

8. CONCLUSIONES

I. La negociación colectiva laboral ha jugado un papel decisivo en la regulación del uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación en el seno de la empresa. Ahora bien, pese a ser el convenio colectivo un instrumento apto para regular este fenómeno (caracterizado por su constante evolución) el tratamiento que la negociación colectiva ha efectuado al respecto ha sido sesgado y parcial, centrándose en aspectos puntuales.

II. Uno de los temas más importantes en materia de organización técnica de la actividad productiva derivada de la implantación de las nuevas tecnologías, ha sido la regulación convencional del teletrabajo. Sin embargo, el número de convenios colectivos que lo han abordado ha sido limitado, y cuando lo han hecho, generalmente han reproducido la regulación contenida en el Acuerdo Europeo sobre Teletrabajo de 16 de julio de 2002.

¹⁴⁹ Artículo 84 del Convenio colectivo del sector de la madera (BOE de 27 de noviembre de 2012); artículo 156 del Convenio colectivo general del sector de la construcción (BOE de 26 de septiembre de 2017); artículo 49 del Convenio colectivo estatal de estaciones de servicio (BOE de 19 de octubre de 2017); artículo del Convenio colectivo del sector de grandes almacenes (BOE de 7 de octubre de 2017); artículo 72 del Convenio colectivo de trabajo de la madera, carpintería, mueble y afines de la Comunidad Valenciana (DOGV de 25 de agosto de 2017); artículo 30 del Convenio colectivo del sector de industrias y almacenes de la madera de Cádiz (BOC de 29 de agosto de 2013).

¹⁵⁰ Gala Durán, C., Pastor Martínez, A., “La incidencia de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en la negociación colectiva”, ob. cit. pág. 282 y ss.

¹⁵¹ Artículo 61 del VI Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE de 2 de enero de 2017); artículo 63 del Convenio colectivo estatal de empresas de mediación de seguros privados (BOE de 28 de octubre de 2016); artículo 7 del Convenio colectivo del sector de Banca (BOE de 15 de junio de 2016).

III. La mayoría de los convenios colectivos se han centrado en regular el uso del correo electrónico y la navegación por internet por parte de los trabajadores. En esta materia el grueso de los convenios contempla el uso de la cuenta de correo electrónico empresarial o la navegación por internet con fines estrictamente profesionales, prohibiendo su utilización para fines personales o particulares salvo autorización empresarial, o siempre que se haga un uso adecuado, racional y prudente.

IV. Los convenios colectivos también han regulado el uso de los instrumentos informáticos (básicamente el correo electrónico, y el tablón virtual) por parte de los representantes de los trabajadores en sus labores de información sindical. En esta materia la regulación convencional se ha visto condicionada por la jurisprudencia constitucional existente sobre el derecho del sindicato a transmitir información de carácter sindical y laboral a los trabajadores mediante mecanismos electrónicos, de modo que los convenios en términos generales permiten el uso de los mismos siempre que no se perturbe la actividad normal de la empresa, los sistemas operativos lo permitan y no supongan un mayor coste económico para la empresa.

V. La negociación colectiva también ha regulado los mecanismos de control de la actividad productiva mediante las nuevas tecnologías permitiendo por ejemplo la implantación de cámaras de videovigilancia en la empresa. Pero esta materia también se ha visto condicionada por la regulación legal y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de modo que los convenios colectivos suelen exigir que dichas medidas sean proporcionales a la finalidad de verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales y respeten la intimidad del trabajador, siendo preceptiva la información previa a los trabajadores y a sus representantes legales.

VI. Por lo que respecta al control empresarial sobre el uso de dispositivos tecnológicos en el ámbito laboral, la negociación colectiva ha entendido que los controles sobre el ordenador del trabajador (mediante monitorización remota, indexación de la navegación por internet, o la revisión del correo electrónico), han de respetar las previsiones contenidas en las normas estatales y comunitarias sobre protección de datos de carácter personal y han de preservar el derecho a la intimidad del trabajador. Además, cualquier control empresarial suele venir limitado por el principio de proporcionalidad y condicionado a la existencia de indicios razonables de un uso ilícito o abusivo por parte del trabajador.

VII. La negociación colectiva también ha regulado el uso indebido de los dispositivos digitales puestos a disposición del trabajador como una causa de des-

pido disciplinario. Precisamente la regulación convencional muestra como las empresas son reticentes al uso del correo electrónico con fines personales o a la navegación por internet para fines no laborales, previendo la oportuna sanción disciplinaria que puede llegar hasta el despido. En estas conductas sancionables el verdadero perjuicio se encuentra en el hecho de que el trabajador deja de prestar servicios, disminuyendo con ello su rendimiento normal o pactado, aunque también puede comprometer la capacidad y seguridad del sistema informático y constituir una transgresión de la buena fe contractual.

ACOTACIONES CONSTITUCIONALES A LA DIGITALIZACIÓN Y AUTOMATIZACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO*

ABRAHAM BARRERO ORTEGA
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Sevilla

EXTRACTO **Palabras Clave:** Digitalización, automatización, agenda digital, inteligencia artificial, empleo público

El impacto de la digitalización y automatización en el empleo público es un tema novedoso, rico y complejo. El presente trabajo se aproxima a este tema desde una perspectiva constitucional general, centrada en la Constitución española de 1978, lo que obliga a, por así decir, confrontar la transformación digital y la inteligencia artificial con diferentes derechos, bienes y valores consagrados en nuestra ley fundamental. ¿Hasta qué extremo la transformación del empleo público que ocasionarán la digitalización y la automatización es constitucionalmente admisible? ¿Qué derechos, bienes y valores quedarán concernidos? ¿Esos derechos, bienes y valores pueden condicionar de algún modo el previsible cambio de la estructura administrativa y la reordenación de la masa de empleo público?

ABSTRACT **Key Words:** Digital transformation, robotics, digital agenda, artificial intelligence, public employment

The impact of digital transformation and robotics on Public Administration is a new and complex topic. This article analyzes this topic from a constitutional perspective, from the perspective of the Spanish constitution of 1978. Is digitization and artificial intelligence applied to “public employment” a constitutional option? What constitutional rights and values may be affected? Can these constitutional rights and values modulate in some way the “Digital Agenda” and the robotics process automation?

* Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación I+D+i “Los derechos fundamentales ante las transformaciones laborales en la nueva economía” (DER2017-83488-C4-1-R), cuyo investigador principal es el profesor Jesús Cruz Villalón.

ÍNDICE

1. PROPÓSITO
 2. LA DIGITALIZACIÓN Y AUTOMATIZACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO COMO OPCIÓN CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMA
 3. POSIBLES SALVEDADES O LIMITACIONES
 4. LA RESERVA DE LEY EN LA DEFINICIÓN DEL ESTATUTO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS
 5. PREFERENCIA DEL RÉGIMEN ESTATUTARIO PARA EL SERVIDOR PÚBLICO
 6. EL INDECLINABLE CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA
- BIBLIOGRAFÍA

1. PROPÓSITO

En una primera y elemental aproximación, útil en cualquier caso a los efectos de las consideraciones que siguen, por digitalización se entiende registrar datos en forma digital o convertir o codificar en números dígitos datos o informaciones de carácter continuo. El uso digital permite inherentemente nuevos tipos de innovación y creatividad en muy diversos ámbitos, más que sencillamente mejorar y apoyar los métodos tradicionales. En un sentido más estrecho, la transformación digital suele vincularse a “eliminar el papel” y hasta la atención personal y afecta tanto a empresas individuales como a segmentos enteros de la sociedad, como el gobierno y la administración, las comunicaciones globales, el arte, la medicina y la ciencia.

Ligada a la digitalización, la automatización conlleva la aplicación de máquinas o de procedimientos automáticos en la realización de un proceso o en una industria y, por ende, la conversión de un movimiento corporal o de un proceso mental en un acto automático o involuntario.

La adopción por parte de las empresas de *big data*, inteligencia artificial, *machine learning*, *cloud computing*, internet de las cosas, economía compartida, analítica predictiva, el uso de plataformas y redes, robótica o impresión 3D, son conceptos que buena parte de la población general desconoce y aún son, hoy, patrimonio de los expertos. Sin embargo, la adopción en un país de estas tecnologías con cientos de empresas proveedoras (Apple, Intel, Facebook, Amazon, HP, Oracle, SAS, IBM, SAP, Cisco, Telefónica, Microsoft, Sage, Indra, etc.) puede obviamente transformar económica y socialmente una sociedad.

La digitalización y automatización van a propiciar, asimismo, grandes cambios en la función pública en los próximos tiempos. La digitalización y automatización de tareas hará que los funcionarios ya no tengan que hacer según qué cosas. Será mejor dedicar ese tiempo a actividades que aporten más valor. No es descabellado pensar que el sector público requiere una reforma para así adaptar-

se a los desafíos y requerimientos de la transformación digital y la inteligencia artificial.

A decir verdad, las Administraciones Públicas ya se encuentran en, por así decir, estado de digitalización por mor de las leyes 39/2015 (Procedimiento Administrativo) y 40/2015 (Régimen Jurídico del Sector Público). Trámites básicos como solicitar una cita para renovar el documento de identidad, facturar, matricular un vehículo o declarar ingresos ya se pueden hacer de manera telemática. Este es uno de los cambios más notables derivados del proceso de digitalización de la Administración Pública (Sobrino Crespo, 2018). Las reglas del juego están cambiando; resta, no obstante, mucho por hacer.

Una de las consecuencias de este cambio será una reordenación de la masa de empleo público. Hay que retirar empleados públicos de las actividades manuales y pasarlos a las digitales. Esto no es una novedad, pues la Administración lleva un siglo haciéndolo, pero hay que reconocer que el denominado internet de las cosas (IoT), esto es, la conectividad de millones de dispositivos, está generando un crecimiento exponencial de datos que deben ser almacenados, gestionados y, en el mejor de los casos, analizados. El reto es mayor.

Otro elemento que refleja claramente la magnitud de este proceso es el hecho de que las máquinas que se comunican a través de la red ya están generando más información que las personas. Esta “revolución dentro de la revolución digital” amenaza con poner patas arriba los modelos de gestión y tratamiento que hasta ahora se hacían de la digitalización. El IoT representa la conectividad más absoluta y transversal. Este escenario, en el que la digitalización está desbordando las fronteras que quedaban entre el mundo digital y el analógico, también representa una oportunidad para que la respuesta esté a la altura del proceso de cambio.

En el fondo se trata de un cambio de mentalidad que obliga a rediseñar procesos y procedimientos. El uso y la incidencia en el cambio en la estructura administrativa oscila en nuestro país en la media comunitaria. Cambiarlo dependerá de la voluntad política de convertir la estrategia de transformación de capacidades en una prioridad, con la debida inversión y la coherencia de las políticas educativas y de empleo con el desafío digital.

El impacto de la digitalización y automatización en el empleo público es un asunto novedoso, rico, complejo y que cuestiona paradigmas tradicionales. En lo que sigue adoptaré una perspectiva jurídico-constitucional particular, centrada en una experiencia constitucional concreta, la nuestra, que arranca en 1978; reflexión, pues, apegada a la Constitución española vigente (en adelante CE) lo que obliga a confrontar la transformación digital y la inteligencia artificial con nuestra ley fundamental. ¿Hasta qué extremo es admisible esa transformación del empleo público en el marco de la Constitución? ¿Qué derechos, bienes y valores constitucionales pueden quedar concernidos? ¿Esos derechos, bienes y valores pueden condicionar de algún modo el previsible cambio de la estructura administrativa?

Se parte aquí de la idea de que la aproximación constitucional es una aproximación cualitativamente diferente a la que puede hacerse desde otras disciplinas jurídicas y, más específicamente, desde otras ramas del Derecho Público, sin perjuicio de reconocer que existen puntos de conexión entre el Derecho laboral, el Derecho administrativo y el Derecho constitucional. Pero aquí se fijará la atención en el diseño constitucional del empleo público y la repercusión que la digitalización y la automatización pueden tener en ese diseño. Se trata de analizar ese modelo constitucional de empleo público –si es que en verdad puede hablarse de tal cosa– y el impacto de la digitalización y automatización en el modelo. Una aproximación, por consiguiente, general y no de detalle, no apegada al dato normativo concreto o a soluciones específicas del, por utilizar terminología que ha hecho fortuna en nuestro ordenamiento, Estatuto Básico del Empleo Público (EBEP).

Una aproximación, por tanto, circunscrita al artículo 103.3 CE, en conexión con los artículos 23.2 y 149.1. 18º CE. Aunque puede discutirse, y mucho, acerca del alcance de ese diseño, parece claro que del texto constitucional, interpretado conforme a la jurisprudencia constitucional, se derivan algunas consecuencias jurídicas que hay que ponderar a la hora de definir la estrategia de digitalización y automatización del empleo público.

El tema entronca, de otra parte, con una de las preocupaciones capitales de la teoría del Estado y de la Ciencia de la Administración de nuestro tiempo: la redefinición de lo público o, dicho de otro modo, la fijación de los límites del Estado-organización o aparato estatal. Una redefinición que, en último extremo, está a la base de la consabida doctrina de la huida del Derecho Administrativo o huida al Derecho privado, defensora de la utilización por las Administraciones Públicas de organizaciones instrumentales de base privada que no utilizan los procedimientos y las formas de actuación establecidos en la legislación que regula específicamente su régimen para así incorporar pautas de acción más flexibles y eficientes. Esa huida es el fenómeno creciente por el cual las Administraciones Públicas sujetan su actuación al Derecho privado o al Derecho laboral o adoptan personificaciones jurídico-privadas, alejándose de los controles y garantías del procedimiento administrativo (Martín-Retortillo Baquer, 1996). En tal sentido, cabría interrogarse sobre si la transformación digital y la inteligencia artificial ahondará esa fuga o escapada. ¿Propiciará un mayor protagonismo de lo privado/laboral frente a lo estatutario en la configuración normativa del empleo público?

Y, en fin, reflexionar sobre la digitalización y la automatización, y confrontar ese cambio o transformación inaplazable con el modelo constitucional del empleo público, plantea una paradoja: supone razonar sobre un escenario futuro, que tiene algo, o mucho, de, por así decir, ciencia ficción, a partir de un instrumento normativo del pasado, la Constitución de 1978. Año en el que comenzó una de las etapas constitucionales más largas de la historia de nuestro país, ya con algo más

de 40 años. La Constitución española se sitúa en el contexto del Derecho político de la segunda posguerra mundial, aun con peculiaridades propias de los textos nacidos en la tercera ola de la democratización, que en los años 70 del siglo XX extendió las libertades por la Europa del sur. Obviamente el constituyente español de 1978 ni siquiera pudo imaginar las muchas implicaciones de los avances científicos y tecnológicos acaecidos desde entonces. Todos ellos tienen notables repercusiones en el plano constitucional, de suerte tal que el constitucionalismo debe hacer frente a estos vertiginosos cambios (Barrero Ortega, 2019). Sea como fuere, alguna proyección y reflexión, desde el dato constitucional actual interpretado conforme a la jurisprudencia constitucional, puede hacerse sobre el futuro. Quizá merezca la pena esa proyección, por incierta que resulte.

2. LA DIGITALIZACIÓN Y AUTOMATIZACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO COMO OPCIÓN CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMA

Toda aproximación al modelo constitucional del empleo público ha de partir del reconocimiento de un amplio margen de apreciación del legislador a la hora de configurar el estatuto del funcionario público o, más propiamente, del empleado público, esto es, el trabajador por cuenta ajena cuyo empleador es el Estado, incluyendo la Administración pública y los agentes regulados por Derecho público.

Teniendo en cuenta que el artículo 103.3 CE proclama que “la ley regulará el Estatuto de los funcionarios públicos (...)”, es claro que el legislador dispone de un estimable campo de acción e interpretación para diseñar el régimen jurídico del empleo público. Corresponde, pues, al legislador decidir, al hilo de los parámetros que juzgue oportunos, el conjunto de normas reguladoras de la relación entre empleado y poder público. El amplio margen de apreciación del legislador facilita la evolución legislativa y, en último extremo, la adaptación de ese estatuto al ritmo de los tiempos, incluido el reto de la incorporación de las nuevas tecnologías, la digitalización y la inteligencia artificial a las Administraciones Públicas.

No obstante, esta remisión a lo que disponga la ley no ha de interpretarse en el sentido de que el contenido del artículo 103.3 CE no sea directamente aplicable, de suerte tal que la eficacia de los aspectos contenidos en el precepto constitucional dependa de la intermediación legal, dando así cumplimiento a la remisión que en el mismo se contiene a la regulación por ley. La citada reserva de ley del artículo 103.3 no tiene el significado de diferir su aplicación hasta el momento en que se dicte una ley posterior e infraordenada a la Constitución, ya que, en todo caso, sus principios son de aplicación inmediata. De hecho, la normativa postconstitucional reguladora de la materia (la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público) debe acomodarse a los principios y espíritu que dimanen del artículo 103.3 de la Norma Fundamental. Es cierto que el artículo 103.3 no

contiene un diseño acabado del empleo público, pero tampoco puede considerarse como una mera declaración programática, carente de vinculación jurídica alguna (STC 235/2000).

En otras palabras, el artículo 103.3 CE supone en sí mismo una limitación para el legislador, toda vez que, aún con un amplio margen, la ley que regule el empleo público deberá estar inspirada en los principios que dimanen del contenido del citado precepto constitucional. Llevándolo al extremo, podría afirmarse que, a pesar de que el artículo 103.3 defiere al legislador la regulación, una ley que desconociera lisa y llanamente, y en cualesquiera circunstancias, los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública o que negara el derecho a sindicación de los empleados públicos, fácilmente podría calificarse de inconstitucional por contraria al artículo 103.3 de la Norma Fundamental. Este precepto, por tanto, no contiene simples afirmaciones programáticas, sino que, como el resto de la Constitución, tiene fuerza normativa, si bien con el alcance y efectos que derivan de su contenido. Adviértase, asimismo, la conexión que puede producirse en algún aspecto entre el artículo 103.3 de la Constitución y derechos fundamentales (artículos 23.2 y 28.1 CE) –SSTC 138/2000 y 235/2000–.

El margen de maniobra del legislador del empleo público no es absoluto. Hay derechos, bienes y valores constitucionales que le vinculan. Algunas de esos derechos, bienes y valores están expresamente recogidos en el artículo 10.3.3 CE: profesionalidad e imparcialidad del empleado público, mérito y capacidad en el acceso, respeto a los derechos fundamentales, empezando por la libertad sindical, y necesidad de prever un sistema de incompatibilidades.

Hay, de otro lado, jurisprudencia constitucional que certifica la vinculación del legislador a otros derechos, bienes y valores que, aun no aludidos explícitamente en el artículo 103.3 CE, se deducen de una interpretación unitaria y sistemática de la Norma Fundamental (STC 99/1987).

El amplio margen de apreciación del legislador no es, pues, completo, general o incondicionado, de modo que una defectuosa ponderación del legislador podría ser controlada por la jurisdicción constitucional. La ley del empleo público será el resultado de una ponderación legislativa de los principios en los que pretenda fundarse –obviamente sin perjuicio de que esa ponderación de principios derive en reglas o soluciones normativas concretas–. Un resultado que, en última instancia, puede ser enjuiciado por el Tribunal Constitucional (STC 99/1987).

Trayendo estas consideraciones generales a la cuestión que nos ocupa, podría afirmarse sin dificultad que la digitalización y automatización de la Administración Pública es una opción legislativa constitucionalmente admisible. Los retos, desafíos y escenarios por venir están plagados de incertidumbres. Hay quien piensa que la digitalización y automatización propiciarán una mayor eficiencia administrativa y hay quien es, por el contrario, más pesimista: acarreará una pérdida de empleos públicos netos. Al legislador le corresponde terciar en esta dualidad

de versiones. La transformación del empleo público, la mayor o menor digitalización y automatización, el escenario, en definitiva, de una Administración Pública y un empleo público más digital y menos analógico o personal es una opción legítima desde la perspectiva constitucional.

Ahora bien, una opción legítima siempre y cuando no violenta la garantía institucional de la Administración Pública. La incorporación de la Administración Pública y del empleo público a la Constitución tiene, como es sabido, un doble efecto. Primero, su existencia misma queda blindada o protegida frente a cualquier acción supresora del legislador. Segundo, el legislador puede regular ambas instituciones pero sin quebrar su imagen maestra o *leit-bild*. El legislador debe respetar el núcleo o la esencia irreductible de la Administración Pública en tanto garantía de instituto, sin someterla a restricciones o condiciones que la conviertan en algo irreconocible (Jiménez-Blanco y Carrillo de Albornoz, 1991).

Todo ello plantea el interrogante, interrogante –adelanto– para el que no hay, a mi juicio, una respuesta tajante, de qué porcentaje de digitalización y automatización es admisible para no desnaturalizar la forma y la función típica de la Administración. ¿Qué porcentaje de sustitución de empleo o trabajo personal por máquinas, robots y procedimientos virtuales es pasable para que la garantía institucional de la Administración Pública y del empleo público no padezca? ¿Hasta dónde puede llegar la reducción o sustitución de tareas rutinarias y no rutinarias?

También al hilo de estas preguntas habría que reconocer un amplio margen de apreciación al legislador del empleo público. Y es que, desde la Constitución, no cabe dar una respuesta unívoca a la cuestión de la sustitución de empleos públicos que pueden implicar la digitalización y automatización. Más bien esa respuesta debiera derivar de un planteamiento político, el que sea, cuidadoso y reflexivo, que luego deberá concretarse en una toma de postura legislativa, conforme al artículo 103.3 CE, que tenga en cuenta los distintos derechos, bienes y valores constitucionales en juego. Una toma de postura que puede ser más o menos favorable a la transformación digital e inteligencia artificial a la luz de cómo se evalúen las oportunidades y los riesgos (económicos, sociales y políticos) que suscitan. La eficiencia administrativa puede verse reforzada, pero por otro lado está la potencial destrucción o precarización del empleo.

Y, en fin, una toma de postura en la que se da un apreciable margen a la interpretación permitiendo optar por una diversidad de soluciones en cuestiones que han de resolverse a través de juicio fundado en elementos de oportunidad política y –sería deseable– técnica, que sólo puede ser formulado por el legislador. La digitalización tiene una lectura política que no puede ignorarse. La cuestión es qué Administración Pública queremos y cómo se distribuye el empleo público. Y eso es algo que debe decidir libremente el legislador, no está resuelto *ex constitutione*, sin perjuicio –reitero– de que considere distintos derechos, bienes y valores constitucionales –arts. 103.3 CE y otros conexos– pero que de ningún modo pre-

determinan una solución concreta sobre el grado de la transformación digital y automatización. La pelota está en el tejado del legislador democrático.

3. POSIBLES SALVEDADES O LIMITACIONES

Aun cuando la digitalización y la automatización puedan definirse como opciones constitucionalmente legítimas, ello no es óbice para hacer alguna precisión o advertencia, a partir sobre todo del 103.1 CE, en torno a su alcance en el ámbito de las denominadas Administraciones “de soberanía y de intervención” (Troncoso Reigada, 1997).

En primer lugar, Administraciones y empleos públicos que desarrollan una actividad política, de suerte tal que el órgano decisor fija en cada ocasión cuál es el concreto fin a alcanzar, llevando a cabo juicios políticos, fuertemente discrecionales, no cuestionables ni sustituibles. El acto político es una modalidad de ejercicio que el orden jurídico confiere expresa o implícitamente a los órganos constitucionales que ejercen la función política, para que, mediante la apreciación subjetiva de los intereses públicos comprometidos, completen creativamente el ordenamiento seleccionando una alternativa entre otras igualmente válidas para el Derecho. La apreciación subjetiva que incumbe al órgano político competente se debe realizar ponderando el interés público, la libertad de elección entre varias opciones igualmente válidas para el ordenamiento y, al mismo tiempo, la sujeción al orden jurídico, en tanto presupuesto que inexorablemente debe tener toda actividad política (Porras Nadales, 1991).

En segundo lugar, Administraciones y empleos públicos que ejercen la actividad de policía, es decir, potestades que, por razones de interés público, limitan los derechos de los administrados mediante el recurso, en su caso, a la coacción sobre los mismos. En sus orígenes, la actividad de policía se identificaba con los poderes de la autoridad para mantener la pax pública, identificándose con el orden público o garantía de seguridad y salubridad públicas, algo propio de un sistema abstencionista en el que se limitaba a ese tráfico jurídico el fin propio de la Administración. En la actualidad, la configuración del Estado como social (art. 1.1 CE) ha traído la expansión de la noción de policía sobre la base de unas potestades administrativas que se identifican con la idea de policías especiales tras lo cual late como fin justificador no sólo el orden público sino el interés general y hasta el bienestar social. Se puede hablar así de una policía medioambiental, de mercado, de urbanismo, etc. En la medida en que la actividad de policía incide en el libre desenvolvimiento de los ciudadanos, no puede implicar el ejercicio de unas potestades sin límite, de ahí que se trate de potestades sujetas a los principios de legalidad y proporcionalidad (Garrido Falla, 1953).

En tercer lugar, Administraciones y empleos públicos que desempeñan la ac-

tividad de fomento o actividad que se dirige a satisfacer indirectamente ciertas necesidades consideradas de carácter público, protegiendo o promoviendo, sin emplear coacción, las actividades de los particulares o de otros entes públicos que directamente las satisfacen. Si tenemos en cuenta que la actividad de fomento pretende promover o estimular una determinada actuación particular o pública, ello es porque la Administración Pública, en un momento dado, no puede hacerse cargo de forma directa de la ejecución de una determinada actividad o del cumplimiento de un determinado fin y, por eso, se ve obligada, por imperativos del mandato constitucional del artículo 103.1, a obtener la colaboración de los particulares o de otros entes públicos. El otorgamiento de incentivos, prestaciones, bienes o ventajas a favor del titular de la actividad o empresa que se trata de estimular, es el medio de fomento típico (Fernández Farreres, 2009).

En estos ámbitos, la digitalización y automatización pueden entrar en conflicto con la sustancia política de las potestades administrativas, el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos y la adecuada satisfacción del interés general o de necesidades públicas. La transformación digital y la inteligencia artificial no plantean reparos en las Administraciones Públicas para la toma de decisiones automatizadas y semi-automatizadas. Cuestión diferente es el ejercicio de potestades en las que se dé un margen de apreciación, opción y elección o que incidan en los derechos fundamentales, debido a la necesidad de empatía y tacto para la realización de la ponderación con criterios extrajurídicos en que consisten la discrecionalidad y la proporcionalidad (Ponce Solé, 2019).

La ley puede determinar agotadoramente todas y cada una de las condiciones de ejercicio de una potestad, de modo que construya un supuesto legal completo y una potestad aplicable al mismo también definida en todos sus términos y consecuencias (por ejemplo, jubilación por edad de los funcionarios, ascenso por antigüedad, liquidación de un tributo – aplicación de una cuota establecida por la ley a una base fijada sobre un hecho imponible determinado). En estos casos, la Administración opera de una manera que podría llamarse automática. Ahora bien, la existencia de potestades discrecionales o de restricción de los derechos de los administrados es una exigencia indeclinable del gobierno humano: éste no puede ser reducido a una pura aplicación objetiva y neutral, a un simple juego automático de normas.

También parece razonable entender que hay intereses constitucionales que obligan al legislador del empleo público a limitar la transformación digital y la robótica y, en definitiva, asegurar la continuidad del empleo personal en algunas Administraciones prestacionales, preservándolas de una completa digitalización o automatización. Cierto es que las tareas intelectuales no rutinarias que implican creatividad, resolución de problemas y reconocimiento de patrones están cada vez más abiertas a la digitalización y automatización. Las técnicas de aprendizaje profundo, como las redes neuronales artificiales, ya permiten que los ordenadores

ejecuten tareas creativas, resolviendo problemas y realizando tareas de reconocimiento de patrones. Sin embargo, las tareas basadas en relaciones sociales que requieren la interacción humana (justicia, educación, salud, servicios sociales) son mucho más difíciles de digitalizar y automatizar.

Sabido es, en efecto, que nuestro país, como otros de nuestro entorno cultural y jurídico, está inmerso en un proyecto de digitalización de la Administración de Justicia (Pérez Gil, 2005). Y ello en cumplimiento del mandato establecido en la disposición adicional segunda de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, que imponía a las Administraciones competentes la obligación de dotar a las oficinas judiciales y fiscalías de sistemas de gestión procesal que permitan la tramitación electrónica de los procedimientos. El proyecto pivota sobre dos líneas estratégicas fundamentales. Por un lado, la realización de los actos de comunicación y la presentación de escritos de forma electrónica, y ello con el impulso definitivo que ha supuesto la obligatoriedad generalizada (salvo al ciudadano) establecida por la reforma introducida por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Por otro lado, la digitalización de los procesos internos que se desarrollan ante los Tribunales, y que conducirán al llamado expediente judicial electrónico. Cada implantación de justicia digital va acompañada de un exigente plan formativo a fin de dotar de los conocimientos necesarios a las personas de la organización judicial en el manejo de las herramientas tecnológicas que permitan la gestión digital de los asuntos en todos los órdenes e instancias judiciales.

La expresión administración de justicia es, en cualquier caso, polisémica. Con ella se designan diferentes realidades, desde el resultado del ejercicio de la función jurisdiccional (ésta consiste, según se acepta pacíficamente, en administrar justicia, o en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado), hasta la consideración del complejo orgánico o conjunto de órganos públicos al que se atribuye en exclusiva el ejercicio de esa función. Asimismo se alude con la expresión a todo aquello que coadyuva al cumplimiento de la misión constitucional de los jueces y magistrados, desde los medios materiales hasta el personal auxiliar y colaborador, pasando por los procedimientos. Todo ello tiene cabida, en mayor o menor medida, o todo ello puede vincularse, con la administración de justicia, y sin embargo no todo ello es administración de justicia *stricto sensu*.

Y todo ello, en mayor o menor medida, es susceptible de digitalización y automatización, si bien la jurisdicción –etimológicamente, la jurisdicción o dicción del Derecho–, en cuanto función pública derivada de la soberanía del Estado que se atribuye a jueces y magistrados, en solitario o colegiadamente integrados en secciones o en las salas de justicia de los tribunales, es, citando a P. J. Proudhon, una actividad humana, absolutamente humana, nada más que humana y es injusto relacionarla con un principio superior a la humanidad. Los jueces precisan para

emitir sus fallos no sólo conocer el Derecho sino también tener conciencia social –a veces, es la propia ley la que apela a la conciencia o clima social para modular su aplicación (arts. 502 a 519 LECrim)–. La tecnología puede reducir las labores de investigación y administración, pero la justicia tiene fronteras infranqueables que precisan de la luz del entendimiento humano.

Es evidente, de otra parte, que el sector salud –desde los proveedores de instrumentales pasando por las aseguradoras y los pacientes– está inmerso en toda una transformación digital (Soto Bayarri, 2016). La forma de entender la salud y el sistema sanitario está cambiando sustancialmente. El futuro pasa por la salud digital, por la extensión del uso de las herramientas tecnológicas que faciliten la detección y control de las enfermedades y el mantenimiento de la salud, como los dispositivos *wearables*, aplicaciones móviles, la teleconsulta o el *big data*. Por salud digital se entiende el conjunto de tecnologías de la información y la comunicación (TIC) que se emplean en el entorno sanitario en materia de prevención, diagnóstico, tratamiento, seguimiento y gestión de la salud, actuando como una palanca de cambio de los sistemas sanitarios que permite el ahorro de costes y la mejora de su eficiencia.

Pero la tecnología de ningún modo puede anular por completo la relación personal médico-paciente, la atención médica personalizada y cercana. El médico tiene que ser capaz de dar un servicio digital completo al paciente. La consulta y sus servicios deben actualizarse tecnológicamente y adaptarse a sus nuevas necesidades. El profesional debe saber manejar el lenguaje *online*, *mobile* y tecnológico con un objetivo claro: ofrecer al paciente digital un trato excelente tanto dentro de la consulta como fuera de ella. En el largo plazo, quizás llegue el momento en que el paciente esté integrado en un sistema de comunicación directo con su médico, al que, en todo caso, podrá acudir cuando realmente tenga que hacerle una intervención o un chequeo físico directo.

La educación del futuro será, sin duda, más digital y en ella la conectividad y la inteligencia artificial tendrán una presencia significativa. La incorporación de las aulas a la era digital permitirá una revolución en la metodología de la enseñanza, que requiere de un cambio tanto en el papel del profesor como en el del alumno. Las tecnologías de la información no son ni mucho menos un sustituto del profesorado sino un complemento de su papel. Los alumnos, por su parte, dejan de ser sujetos pasivos, pues pasan a tener un protagonismo y una responsabilidad importantes en la definición y consecución de sus metas educativas; en la búsqueda y valoración de las fuentes de información. El proceso de aprendizaje pasa, pues, a ser más individualizado e interactivo (San Martín Alonso, 2005).

Las clases del futuro serán una especie de tándem entre humanos y máquinas en el que cada uno de ellos se especializará en aquello que mejor sepa hacer. Un binomio entre humano y máquina, en el que el profesor seguirá asumiendo la tarea esencial de transmitir conocimiento, pero podrá apoyarse en la máquina para

descargarse de las tareas más repetitivas y anodinas. Ya hay numerosos ejemplos de cómo la inteligencia artificial puede aplicarse en los centros educativos para desatascar, por ejemplo, la parte administrativa y de gestión.

La máquina o la herramienta es capaz de analizar en detalle a cada alumno para trazar un camino personalizado: le indica qué estudiar cada día, selecciona las preguntas y las tareas en función de aquello que más le cuesta y le ayuda a repasar lo que ya ha asimilado. Esa es la parte en la que la máquina es imbatible. Pero no es suficiente. Hay otras tareas para las que es más eficaz que intervenga un profesional humano: desarrollar los contenidos, resolver las dudas, preparar al alumno psicológicamente. El tutor especializado.

Como quiera que sea, el papel del legislador es insustituible y determinante para impulsar la transformación digital, el diseño y la aplicación de un marco general y de planes específicos para distintos ámbitos sociales, también para la Administración Pública y el empleo público, que concilie la digitalización y automatización con otros intereses constitucionales, empezando por la adecuada satisfacción del interés general (art. 103.1 CE) y la especial naturaleza de algunas Administraciones, lo cual podría llevar, en algún caso, a preservar o asegurar un núcleo esencial de empleo público humano, inmune a la digitalización e inteligencia artificial. Cuestión de prudencia o, mejor dicho, de equilibrio adecuado entre, de un lado, la tecnología digital y la robótica y, de otro, la interacción humana.

4. LA RESERVA DE LEY EN LA DEFINICIÓN DEL ESTATUTO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

La regulación del estatuto funcional del empleo público, en virtud del artículo 103.3 CE, está constitucionalmente reservada a la ley. No obstante, como ha matizado la jurisprudencia constitucional, esta reserva de ley tiene un alcance relativo, pues no impide la colaboración de las normas reglamentarias y, en su caso, de otro tipo de fuentes normativas, aunque ésta por definición deba estar limitada en la ordenación de la materia (STC 1/2003). De manera similar a como acontece con otros ámbitos materiales reservados por la Constitución a la ley, no es imposible en esta materia una intervención auxiliar o complementaria del reglamento, siempre que estas remisiones sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de la potestad reglamentaria a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley, de modo que no se llegue a una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esa facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir.

Así las cosas, la dificultad estriba en delimitar cuál es concretamente el ámbito material reservado a la ley en virtud del artículo 103.3 CE. En otras palabras, qué debe entenderse por “estatuto de los funcionarios públicos” o, como se alude en el artículo 149.1.18ª CE, el “régimen estatutario” de los funcionarios.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha subrayado en reiteradas ocasiones que ese régimen estatutario constituye un ámbito cuyos contornos no pueden definirse en abstracto y a priori, pero en el que ha de entenderse comprendida, en principio, la normativa relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, las condiciones de promoción de la carrera administrativa y a las situaciones que en esta puedan darse, los derechos y deberes y responsabilidades de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de cuerpos y escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas, pues habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos (arts. 103.3 y 149.1.18ª), habría de ser también la ley la que determine en qué casos y con qué condiciones pueden reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración Pública (STC 99/1987). Esos casos y esas condiciones entrarían dentro de los aspectos esenciales del régimen estatutario de los funcionarios a regular por ley.

A la luz de esta doctrina constitucional, no sería del todo descabellado considerar que la digitalización y automatización del empleo público entra dentro de esos aspectos esenciales del régimen estatutario, ya que incide cuando menos en la creación, integración y el modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de la Administración. Así pues, el empleo público digitalizado o automatizado, los puestos de trabajo públicos a transformar, han de ser determinados por ley. La relación de esos puestos cae, pues, dentro de la reserva del artículo 103.3 CE. La ley ha de prever la reducción, sustitución o amortización de puestos de trabajo público por mor de la revolución digital y la inteligencia artificial.

Esta reducción, sustitución o amortización quedaría, así, sustraída a la normación reglamentaria, no en el sentido de que las disposiciones del Gobierno no puedan, cuando así lo requiera la ley, colaborar con ésta para complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la digitalización y automatización del empleo público, pues esta colaboración que, en términos de política legislativa, puede resultar pertinente, no sería contradictoria con el dictado de la Constitución cuando la remisión al reglamento lo sea, estrictamente, para desarrollar o complementar una previa determinación legislativa. La flexibilización de la reserva de ley resulta, además, especialmente aconsejable ante la cambiante realidad del futuro.

5. PREFERENCIA DEL RÉGIMEN ESTATUTARIO PARA EL SERVIDOR PÚBLICO

La digitalización y la automatización van a propiciar grandes cambios en la función pública y, en particular, un rediseño profundo del sistema de situaciones y tareas administrativas y, por ende, de la masa de empleo público.

Cuántos empleos van a desaparecer por la automatización es aún una incógnita. En revoluciones tecnológicas previas se produjo una reducción de la demanda de algunos tipos de trabajo que implicó considerables dificultades para los trabajadores desplazados, aunque pasado un tiempo esta mano de obra desplazada fue absorbida por la expansión de la demanda de otros tipos de empleos y actividades como resultado del crecimiento económico.

Los potenciales efectos de la automatización sobre el empleo y la sociedad evidencian la necesidad de evaluar y rediseñar las instituciones para gestionar las tensiones sociales y políticas que pueden derivarse de la revolución digital.

La principal ventaja de la digitalización es que el procesamiento, almacenamiento y comunicación de la información digital son mucho más baratos y eficientes que sus equivalentes analógicos. El aumento de la eficiencia que supone la digitalización de procesos de gestión y control se asocia con el ahorro de costes laborales y el incremento de la productividad, sobre todo en áreas como la logística, la calidad y la administración.

De todo ello derivarán importantes implicaciones para la estructura del empleo público, la evolución de las tareas de los procedimientos administrativos y la cualificación; consecuencias directas sobre las condiciones de trabajo (la automatización de ciertas tareas hará desaparecer algunos empleos, pero también creará otros), así como secuelas indirectas sobre las condiciones del empleo y las relaciones laborales. Habrá que prever un diseño legislativo e institucional para hacer frente a este cúmulo de implicaciones: reducción drástica de la jornada, replanteamiento del régimen de incompatibilidades, nueva selección del personal, potenciación del funcionariado de programa y coyuntural, el rol del denominado autoaprendizaje, del trabajo parcial, etc. La cuarta revolución industrial no está por venir, sino plenamente instalada ya en nuestras vidas. El rediseño es inaplazable.

Ahora bien, ese rediseño no debería comprometer lo que el Tribunal Constitucional ha denominado “la preferencia del régimen estatutario para el servidor público” o “preferencia por el régimen general funcional para los empleados públicos” (STC 99/1987). Opción preferente que el Alto Tribunal deduce del artículo 103.3 CE y que vincula al legislador del empleo público, quien ha de establecer los criterios sobre la naturaleza de los puestos de trabajo a efectos de su provisión por funcionarios, como regla general.

El empleado al servicio de la Administración Pública no es un trabajador por cuenta ajena cualesquiera ya que se integra en un poder público ins-

titucionalizado con personalidad jurídica propia que ejerce potestades al servicio del interés general, lo que explica que se encuentre sometido a un régimen jurídico o “estatuto” específico en tanto que constituye una parte esencial de las Administraciones. Por tanto, el empleado público al servicio de las Administraciones Públicas se diferencia del empleado común que trabaja en el sector privado por estar sometido a un régimen jurídico específico que actualmente se contiene en el Estatuto Básico del Empleado Público (Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público), que resulta aplicable en su totalidad al personal funcionario, si bien otra parte—el personal laboral—desempeña su actividad sometido al régimen común de los trabajadores asalariados—esto es, al Estatuto de los Trabajadores— si bien bajo determinadas especialidades.

Dentro de los empleados públicos, el funcionariado es el que verdaderamente desarrolla su actividad en régimen estatutario (por eso también se le denomina personal estatutario), lo que significa que presta sus servicios en un régimen especial que poco tiene que ver con una relación laboral articulada a través de un contrato de trabajo. Para identificar las profundas diferencias con respecto a las relaciones contractuales baste señalar ahora:

- a) Que a los funcionarios no se les “contrata” sino que se les “ nombra” y no se les “despide” sino que pierden su condición como tales sólo por causas extraordinarias. El acceso a la función pública se produce mediante un acto administrativo de nombramiento y no mediante contrato. El funcionario de carrera es inamovible, de modo que no puede ser despedido salvo por causas disciplinarias. Esta inamovilidad en el empleo no es un privilegio personal sino una garantía funcional que le permite ejercer sus tareas con imparcialidad y objetividad, es decir, en una posición de neutralidad respecto de quien ejerza la dirección política de la Administración (Sánchez Morón, 2018).
- b) Que la relación de servicio del funcionario se regula por normas generales y no por un contrato individual y convenio colectivo (*Ibidem*).
- c) Que el funcionario no tiene ningún derecho adquirido al mantenimiento de una determinada regulación de sus condiciones de trabajo o a impedir su modificación (*Ibidem*). El funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública se coloca en una situación jurídica objetiva definida legal y reglamentariamente, y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de ley y de legalidad, sin que, consecuentemente pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso (STC 99/1987).

En cualquier caso, la preferencia por el régimen funcional para el servidor público no ha impedido legitimar otras vías de acceso al servicio de la Administración Pública ni tampoco flexibilizar alguna de las notas características del funcionariado. La preferencia constitucional del vínculo estatutario es compatible con la contratación de personal en régimen laboral por las Administraciones y entes públicos. La admisión del funcionario interino y de un personal fijo y la suavización de un régimen rígidamente estatutario y de imposición legal unilateral ilustra la confusión o asimilación de regímenes jurídicos (Bermejo Cabrero, 1989).

El personal laboral de la Administración Pública es un tipo más de empleado público, rigiéndose la relación de servicio, en primer lugar, por el Estatuto Básico del Empleo Público y, de forma subsidiaria, por la legislación laboral y demás normas convencionales. Los trabajadores laborales gozan de los mismos derechos que el personal funcional, con la excepción del derecho a la inamovilidad en el puesto de trabajo, que es exclusivo de los funcionarios de carrera. El personal laboral accede a trabajar en la Administración a través de los procesos de selección: oposición, concurso-oposición o concurso de méritos. El cese del personal laboral puede producirse por cualquiera de las causas que contempla el artículo 49 ET.

La presencia de personal laboral en las Administraciones y la dualidad de regímenes jurídicos (Boltaina Bosch, 2011) ha sido objeto de discusión por parte de la doctrina. Así, algún sector doctrinal ha mantenido que es inconstitucional la presencia de los contratados laborales en la Administración Pública; otro sector, en cambio, ha insistido en la neutralidad de la Constitución a este respecto. La postura intermedia defiende la posibilidad de que existan contratos laborales a pesar de que la norma general sea el desempeño de los puestos de trabajo en la Administración por los funcionarios. Como es sabido, la STC 99/1987 terció en la polémica, decantándose por esta postura intermedia y matizando que, si bien el texto constitucional prefiere el modelo funcional, no cierra del todo las puertas al personal laboral.

El modelo mixto ha desvirtuado la identificación entre funcionario y función pública y ha potenciado la utilización del término “empleado público” como concepto que engloba a funcionarios, personal laboral y demás personal que desempeñe funciones retribuidas en las Administraciones Públicas. Dicho término fue finalmente asumido por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, justificándose la dualidad de sistemas vigente:

“Partiendo del principio constitucional de que el régimen general del empleo público en nuestro país es el funcional, reconoce e integra la evidencia del papel creciente que en el conjunto de las Administraciones Públicas viene desempeñando la contratación de personal conforme a la legislación laboral para el desempeño de determinadas tareas [...] y sintetiza aquello que diferencia a quienes trabajan en el

sector público administrativo, sea cual sea su relación contractual, de quienes lo hacen en el sector privado”.

La nota de la permanencia en el desempeño de las funciones públicas no concurre, por otra parte, en el funcionario interino (art. 10 EBEP). Y la admisión de un personal laboral fijo (art. 11.1 EBEP), a cubierto además de los expedientes de crisis y de la reducción de la plantilla, dan al empleado público laboral la misma o mayor estabilidad material, aunque no formal, que al funcionario.

Asimismo, la apertura del ámbito funcionarial a la negociación colectiva (arts. 31 y ss. EBEP), ya con carácter previo a la aprobación de las normas que regulan los derechos y deberes del funcionario, ya en ocasiones cumpliendo un papel sustitutivo de las mismas, es una muestra más de la aproximación del régimen jurídico funcionarial al laboral y cambia en cierta medida la concepción clásica del primero. Se da un indudable acercamiento entre ambos colectivos en el seno de la Administración, no sólo porque se han utilizado e intercambiando instituciones jurídicas provenientes del régimen jurídico propio de una clase de personal en la otra, sino porque se ha producido una situación de coincidencia en un mismo texto legal de contenidos de aplicación simultánea a ambos colectivos de trabajadores.

Sea como fuere, sin perjuicio de constatar esta tendencia progresiva hacia la laboralización de la función pública y la confusión de regímenes jurídicos, lo cierto es que la prioridad del vínculo estatutario en la regulación del empleo público es una categoría reiteradamente avalada por la jurisprudencia constitucional (SSTC 57/1982, 129/1987, 293/1993) y que no puede ignorar el legislador a la hora de establecer los criterios sobre la naturaleza de los puestos de trabajo a digitalizar o automatizar.

6. EL INDECLINABLE CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

La transformación digital y la inteligencia artificial aplicada al empleo público no pueden, finalmente, menoscabar el sometimiento pleno de la Administración a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE) y, por ende, el control jurisdiccional de la actuación administrativa (art. 106.1 CE). En otras palabras, la digitalización y automatización no puede derivar en un menor control de la actuación administrativa.

Como ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional, la plenitud del sometimiento de la actuación administrativa a la ley y al Derecho, así como de la función jurisdiccional de control de dicha actuación y la efectividad que se predica del derecho a la tutela judicial, impiden que puedan existir comportamientos

de la Administración Pública –positivos o negativos– inmunes al control judicial (STC 140/2016). Control orientado preferentemente a asegurar la vigencia de los derechos fundamentales, pero también de otros derechos e intereses legítimos. Y entre esos otros derechos –dejando a un lado la polémica doctrinal acerca de si es o no un derecho fundamental–, el derecho a la buena administración.

Con razón se ha dicho que el derecho a la buena administración, previsto en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), implícitamente en la Constitución española (arts. 9.3, 31.2, 103.1) y explícitamente en diversos estatutos de Autonomía de última generación y leyes vigentes y auspiciado por la jurisprudencia, supone un cambio de paradigma en las relaciones entre los ciudadanos y el poder público (Tomás Mallén, 2004).

El derecho a una buena administración pone fin al paradigma dominante tradicional en el Derecho público español, que sostenía la indiferencia del núcleo discrecional para el Derecho (sólo ocupado en limitar la discrecionalidad administrativa mediante los elementos reglados y los principios generales del Derecho, como el de interdicción de la arbitrariedad). Con las obligaciones de buena administración que se derivan de este derecho, ya no hay libertad omnímoda de elección entre alternativas indiferentes para el Derecho cuando hay discrecionalidad para decidir políticas públicas (regulatorias, planificadoras, en materia de subvenciones, de contratación, etc.). No hay posibilidad de hacer no importa qué y no importa cómo. La discrecionalidad no es arbitrariedad y debe ser buena administración.

Una nueva concepción de la actuación administrativa que tiene un contenido plural, comprendiendo un conjunto de garantías que el artículo 41 CDFUE desglosa del modo siguiente: a) toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos públicos traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable; b) toda persona tiene derecho a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente; c) toda persona tiene derecho a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; d) la administración tiene la obligación de motivar sus decisiones; e) toda persona tiene derecho a la reparación por el poder público de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones; y f) toda persona podrá dirigirse a las instituciones en cualquier de las lenguas oficiales y deberá recibir una contestación en esa misma lengua (sobre todo ello, Barrero Ortega, 2019: 23-24).

En esta nueva fase, el papel del control judicial en la protección del derecho a una buena administración es crucial. Ha de ponerse en valor la revolución silenciosa que ha tenido lugar en la jurisprudencia europea, de las salas de lo contencioso del Tribunal Supremo español y de los Tribunales Superiores de Justicia de las CCAA, quienes, con toda naturalidad, han pasado en los últimos años de con-

trolar la discrecionalidad en base al principio de interdicción de la arbitrariedad, entendido como ilegalidad de lo no motivado y de lo irracional, a un control más sutil y exigente, comprobando la diligente ponderación de alternativas e intereses implicados y una motivación que no sólo exista y sea racional, sino, además, suficiente y congruente con el expediente.

En ese sentido, la labor judicial tiene ante sí el reto de garantizar la buena administración estableciendo un estándar de diligencia en el debido cuidado de la ponderación administrativa en cada caso, a falta, aún en España, de un estándar normativo general. La defensa y promoción de la buena administración en el futuro van a requerir un diálogo y colaboración entre el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial y un despliegue de numerosas técnicas jurídicas, económicas y de gestión, algunas de las cuales sólo en parte han sido incorporadas en la nueva generación de leyes de transparencia y buen gobierno dictadas desde 2013: desde la mejora regulatoria (ahora incluida las nuevas leyes estatales 39 y 40 de 2015, como es sabido) hasta el reforzamiento de los controles externos no judiciales de la administración, pasando por la transparencia como herramienta para la buena administración, la regulación de los lobbies, la importancia de la infraestructura ética o el papel de las cartas de servicios.

El derecho a la buena administración demanda, en definitiva, especiales compromisos y cautelas con ocasión de la digitalización y automatización de las tareas administrativas. El contenido declarado del derecho a la administración ha de irradiar en la transformación digital y aplicación de la inteligencia artificial para el desempeño de esas tareas, sin merma ninguna del control jurisdiccional de la actuación administrativa. El contenido del derecho a la buena administración ha de integrarse, en suma, en la llamada Agenda Digital.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BARRERO ORTEGA, A.: *Nuevos derechos y garantías*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2019.
- BERMEJO CABRERO, F.: “Las relaciones de puestos de trabajo y la laboralización de la Función Pública”, *Revista española de Derecho administrativo*, 62, 1989, págs. 229-242.
- BOLTAINA BOSCH, X.: “La diversidad de regímenes jurídicos de los empleados públicos”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 13, 2011, págs. 129-169.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G.: “La actividad de fomento”, en CANO CAMPOS, T. (coord.): *Leciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo*, vol. 3, tomo 2 (La actividad de las administraciones públicas: el contenido), Iustel, Madrid 2009, págs. 147-184.
- GARRIDO FALLA, F.: “Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa”, *Revista de administración pública*, 11, 1953, págs. 11-32.
- JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ, A.: “Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución” en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (coord.): *Es-*

- Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. 2, Civitas, Madrid 1991, págs. 635-650.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: “Reflexiones sobre la huida del Derecho administrativo”, *Revista de administración pública*, 140, 1996, págs. 25-68.
- PÉREZ GIL, J.: “Digitalización de la justicia y reformas procesales: un balance”, en BELLO PAREDES, S. A. (coord.): *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías: con motivo del XX aniversario de la Facultad de Derecho de Burgos*, Universidad de Burgos, Burgos 2005, págs. 509-530.
- PONCE SOLÉ, J.: “Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, 2019.
- PORRAS NADALES, A.: “Actos políticos y función de dirección política”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 3, 1991, págs. 129-146.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: “Artículo 103”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M. E. (dirs.): *Comentarios a la Constitución española*, vol. 2, tomo 2, Boletín oficial del Estado, Madrid 2018, págs. 452-471.
- SAN MARTÍN ALONSO, A.: “La digitalización de la enseñanza o el sueño del aprendiz electrónico”, *Teoría de la educación*, 17, 2005, págs. 157-184.
- SOBRINO CRESPO, E.: “Plataformas tecnológicas en el marco jurídico de las Leyes 39 y 40 de 2015”, en WISNER, D. C. (coord.): *Administración electrónica: retos jurídicos y tecnológicos de su implantación en Andalucía*, Fundación San Pablo CEU, Sevilla 2018, págs. 30-42.
- SOTO BAYARRI, M.: “La digitalización en el entorno de la salud y la I+D”, *Claves de razón práctica*, 249, 2016, págs. 118-125.
- TOMÁS MALLÉN, B.: *El derecho fundamental a una buena administración*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 2004.
- TRONCOSO REIGADA, A.: *Privatización, empresa pública y Constitución*, Universidad Carlos III, Madrid 1997.

ALGO DE RUIDO. ¿CUÁNTAS NUECES? LA NUEVA DIRECTIVA (UE) 2019/1152, RELATIVA A UNAS CONDICIONES LABORALES TRANSPARENTES Y PREVISIBLES EN LA UNIÓN EUROPEA Y SU IMPACTO EN EL DERECHO ESPAÑOL

JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO

*Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*

Universidad de Santiago de Compostela*

EXTRACTO **Palabras Clave:** Directiva (UE) 2019/1152; información sobre el contrato; periodo de prueba; empleo paralelo; condiciones de trabajo

La aprobación de la Directiva (UE) 2019/1152 obliga a llevar a cabo mediante su transposición la revisión del Estatuto de los Trabajadores y de otras normas, principalmente el Real Decreto 1659/1998. Las materias que deben ser comunicadas en papel o por soporte electrónico a los trabajadores aumentan y se acortan considerablemente los plazos para dicha comunicación. La Directiva obligará también a una revisión de la actual regulación del periodo de prueba, entre otros ajustes, limitándolo a seis meses. Un punto de particular interés en la transposición será la puesta en práctica de mecanismos de tutela de los derechos contenidos en ella. La transposición, en síntesis, obligará al legislador español a una tarea detallada y minuciosa de ajuste, más compleja que en otras ocasiones, con numerosas decisiones de política legislativa que no pueden ser objeto de una incorporación automática.

ABSTRACT **Key Words:** Directive (EU) 2019/1152; information on the contract; probationary period; parallel employment; working conditions

The approval of Directive (EU) 2019/1152 requires a revision of the Workers' Statute and other regulations, mainly Royal Decree 1659/1998, to be carried out by means of its transposition. The matters that must be communicated on paper or by electronic means to the workers increase and the deadlines for said communication are considerably shortened. The Directive will also require a review of the current regulation of the probationary period, among other adjustments, limiting it to six months. A particular point of interest in the transposition will be the implementation of mechanisms for the protection of the rights contained therein. The transposition, in short, will force the Spanish legislator to a detailed and meticulous task of adjustment, more complex than on other occasions, with numerous legislative policy decisions that cannot be automatically incorporated.

* Este trabajo forma parte de los resultados del proyecto de investigación RTI2018-097917-B-I00 "Retos del Derecho del Trabajo español ante la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de política social y derechos fundamentales", financiado por la Agencia Estatal de Investigación y cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), correspondiente al marco financiero plurianual 2014-2020. Agradezco las observaciones de Alberto Escobar Rivas, Olga Fotinopoulou Basurko, Javier Gárate Castro y Yolanda Maneiro Vázquez sobre determinados puntos, oscuros para mi entendimiento.

ÍNDICE

1. LA CENICIENTA SE HA HECHO MAYOR
2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA
3. DEFINICIONES, MODO Y PLAZO DE LA ENTREGA DE LA INFORMACIÓN
4. LA INFORMACIÓN SOBRE LA RELACIÓN LABORAL
5. REQUISITOS MÍNIMOS RELACIONADOS CON LAS CONDICIONES DE TRABAJO
6. LA TUTELA DE LOS DERECHOS ESTABLECIDOS EN LA DIRECTIVA
7. DISPOSICIONES FINALES

1. LA CENICIENTA SE HA HECHO MAYOR

El 11 de julio de 2019 vio la luz en el Diario Oficial de la Unión Europea la Directiva (UE) 2019/1152, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. La nueva Directiva derogará el 1 de agosto de 2022 la Directiva 91/533/CEE, la cruelmente apodada *Directiva Cenicienta* por su escasa relevancia en el momento en que fue aprobada, coincidiendo con el final del Thatcherismo. De la actual situación del Reino Unido mejor no hablar, pero el hecho es que el Derecho social de la UE ha recorrido un largo camino desde aquella norma y ese crecimiento se percibe claramente al comparar las dos normas. El trayecto ha sido ciertamente irregular y su insuficiencia o su exceso son todavía objeto de debate. Pero la conclusión irrefutable es que no se pueden concebir los ordenamientos laborales de los Estados miembros sin tener en cuenta su influencia.

La Directiva de 2019 sustituirá, en efecto, a la anterior norma sobre derechos de información de los trabajadores. Recoge su esencia y la consolida, intentando ir más allá y buscar su encaje en un panorama laboral que nada tiene que ver con el de los primeros años 90. El voluminoso informe¹ sobre la revisión de la Directiva de 1991 había indicado la existencia de diversos problemas que ésta ya no era capaz de regular. Entre ellos, destacaban la ausencia de cobertura en algunos países para los trabajos de duración inferior a ocho horas semanales, la falta de claridad sobre la inclusión de determinadas categorías de trabajadores como los empleados domésticos o los trabajadores a llamada, la deficiente tutela de los derechos que concedía o lo ineficaz del plazo de dos meses para la provisión de información.

Existiendo voluntad política en la Comisión Juncker, en el contexto del Pilar Europeo de Derechos Sociales, se puso en marcha, de acuerdo con los Tratados, el proceso legislativo con la consulta previa a los agentes sociales que exige el artículo 154.2 TFUE. De acuerdo con el documento preparado al efecto, la nueva

¹ <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=18796&langId=en>

Directiva debería abordar dos desafíos principales²: asegurar que todos los trabajadores obtuvieran información adecuada sobre sus condiciones de trabajo en tiempo y forma; y conseguir una convergencia al alza en el acceso a un número importante de derechos por todos los trabajadores.

El primer reto se traducía, para la Comisión, en una cuestión de eficiencia. Podía sintetizarse en cuatro puntos: crecimiento del ámbito de aplicación de la futura Directiva, a través del establecimiento de una definición común de trabajador basada en la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia; extensión del “paquete de información”, con la inclusión de nuevas materias y la posibilidad de utilizar medios electrónicos; tutela y nuevas sanciones, para mejorar su aplicación; reducción del plazo de dos meses de notificación.

El segundo desafío se centraba en la definición de un suelo mínimo de derechos de los trabajadores. Los destinatarios de esta medida serían los nuevos trabajadores atípicos, ya no aquellos que dieron lugar a las Directivas de final de siglo, sino el nuevo *precariado*, el trabajo “casual”. Contarían ahí los trabajadores a llamada, los contratos de cero horas y el trabajo intermitente. En la definición de Eurofound manejada por la Comisión, “a type of work where the employment is not stable and continuous and the employer is not obliged to regularly provide the worker with work, but has the flexibility of calling them in on demand”. Por otra parte, sobre este mismo punto, el Parlamento Europeo³ había solicitado un enfoque más ambicioso, que incluyera todo tipo de becas, aprendizajes, plataformas digitales...

Con estos mimbres, la Comisión Europea planteó tres preguntas a los interlocutores sociales europeos. ¿Están correcta y suficientemente identificadas las materias y las posibles áreas de acción de la UE? ¿Debería la Comisión iniciar el procedimiento legislativo en una o varias de estas materias? ¿Debería iniciarse un diálogo de acuerdo con el artículo 155 TFUE en alguna de estas materias?

Un segundo documento de la Comisión⁴ reflejó el resultado de esta consulta de manera clara y terminante. La parte social apostaba claramente por la revisión de la Directiva y la creación del suelo mínimo. La inserción de una definición de trabajador era considerada como positiva, en líneas generales, si bien la Confederación Europea de Sindicatos proponía incluir a los trabajadores por cuenta propia en el ámbito de aplicación y ofrecía un catálogo de derechos más ambicioso que el insinuado por la Comisión. Las organizaciones sociales, finalmente, se mostraban favorables a iniciar un diálogo, que si no llegaba a producirse debía ser sustituido por una acción de la Comisión.

La parte empresarial, por el contrario, expresó mayoritariamente su negativa

² C(2017) 2611 final, de 26 de abril

³ Resolución de 19 de enero de 2017 sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales.

⁴ C(2017) 6121 final, de 21 de septiembre

ante lo consultado: ni definición, ni ámbito personal más amplio, ni información más extendida, ni reducción del plazo, ni cambios en las sanciones, ni suelo de derechos. La única aparente división de opiniones se dio en la conveniencia del diálogo, con las patronales transversales mostrándose receptivas y las sectoriales negándose en bloque. Consecuencia de ello, las organizaciones empresariales rechazaron la apertura de un diálogo.

A la vista de estas respuestas, la Comisión decidió iniciar por sí misma el proceso legislativo, ofreciendo una última oportunidad a los interlocutores sociales para llevar a cabo por sí mismos la regulación, que fue rechazada. Desde que la propuesta de Directiva fue presentada el 21 de diciembre de 2017⁵ han transcurrido menos de dos años. Este breve plazo, para los estándares de la UE, refleja el interés político en consumir su tramitación. Esta no ha sido fácil, especialmente en el Consejo, donde fue objeto de numerosas reuniones, ya fuera de la propia formación o de sus órganos preparatorios⁶, con diferentes grados de intensidad. Entre los textos más importantes destaca la Orientación general de 14 de junio de 2018⁷, que recogía los trabajos durante la Presidencia búlgara del Consejo. El resto del trabajo del Consejo transcurre a puerta cerrada y es difícil rastrear materiales que reflejen lo que sucede durante su tramitación, haciendo bueno el aforismo de Bismarck sobre las leyes y las salchichas. Quede constancia de que en la votación final en el Consejo se pronunciaron a favor 25 Estados miembros, que representan al 79,95% de la población, y se abstuvieron 3, que representan el 20,05% (entre ellos Alemania⁸).

Por su parte, el Comité Económico y Social Europeo no tardó en emitir su propio dictamen⁹. En un tono de general satisfacción, el punto más discutido fue el ámbito de aplicación personal de la norma. Dentro del *iter* legislativo, ha de hacerse mención del dictamen del Comité Europeo de las Regiones¹⁰. Fue un

⁵ COM/2017/0797 final

⁶ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/HIS/?uri=CELEX%3A52017PC0797#>

⁷ ST 10054 2018 INIT

⁸ Alemania emitió una extensa declaración, con el apoyo de Hungría, en la que hizo constar que “la referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva remite a la jurisprudencia en relación con la garantía de la eficacia de las Directivas. Según dicha jurisprudencia, son en primer lugar los Estados miembros los responsables de definir las relaciones laborales cuando la Directiva en cuestión remite a la legislación nacional. Esta discrecionalidad queda limitada por el hecho de que no se permite a los Estados miembros exentar arbitrariamente determinadas categorías de personal. Esta cuestión la revisa el Tribunal de Justicia en cada caso particular en función de la finalidad de la Directiva de que se trate. La referencia del artículo 1, apartado 2, de la Directiva no implica que el concepto de relación laboral deba interpretarse de manera uniforme en toda la Unión. De otro modo, la referencia a la legislación nacional carecería de sentido. Ello se deduce también del hecho de haberse suprimido del correspondiente considerando la referencia relativa a la aplicación uniforme”.

⁹ Con fecha de 23 de mayo de 2018, DOUE C 283, de 10 de agosto de 2018

¹⁰ De 5 de julio de 2018, DOUE C 387, de 25 de octubre de 2018

documento extenso y ambicioso, puesto que además de las acostumbradas recomendaciones de enmienda específicas, incluía un apartado final, que quedó en un mero brindis al sol, donde incitaba a la Comisión a llegar más allá en su programa legislativo.

El Parlamento Europeo, por su parte, aprobó su Posición en primera lectura¹¹. Previamente, había elaborado un extenso informe¹², en el que fue ponente el español Enrique Calvet Chambon, donde se pueden ver las enmiendas reales que propuso este órgano¹³. Muchas de ellas no tuvieron el más mínimo recorrido, a pesar de su interés, por lo que en este trabajo solo se han recogido las que implicaron una modificación efectiva de la propuesta y las omitidas que hubieran podido tener consecuencias más relevantes¹⁴.

La nueva Directiva tiene como base jurídica el artículo 153.2.b TFUE en relación con el 153.1.b TFUE. La traducción de esta marxiana afirmación es que se trata de una directiva sobre disposiciones mínimas, tramitada a través del procedimiento legislativo ordinario, sobre condiciones de trabajo. La plasmación de la base jurídica debe ser objeto de elogio, ya que respeta las largamente ignoradas indicaciones del Tribunal de Justicia sobre la necesidad de identificar con precisión absoluta qué artículo del Derecho originario sostiene cada actuación del Derecho derivado. Recuérdese, por otra parte, que el procedimiento legislativo ordinario, heredero de la ya arcaica codecisión, pone en pie de igualdad al Consejo y al Parlamento Europeo, haciendo necesario el acuerdo entre ambos para promulgar la norma.

La comparación con la base jurídica que dio lugar a la Directiva de 1991 pone de manifiesto la poderosa evolución que ha experimentado el Derecho social de la Unión Europea. Entonces fue necesario recurrir al artículo 100 TCEE, que por unanimidad permitía al Consejo en solitario adoptar disposiciones que afectaran al funcionamiento del Mercado Interior. El paso de una base jurídica general a una específica, el paso de la consulta al procedimiento legislativo ordinario, el paso de la unanimidad a la mayoría reforzada son episodios discretos de un camino que habla de la consolidación de un acervo en los Tratados que solo requiere de voluntad política para ser puesto en práctica.

¹¹ [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1558706680446&uri=EP:P8_TA\(2019\)0379](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1558706680446&uri=EP:P8_TA(2019)0379)

¹² [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1558706680446&uri=EP:P8_A\(2018\)0355](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1558706680446&uri=EP:P8_A(2018)0355)

¹³ Recuérdese que, en una síntesis un tanto burda de la práctica real, la aprobación de un texto en primera lectura en el Parlamento Europeo requiere dos votaciones en el Pleno: un primer voto para que el Pleno apruebe la opinión del Parlamento y autorice al ponente a entrar en negociaciones con el Consejo; un segundo voto para que el Pleno ratifique lo pactado con el Consejo.

¹⁴ Tampoco se han recogido, por motivos de espacio, las propuestas de enmienda específicas, interesantes y numerosas, que la Comisión de Asuntos Jurídicos y la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género trasladaron a la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales.

Frente a las enternecedoras cuatro páginas de Diario Oficial de su antecesora, la nueva Directiva ocupa nada menos que dieciséis. El crecimiento desmesurado de los considerandos, una tendencia un tanto farragosa, lleva a situaciones como ésta, donde casi la mitad de la publicación oficial son los considerandos previos¹⁵, que en esta ocasión son casi una paráfrasis en palabras sencillas del texto de la Directiva. Consta de veintiséis artículos, divididos en cinco capítulos¹⁶.

La transposición al ordenamiento español va a requerir una modificación, en algunos casos nimia, en otros profunda, de diversos preceptos del Estatuto de los Trabajadores, y de varios Reales Decretos, principalmente, si no se opta por la elaboración de una nueva norma autónoma¹⁷. Si finalmente se constituye el Grupo de Expertas y Expertos creado por la Disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 8/2019 para preparar un nuevo Estatuto de los Trabajadores, es el momento perfecto para llevar a cabo esta operación con la diligencia requerida.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA

La proclamación de la finalidad de la norma ha atravesado casi incólume el proceso legislativo (artículo 1.1). Es buena muestra de los equilibrios a los que se ve obligado el Derecho de la UE, al afirmar que busca promover un empleo que ofrezca transparencia¹⁸ y previsibilidad, al mismo tiempo que garantiza la capacidad de adaptación del mercado laboral¹⁹.

¹⁵ Algunos de ellos contienen inexactitudes, como el número 16: “Si el trabajador no tiene un lugar de trabajo fijo o principal, debe recibir información sobre las disposiciones existentes, en su caso, para viajar entre los lugares de trabajo”. El artículo 4.2.c señala como materia objeto de información “a falta de lugar de trabajo fijo o principal, el principio de que el trabajador está empleado en diferentes lugares o puede determinar libremente su lugar de trabajo, así como la sede o, en su caso, el domicilio del empleador”.

¹⁶ Hay un problema de numeración en la versión española, al que se hará referencia más adelante.

¹⁷ Apuntaban García Murcia, J. y Martínez Moreno, C., *Los derechos de información en el contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p.29, los problemas de la transposición por Real Decreto de la Directiva de 1991: “Por insuficiencia de rango – rango reglamentario, conviene recordarlo – el RDI necesariamente ha tenido que dejar en el camino algunas cuestiones importantes. El hecho de que la transposición efectiva de la DDI haya sido abordada básicamente a través de un reglamento ha sido la causa, probablemente, de que, incumpliendo los mandatos de esa norma comunitaria, nuestro ordenamiento siga sin prever una vía judicial específica para atender posibles reclamaciones en esta materia”.

¹⁸ Término que sustituyó a “seguridad” por enmienda del Parlamento Europeo. Resulta asombroso que la finalidad de la Directiva no coincidiera con su propio título.

¹⁹ Escépticos, Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A., “La propuesta de directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsibles como desarrollo “normativo” del pilar europeo de los derechos sociales”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 211/2018: “Sin embargo, por lo que se verá después, se pretende por las instituciones de la UE ir redefiniendo los parámetros delimitadores de aquel concepto, con la idea de adoptar una estrategia de concertación renovada. Con ello, se busca ensalzar la política adoptada por algunos países con mayor rendimiento económico que en los últimos años han incluido las políticas sociales como parte de sus políticas de crecimiento, de manera que el axioma a seguir es que los resultados económicos y sociales sean dos caras de la misma moneda.

En contraste, la redacción definitiva de la Directiva pone de manifiesto las tensiones entre la vocación europeísta de la propuesta de la Comisión y las voluntades nacionales, representadas en el Consejo, de mantener el control sobre sus ordenamientos laborales. Un primer botón de muestra se encuentra en el segundo apartado del artículo 1. La afirmación inicial de que la norma afectaba a todos los trabajadores de la Unión ha visto incorporada una coetilla que reza así: “que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral conforme a lo definido por la legislación, los convenios colectivos o la práctica vigentes en cada Estado miembro, tomando en consideración la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”. Recordando las inmortales palabras de Humpty-Dumpty, lo importante es saber quien manda. Y en este artículo mandan los Estados, como se recalcará al analizar la devastación que se ha producido en el artículo 2²⁰. La discusión sobre si la norma se extendería a los trabajadores autónomos y si sería el amparo en el que buscarían refugio los empleados de plataformas, cualquiera que fuera su calificación, queda así zanjada.

¿Qué sucede con los empleados públicos? La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre determinadas Directivas, de sobra conocida, ha establecido en numerosas ocasiones que lo dispuesto en las normas europeas afecta tanto al empleo público como al privado²¹. Recuérdese que el caso *Lawrie-Blum*²², sobre el que el Tribunal empezó a construir su noción de trabajador que habría debido cristalizar en esta Directiva, trataba sobre empleo público, al fin y al cabo. No parece descabellado sostener que los empleados públicos también pueden gozar en España de estos derechos. El hecho de que las excepciones que se comentarán posteriormente en el artículo 1.6 permitan excluir de determinados derechos a determinados empleados públicos implica, *sensu contrario*, que los restantes derechos y los restantes empleados públicos están incluidos en el ámbito de aplicación²³.

Por paradójico que pueda parecer, se abre a los Estados la posibilidad de excluir de su transposición a los trabajadores con menor dedicación temporal²⁴ (artículo 1.3). No cuenta el hecho de que el informe sobre la anterior Directiva señalara esta

²⁰ El Informe del Parlamento Europeo propuso una enmienda de dimensiones considerables donde se reforzaba la definición europea. No tuvo éxito.

²¹ Ampliamente, Fuentetaja Pastor, J.A., *Función pública y Derecho europeo*, Civitas, Madrid, 2018.

²² ECLI:EU:C:1986:284: “Un profesor en periodo de prácticas que realice, bajo la dirección y la vigilancia de las autoridades escolares públicas, un servicio preparatorio de formación para la profesión docente, durante el cual desarrolle actividades impartiendo clases y reciba una remuneración, debe considerarse trabajador en el sentido del artículo 48, apartado 1, del Tratado CEE, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo”.

²³ Sobre la anterior transposición ya apuntaban García Murcia, J. y Martínez Moreno, C., *Los derechos...*, op.cit., p.48, que “a falta de una indicación en sentido contrario, hay que concluir que el RDI se aplica tanto al sector privado como al sector público, incluyendo en este, no solo a las empresas públicas, sino también al trabajo de régimen laboral prestado para las distintas Administraciones públicas”.

²⁴ El Parlamento propuso, sin éxito, la supresión de este apartado.

vulnerabilidad, consecuencia de las exclusiones que contenía. La propia propuesta de la Comisión abrió el camino para una limitación a quienes trabajaran menos de ocho horas en un mes. Dicha exclusión ha acabado afectando a quienes tengan un “tiempo de trabajo predeterminado y real (...) igual o inferior a una media de tres horas semanales en un período de referencia de cuatro semanas consecutivas”²⁵.

En el caso de las relaciones laborales en las que no se haya predeterminado una cantidad de trabajo remunerado garantizada, esta exclusión queda prohibida por la Directiva²⁶. Los denominados “contratos de cero horas” han de permanecer, por fuerza, dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, allí donde existan, sometidos a control²⁷.

Con esta facultad aparecen en el horizonte posibles divergencias en la transposición. Resultará muy interesante comprobar cuántos de los Estados miembros hacen uso de ella, incluyendo naturalmente en la observación a España. En todo caso, la exclusión de las relaciones de menos de cuatro semanas presente en el artículo 8.5 del Estatuto de los Trabajadores ha perdido su sustento con la nueva Directiva y debe ser suprimida o modificada conforme al nuevo patrón.

Existe también una nueva y original posibilidad: “determinar qué personas deben considerarse responsables de la ejecución de las obligaciones que establece la presente Directiva para los empleadores, siempre que todas estas obligaciones se cumplan”, designando incluso a personas que no son parte de la relación laboral (artículo 1.5). Se abre así el camino a una extraña externalización de los deberes de información, que puede tener sentido en algunas de las materias que se expondrán posteriormente. Si esta posibilidad se incorpora, la mención al empresario del artículo 8.5 del Estatuto de los Trabajadores deberá ser completada.

Fruto de las enmiendas propuestas por el Parlamento Europeo y de las objeciones del Consejo, se incorporó un nuevo apartado que incorpora excepciones adicionales, en este caso referidas no a todo el ámbito de la Directiva, sino a la posibilidad de excluir las disposiciones sobre requisitos mínimos relacionados con las condiciones de trabajo (artículo 1.6). Así, podrán ver mermadas sus garantías “por razones objetivas” los funcionarios públicos, los servicios públicos de urgencia, las fuerzas armadas, las autoridades policiales, los jueces, fiscales, investigadores u otras fuerzas o cuerpos de seguridad.

²⁵ La Presidencia búlgara propuso aumentar el número de horas trabajadas a una media de cinco horas a la semana en un período de referencia de cuatro semanas.

²⁶ Según el Comité de las Regiones, esta indicación “reconocería explícitamente que pueden ser posibles y admisibles los contratos laborales sin un número de horas garantizadas de trabajo remunerado (los denominados contratos de cero horas)”.

²⁷ Sobre esta figura, E. Rodríguez Rodríguez, “La transcendencia de la disponibilidad horaria del trabajador en el contexto de las plataformas digitales”, *Temas Laborales*, 146/2019. En p.156 “se comparte la postura del Parlamento Europeo que advierte de las dudas que le plantea sobre si es ajustada a derecho y al carácter protector de las normas laborales, por lo que la descarta como una posibilidad válida”.

La amplitud del elenco obliga a una transposición detenida y minuciosa. El hecho de que el texto de la Directiva establezca “podrán decidir no aplicar” obliga a una exclusión expresa. Esta puede hacerse con carácter general, a través por ejemplo de una Disposición Adicional de la norma de transposición efectiva, o bien puede llevarse a cabo una exclusión selectiva, introduciendo, hipotéticamente, en el Estatuto Básico del Empleado Público las pertinentes modificaciones que no puedan ser rechazadas por razones objetivas y en los textos específicos las disposiciones oportunas.

La propuesta ya incluía la nefastamente redactada posibilidad de exclusión nacional de las disposiciones sobre transiciones a otro tipo de empleo, formación obligatoria y resolución de litigios para las “personas pertenecientes a un hogar”²⁸. En el texto inicial, “en el que se llevan a cabo tareas domésticas”; en la redacción final, “que actúan como empleadoras en el caso de que el trabajo se lleve a cabo en dicho hogar”²⁹ (artículo 1.7). El capítulo IV del Real Decreto 1620/2011 parece el lugar apropiado si se opta por incluir estos derechos; una nueva Disposición adicional cuarta en este sentido podría ser el lugar óptimo para la exclusión.

Esta excepción, en todo caso, no expulsa al personal al servicio del hogar familiar de los deberes generales de información, como hace hasta ahora el artículo 1.2 del Real Decreto 1659/1998. La dirección es exactamente la contraria, en línea con los deberes de información contenidos en el artículo 7 del Convenio 189 de la OIT³⁰, no ratificado por la inmensa mayoría de los Estados miembros. Procede por lo tanto derogar esta regla e igual camino debe seguir el artículo 5.4 del Real Decreto 1620/2011.

La última exclusión es relativa a la gente de mar y a los pescadores (artículo 1.8). En este caso, no se trata de una posibilidad, sino de una serie de excepciones imperativas que dejan en vigor únicamente el capítulo II, notablemente depurado de obligaciones en atención al tipo de trabajo que se desempeña en el mar³¹. Hay que señalar que la propuesta decía “marineros”, mientras que el texto final recoge la traducción técnica correcta del inglés “seafarers”. Este apartado es contrario

²⁸ El Comité Económico y Social Europeo se manifestó vigorosamente contra esta posibilidad de exclusión, planteando una interesante posible antinomia entre el Derecho de la UE y los convenios de la OIT: “Esta diferencia de trato es injusta y, de hecho, está prohibida habida cuenta de que varios países de la UE ya han ratificado —y, por tanto, están obligados a cumplir— el Convenio n.º 189 de la OIT sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos”. El Comité Europeo de las Regiones compartía esta opinión, insistiendo en la desafortunada redacción de la propuesta: “En la excepción establecida por el apartado 6 no queda claro si se limita a miembros de la familia o si incluye a «trabajadores domésticos». «Personas físicas pertenecientes a un hogar» son miembros de la familia. Estas personas normalmente no realizan «tareas domésticas» en el sentido de trabajo remunerado, y solo el trabajo remunerado puede ser objeto de la presente Directiva”.

²⁹ El origen de la redacción definitiva procede de las enmiendas del Parlamento Europeo.

³⁰ Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011.

³¹ La propuesta inicial de la Comisión era más amplia, lo que provocó la alegría del Comité Económico y Social Europeo. El Consejo fue el encargado de reducir la propuesta.

a la intención de extender las garantías laborales a este tipo de trabajadores³² y revela una clara incoherencia en el obrar del Consejo. En todo caso, ante la ausencia de una normativa laboral específica para la gente de mar y los pescadores³³, parece que la transposición de estas excepciones deberá llevarse a cabo en el Real Decreto 1659/1998.

Como se puede comprobar, ninguna de estas exclusiones hace referencia a las contenidas en el Real Decreto 1659/1998, la relación laboral especial de los penados en las instituciones penitenciarias y de la de los menores internos³⁴. Por qué ningún Gobierno levantó objeciones a la desaparición de la flexible cláusula de exclusión de la anterior Directiva (“relación laboral (...) de carácter ocasional y/o especial, a condición, en los casos en que existan razones objetivas que justifiquen la no aplicación”) durante la tramitación es un misterio, que en todo caso no deja de hacer necesaria la derogación de esa limitación en nuestro Derecho.

El ámbito subjetivo de la Directiva, en definitiva, ofrece a los Estados miembros una transposición a la carta.

3. DEFINICIONES, MODO Y PLAZO DE ENTREGA DE LA INFORMACIÓN

El gran fracaso de esta Directiva ha sido no conseguir establecer una definición europea general de trabajador y empleador, como se proponía inicialmente, y arruinar con ello las expectativas que se habían creado sobre una regulación europea que podía afectar al trabajo en plataformas. En lugar de ello, su ámbito de aplicación se basa en la definición nacional en cada país de un contrato de trabajo o una relación laboral³⁵, lo que implica devolver el debate a la casilla de salida.

En efecto, la propuesta de la Comisión incluía las siguientes caracterizaciones: “trabajador, una persona física que durante un período de tiempo determinado realiza servicios para otra persona, y bajo su dirección, a cambio de una

³² Por ejemplo, a través de la Directiva (UE) 2015/1794, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 2015, por la que se modifican las Directivas 2008/94/CE, 2009/38/CE y 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 98/59/CE y 2001/23/CE del Consejo, en lo que se refiere a la gente de mar.

³³ Sobre esta situación, véase Carril Vázquez, X.M. y Fotinopoulou Basurko, O., “Una renovación pendiente, al menos en lo que afecta al derecho del trabajo aplicable en las actividades marítimo-pesqueras” en AA.VV., *El derecho marítimo de los nuevos tiempos* (J.L. García-Pita y Lastres, M-R. Quintáns Eiras, A. Díaz de la Rosa, dirs.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 53-67.

³⁴ Sobre estas exclusiones, García Murcia, J. y Martínez Moreno, C., *Los derechos...*, op.cit., p.44 y ss.

³⁵ El Comité Europeo de las Regiones se había pronunciado a favor de la caracterización nacional. El Parlamento Europeo había propuesto esta enmienda, que no llegó a cuajar: “La determinación de la existencia de una relación laboral se guiará por los hechos relativos a la ejecución real del trabajo no por el modo en que las partes describen la relación”.

remuneración; empleador: una o varias personas físicas o jurídicas, que son, directa o indirectamente, parte en una relación laboral con un trabajador³⁶. Nada de ellas ha quedado³⁷, en las enmiendas del Parlamento Europeo ya se proponía su desaparición, y comentarlas es llorar por la leche derramada. Una codificaba lo que el Tribunal de Justicia lleva años diciendo; la otra era revolucionaria en un mundo de descentralización productiva³⁸. Con ellas, se fue la definición de “relación laboral”.

Tras esta depuración quedan únicamente las nociones de “calendario de trabajo”, “horas y días de referencia” y “patrón de trabajo”, ésta última incorporada durante la tramitación a propuesta de la Presidencia búlgara. El calendario determina las horas y los días en los que empieza y finaliza la relación de trabajo y no debería ser interpretado como algo que va más allá de lo recogido en el artículo 34.5 del Estatuto de los Trabajadores, en principio.

La segunda definición se traduce en los tramos horarios específicos durante los cuales puede tener lugar el trabajo previa solicitud del empresario. Esta es una noción, a primera vista, no presente en el Estatuto de los Trabajadores con carácter general, por lo que deberá incorporarse, presumiblemente en el artículo 34. Podrá hacerlo, en ese caso, de una manera estricta, configurando de antemano un horario rígido, o de una manera más flexible, que permita acomodar variaciones. Quizás el artículo 35 deba ser ajustado también para pasar a definir las horas extraordinarias como aquellas que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo y fuera del horario de referencia fijado.

En tercer lugar, el inexistente en Derecho español patrón de trabajo, creado por el Consejo, se refiere a “la forma de organización del tiempo de trabajo y su distribución con arreglo a un determinado patrón determinado por el empleador”, en una execrable redacción que deberá encontrar acomodo en el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores y, en línea con lo apuntado antes, también en el artículo 35.

Cabe preguntarse en qué medida estas dos definiciones van a influir también

³⁶ Imprescindible, Martínez Moreno, C., “El concepto de trabajador”, en AA. VV., *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, 2ª edición, Francis Lefebvre, Madrid, 2019.

³⁷ La batalla política queda ejemplificada en este discreto párrafo de la Orientación general del Consejo: “En el Coreper del 6 de junio, varias Delegaciones manifestaron su preferencia por no incluir definiciones en la Directiva. La Presidencia propuso suprimir las definiciones de trabajador, empleador y relación laboral y mantener la referencia a la jurisprudencia del TJCE en un considerando. En el Coreper del 13 de junio, dado que las Delegaciones mostraban discrepancias sobre el asunto, la Presidencia decidió remitirlo al Consejo”.

³⁸ Sobre la noción de empleador opinó el Comité Económico y Social Europeo: “el criterio según el cual trabajador actúa bajo la dirección de otra persona podría dificultar la inclusión de los trabajadores de las plataformas en línea. Por lo tanto, debería especificarse en los considerandos que los algoritmos pueden ser vinculantes para los trabajadores del mismo modo que lo son las instrucciones orales o escritas. Los auténticos trabajadores por cuenta propia que recurren a plataformas en línea deberían quedar excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva”.

en la actual redacción del artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores. En concreto, la actual flexible regulación del pacto de horas complementarias parece casar mal con la previsibilidad que exige la nueva Directiva. No es descartable que en la transposición se introduzca la necesidad de fijar de antemano el marco temporal en el que podrá exigirse la realización de ese trabajo. En este caso, la regulación tendrá que impedir los abusos que podrían derivarse de marcos excesivamente amplios (“cualquier día de la semana”, v.g.) que desnaturalizarían el contenido de la Directiva.

El artículo 3, por último, se ha creado durante la tramitación, a propuesta del Parlamento Europeo, a partir de fragmentos de otros preceptos, fusionados aquí con carácter general. Recoge uno de los contenidos centrales de la Directiva, la obligación de la entrega de la información por escrito o, en función de los tiempos actuales, en formato electrónico accesible, almacenable e imprimible, quedando constancia de la transmisión. El paso de 1991 a 2019 se ve en esos elementos tecnológicos, que siguen demandando una impresora, no obstante, y que obligarán a introducir un matiz en el artículo 8.5 del Estatuto de los Trabajadores y en los artículos 2 y 5 del Real Decreto 1659/1998. La Directiva no aclara quién decidirá el formato de la entrega, así que puede presumirse fácilmente que, salvo que la transposición precise este aspecto, queda en manos del empleador la elección³⁹.

Una importante novedad es el cambio en los tiempos de entrega, que se aceleran enormemente (artículo 5). Lo que antes debía entregarse en un mes, los elementos principalísimos de información (que se mantienen intactos y a los que se añaden la fecha de terminación del contrato y el periodo de prueba, mutando la duración de la jornada en una mención al patrón de trabajo), pasa ahora a entregarse en una semana natural a más tardar, fruto de la imposición del Consejo⁴⁰, a quien la propuesta inicial de la Comisión de entrega el primer día de trabajo no convenció⁴¹. El resto de la información, que podía demorarse hasta dos meses, pasa a ahora a estar sometida a un plazo de un mes, de nuevo por imposición del Consejo⁴². Esta reducción del plazo fue una de las propuestas centrales de la

³⁹ El Comité Económico y Social Europeo recomendó “que los empleadores y los trabajadores tengan la posibilidad de acordar el método de transmisión del documento y que, en cualquier caso, la notificación no se considere efectiva hasta que el trabajador haya acusado recibo”. En la misma línea, el Comité Europeo de las Regiones: “todo trabajador ha de tener derecho a elegir entre una versión en papel y otra electrónica. Este ámbito no debe ser ajeno a los esfuerzos por lograr un entorno sin papel”.

⁴⁰ “Varias Delegaciones apoyaron la propuesta de la Comisión, aunque otro grupo prefirió contar con un plazo más amplio de hasta dos meses, como sucede actualmente. La Presidencia [búlgara] propuso una fórmula en dos fases: un primer plazo de una semana natural, para la información más esencial, y un segundo plazo de un mes para el resto de la información. Esta solución contó con la aprobación de una mayoría de las Delegaciones”.

⁴¹ Permanece no obstante como inicio del plazo para la entrega. De acuerdo con el Considerando 23, “debe entenderse por primer día de trabajo aquel en el que el trabajador comienza a realizar el trabajo en el marco de la relación laboral”.

⁴² El Parlamento Europeo había propuesto un plazo máximo de una semana para esta segunda

Comisión y ha sobrevivido a toda la tramitación, con las necesarias cesiones para garantizar su viabilidad⁴³. El artículo 6 del Real Decreto 1659/1998 es el que ha de ser objeto de la pertinente adaptación.

En cuanto a los medios de transmisión, se nota el paso del tiempo en el abandono de las referencias al contrato de trabajo escrito y a la carta de contratación, y su sustitución por plantillas y modelos que se cuelgan de una web única oficial, dentro de la línea de reducción de cargas que la Comisión proclama como uno de sus objetivos. En la misma línea, la referencia a los medios electrónicos y los portales en línea es muy abundante en toda la Directiva⁴⁴.

Se ha de garantizar “la información relativa a las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas o estatutarias o a los convenios colectivos de aplicación universal que regulen el marco jurídico aplicable que deben comunicar los empleadores esté disponible de forma generalizada, gratuita, clara, transparente, exhaustiva y fácilmente accesible a distancia y por medios electrónicos, incluido a través de los portales en línea existentes” (artículo 5.3). Aquí se puede esconder una tarea propia de titanes o bien solucionarse de forma tan sencilla como una remisión a la Guía Laboral del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social⁴⁵. Se trata aquí de actuar antes que de legislar.

A nadie se le escapa que la referencia a los convenios colectivos de aplicación universal es el *quid* de la cuestión, habida cuenta de que la calificación de “universal” solo aparece en otro lugar de la Directiva, el artículo 5, a propósito de los contenidos de la web única nacional. En la propuesta de la Comisión no figuraba tal adjetivo y surgió en el informe del Parlamento Europeo, en la enmienda 82. Y surgió porque el traductor español ha seguido la versión inglesa, que recoge dicho adjetivo, mientras que, sin ánimo de exhaustividad, las versiones francesa,

entrega, sin éxito. Tampoco tuvo éxito la enmienda que defendía la inclusión del siguiente texto: “El plazo establecido (...) no superará la duración del contrato”.

⁴³ Sobre este plazo, el Comité Económico y Social Europeo consideró necesaria “una breve ampliación de los plazos para facilitar información cuando se trate de las microempresas y de las pequeñas empresas. El CESE también reconoce que prever un paquete de información ampliado para las empresas, en especial las microempresas y las pequeñas empresas, podría resultarles gravoso. Por consiguiente, el CESE considera que se debería prestarse ayuda y asistencia a las personas físicas, a las microempresas y a las pequeñas empresas para ayudarles a cumplir sus obligaciones derivadas de la Directiva”. No tuvo mucho éxito.

⁴⁴ Nótese el escepticismo al respecto del Comité Económico y Social Europeo: “no cumple adecuadamente el requisito de facilitar información. Ello se debe a que esta referencia presupone que cada Estado miembro ha cumplido plenamente las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva relativa a la garantía de cumplimiento y que los trabajadores desplazados pueden comprender la información a la vez en cuanto al fondo y la lengua. Habida cuenta de que muchos países, entre ellos Alemania, no cumplen satisfactoriamente las obligaciones derivadas del artículo 5 de la Directiva 2014/67/CE, pese a haber expirado el plazo para su transposición, esta referencia carece de cualquier utilidad si las páginas web se limitan a ofrecer información de carácter muy general y no la brindan en las lenguas pertinentes”. Escepticismo compartido, por otra parte, por el Comité Europeo de las Regiones.

⁴⁵ <http://www.mitramiss.gob.es/es/Guia/index.htm>

italiana, alemana y portuguesa recogen una mención a la eficacia general del convenio⁴⁶. Está claro, entonces, que la referencia es a los convenios de tal naturaleza en nuestro sistema, no a una interpretación limitada por ejemplo, a pactos transversales derivados de los artículos 83.2 y 83.3 del Estatuto de los Trabajadores.

4. LA INFORMACIÓN SOBRE LA RELACIÓN LABORAL

El capítulo II de la Directiva recoge el contenido esencial de la antigua Directiva de 1991. En buena medida, el actual artículo 4 recoge todas las materias que aparecían en el antiguo artículo 2, incorporando en la tramitación a instancias del Parlamento Europeo, el matiz “al menos”, que abre la puerta a transposiciones extensivas⁴⁷. No se insistirá aquí en los contenidos que no experimentan variaciones, remitiendo al lector al texto de la Directiva y al Real Decreto 1659/1998.

Se han producido algunos cambios terminológicos que, a primera vista, no afectan al contenido de la obligación. Las vacaciones pasan de ser “pagadas” a “remuneradas”, se ha de informar sobre su “cantidad” y no sobre su “duración”, la “retribución” se transforma – durante la tramitación – en “remuneración”.

Junto a estos nimios detalles es menester mencionar las diferencias que se aprecian entre el texto de 1991 y el de 2019, allí donde los cambios de redacción sí deberían arrastrar consecuencias. El artículo 2 del Real Decreto 1859/1998 será el destino de todos estos cambios.

En primer lugar, en el caso de las relaciones laborales de duración determinada (denominadas “temporales” en la propuesta, con el equívoco que en inglés ello puede implicar), se añade la posibilidad de informar sobre la fecha de finalización del contrato (artículo 4.2.e). Es un elemento, quizá, más preciso que la duración prevista existente hasta ahora, que perdura como segundo contenido posible.

En segundo lugar, la simple exigencia de información sobre los plazos de preaviso en caso de extinción de la relación laboral se transforma en una obligación más compleja. Todo el procedimiento, incluyendo los requisitos formales, deberá ser ahora comunicado (artículo 4.2.j). La precisión a propósito de los requisitos, por añadidura, fue introducida durante la tramitación.

En tercer lugar, a medio camino entre el ajuste terminológico y el cambio conceptual, se encuentra la información sobre la remuneración, más precisa, que

⁴⁶ Esta expresión ya había aparecido en la Directiva (UE) 2018/957, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. Gárate Castro, J., “La protección de los trabajadores en los desplazamientos temporales transnacionales”, en AA. VV., *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, 2ª edición, Francis Lefebvre, Madrid, 2019, p.630, las considera expresiones análogas.

⁴⁷ Una interesante enmienda del Parlamento Europeo que fue rechazada proponía añadir a la mención de la identidad de las partes “incluyendo, como mínimo, los nombres y apellidos completos, las direcciones y, en su caso, los representantes legales”. Nada impide al legislador español reaprovechar esta indicación en la transposición.

exige reflejar cualesquiera otros componentes de ésta (artículo 4.2.k). Fruto de la tramitación es la obligación explícita de que estos consten de forma separada⁴⁸. El resto del precepto permanece igual.

Algunas nuevas exigencias llegan de la mano de la Directiva⁴⁹, que puede que obliguen a introducir reformas en la legislación de los Estados miembros. En este importante tercer elemento de la clasificación se encuentra, en primer lugar, el caso de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a los que se deberá proporcionar la identidad de las empresas usuarias, si se conoce o tan pronto como se conozca (artículo 4.2.f). Esta obligación no aparecía recogida en la Directiva sobre empresas de trabajo temporal⁵⁰ y fue incorporada por obra de las enmiendas del Parlamento Europeo. Dado que los artículos 15 y 16 del Real Decreto 417/2015 ya recogen este deber, la única adaptación necesaria es la inclusión de los tiempos en que ha de ser entregada esta información.

En segundo lugar, hay que informar sobre la duración y las condiciones del periodo de prueba (artículo 4.2.g), lo cual va en consonancia con la introducción de esta materia dentro de la nueva Directiva, como se expondrá posteriormente. Esta novedad es de puro sentido común y dado que el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores ya exige que el periodo de prueba se plasme por escrito, únicamente será necesaria, nuevamente, la introducción en dicho precepto de un plazo temporal para su comunicación formal.

El tránsito de la propuesta al texto final ha dejado como resultado el deber de informar sobre “de haberlo, el derecho a formación proporcionada por el empleador” (artículo 4.2.h). El primer inciso vacía de contenido cualquier buena intención que tuviera la Comisión y procede del Parlamento Europeo. Esta novedad obliga, en todo caso, a reformar el contenido del Real Decreto 1659/1998 e incluir esta mención.

Merece ahora un tratamiento separado el “patrón de trabajo”, noción que se incorpora en esta norma como fruto de las discusiones en el Parlamento Europeo, y que refleja un trato diferenciado para los patrones previsibles y los imprevisibles. Los primeros se recogen en el artículo 4.2.i y la obligación consiste en el deber de comunicar “la duración de la jornada laboral ordinaria, diaria o semanal,

⁴⁸ El Parlamento Europeo había propuesto una redacción más detallada: “indicado por separado, como las primas, los pagos de horas extraordinarias, los pagos en especie y otros derechos”.

⁴⁹ El Parlamento Europeo propuso, sin éxito, incorporar nuevas materias objeto de información: “los datos de contacto de los representantes de los trabajadores y/o de los sindicatos”, “cuando sea responsabilidad del empleador, la prueba de registro en la institución de seguridad social a que se refiere la letra n)”, “Los Estados miembros deberán garantizar que se proporcione a los trabajadores en prácticas toda la información necesaria sobre su plan de formación y trabajo, en particular el horario y la duración de las prácticas, todas las remuneraciones y complementos salariales, cuando proceda, los derechos y deberes laborales, la indicación de su tutor y las competencias de este y los objetivos y métodos de evaluación y promoción”.

⁵⁰ Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal

del trabajador, así como cualquier acuerdo relativo a las horas extraordinarias y su remuneración y, en su caso, cualquier acuerdo sobre cambios de turno”. Un ligero ajuste del artículo 2 del Real Decreto 1659/1998 permitirá el respeto de lo impuesto por la Directiva.

Los patrones de trabajo imprevisibles (artículo 4.2.m) obligan a proporcionar una información más compleja: “el principio de que el calendario de trabajo es variable, la cantidad de horas pagadas garantizadas y la remuneración del trabajo realizado fuera de las horas garantizadas, las horas y los días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje, y el período mínimo de preaviso a que tiene derecho el trabajador antes del comienzo de la tarea y, en su caso, el plazo para la cancelación a que se refiere el artículo 10, apartado 3”. Esta información tiene especial importancia, puesto que condiciona la potestad del empleador de imponer la realización de este tipo de trabajos, como se verá posteriormente al analizar el artículo 10. Esta novedad en la Directiva obliga a crear una transposición específica dentro del Real Decreto 1659/1998.

La última novedad en este apartado, para terminar, es la obligación de informar sobre las instituciones de seguridad social que reciben las cotizaciones derivadas. En esta materia podría tener sentido la nueva remisión del apartado 5 del artículo 1, ya indicada, donde se hace posible que sea un tercero ajeno a la relación laboral el encargado de proporcionar esta información. Aprovechando las nuevas tecnologías, sería concebible que la Tesorería General de la Seguridad Social, al tramitar el alta de un trabajador, remitiera automáticamente un correo electrónico a éste, dentro de los plazos marcados por la Directiva, comunicándole sus funciones y los datos esenciales de su vinculación con la Seguridad Social. Este sistema permitiría cumplir con la obligación impuesta por la norma europea y a la vez facilitar al trabajador la verificación de que lo declarado a la Seguridad Social coincide con lo pactado con su empleador. Podría ser esta, incluso, una útil herramienta para hacer pedagogía sobre los costes de la protección social pública, más allá de los fríos porcentajes reflejados en el recibo de salarios.

La novedad más relevante en el caso de los trabajadores expatriados es que dejan de llamarse así, formalmente, y pasan a ser “enviados a otro Estado miembro o a un tercer país” (artículo 7). Los cambios entre la propuesta y el texto final son muy ligeros, añadiendo la precisión de que corresponde al empleador la entrega del documento o documentos, plural que surgió en el marco de la tramitación. Las materias sobre las que debe proporcionarse información son, sustancialmente, las mismas que aparecían en la anterior norma, con la novedad del “país o países en los que debe llevarse a cabo el trabajo”⁵¹, el matiz de que la duración ahora será la prevista y una redacción más alambicada originada en el Consejo, pero de aparentemente idéntica trascendencia, sobre la posible repatriación del trabajador

⁵¹ El Parlamento Europeo propuso añadir también “lugar o lugares”.

expatriado. La modificación del artículo 3 del Real Decreto 1659/1998 no debería implicar dificultades y su apartado tercero puede mantenerse sin colisionar con la Directiva.

Se añaden, además, exigencias para los trabajadores desplazados (artículo 7.2), en el sentido de la Directiva 96/71/CE, norma que no existía en el momento de aprobación de la primera Directiva, y que podrían encontrar acomodo en la Disposición adicional primera de la Ley 45/1999 o en una reordenación del artículo 7 del Real Decreto 1659/1998. Van en línea con las nuevas precisiones de la Directiva de aplicación⁵² y con la modificación de la Directiva original sobre desplazamientos de trabajadores⁵³, atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Las materias incluyen la remuneración a la que se tiene derecho en el Estado de acogida, los complementos específicos por desplazamiento y lo relativo a los reembolsos de gastos (materia que en la propuesta aparecía en el primer apartado del precepto) y el enlace al sitio web oficial único a escala nacional desarrollado por los Estados de acuerdo con la Directiva de aplicación.

La Directiva permite una cierta flexibilidad a propósito de la divisa en la que se realizará el pago para todos los trabajadores y la remuneración de los trabajadores desplazados en sentido técnico. La información sobre ambas puede ofrecerse por referencia a disposiciones legales, reglamentarias, administrativas, estatutarias o de convenios colectivos. Nada puede objetarse sobre la divisa, pero remitir a una mención general la más delicada de las materias, la remuneración, no parece digno de elogio⁵⁴. La excepción en la Directiva de 1991 no se refería a la remuneración sino a las ventajas en metálico y en especie ligadas a la expatriación, que se caen de la presente redacción.

El artículo 7 concluye con una curiosa formulación, ya que establece una excepción a la que los Estados pueden renunciar para hacer más amplia la entrega de información, al revés de lo que suele ser habitual en la técnica normativa europea. La exclusión en este caso apunta a los trabajadores enviados al extranjero

⁵² Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior.

⁵³ Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios,

⁵⁴ Nadie hizo caso de la perspicaz observación del Comité Europeo de las Regiones: “El cumplimiento de la obligación de información en forma de referencia a las normas aplicables no reúne los requisitos de una información suficiente para los trabajadores extranjeros si las normas no están disponibles en un lenguaje que puedan comprender. En particular, en relación con la remuneración prevista en el extranjero, los empleados extranjeros requieren una información directa y clara y no deben ser informados mediante una referencia a normas que no pueden comprender”. El Parlamento Europeo propuso añadir la coetilla final “siempre y cuando dichos convenios colectivos sean fácilmente accesibles para los trabajadores”.

o desplazados durante cuatro semanas consecutivas o menos⁵⁵. No es necesaria información específica en estos casos. La Directiva de 1991 preveía la exclusión de las salidas inferiores a un mes y no consideraba la posibilidad de *opting out*.

Esta indicación ha de ser objeto de las más severas críticas, en primer lugar, por hacer caso omiso del propio acervo comunitario en materia de Seguridad social sobre este tema, reflejado en la Decisión A2 de la Comisión Administrativa donde se hallan muy valiosas indicaciones. Abre la puerta a microenvíos sucesivos que burlarían la obligación de información, sin establecer siquiera el plazo mínimo que debe transcurrir entre ellos. Convendría que el legislador español renunciara a esta exclusión al llevar a cabo la transposición, para garantizar a los trabajadores desplazados desde España este derecho. No hay riesgo alguno de conflicto con la libertad de prestación de servicios, al tratarse de una posibilidad prevista por la propia Directiva.

Junto a la información *ab initio* sobre todas estas materias, el artículo 6 recoge la obligación empresarial de informar por escrito al trabajador sobre las posibles modificaciones de las condiciones de trabajo. El cambio más relevante frente a la anterior Directiva es el drástico recorte de plazos. Donde el texto de 1991 exigía un mes, la nueva norma fija como plazo máximo de comunicación el día en el que el cambio surta efecto. El artículo 6 del Real Decreto 1659/1998 deberá incorporar este plazo necesariamente.

5. REQUISITOS MÍNIMOS RELACIONADOS CON LAS CONDICIONES DE TRABAJO

El capítulo III de la Directiva recoge la parte más original de su contenido, la que en buena medida justifica esta renovación. Esta innovación puede explicar las considerables modificaciones que ha experimentado el texto desde la propuesta original de la Comisión hasta la versión finalmente publicada en el Diario Oficial⁵⁶. Es muy expresiva la justificación presentada por la Comisión a propósito del respeto del principio de subsidiariedad: “Los derechos materiales complementarios creados en el capítulo III están justificados a nivel de la UE en tanto que la acción llevada a cabo exclusivamente por los Estados miembros en respuesta a formas de empleo nuevas y no convencionales no tendría necesariamente el mismo nivel de

⁵⁵ El Comité Europeo de las Regiones propuso reducir el umbral a dos semanas.

⁵⁶ No cuajó la enmienda propuesta por el Parlamento Europeo, que habría incluido el siguiente artículo: “Los Estados miembros velarán por que se aplique el principio de igualdad de retribución y de condiciones a todos los trabajadores independientemente de su situación laboral. Los Estados miembros garantizarán la eliminación de la discriminación por lo que respecta a todos los aspectos y condiciones de la remuneración y las condiciones del empleo, sin que la situación laboral sea un factor relevante”. La cuestión teórica que planteaba el párrafo es fascinante, ya que habría una intervención legislativa en materia de salario, con todo lo que esto implica a propósito del artículo 153.5 TFUE.

protección en términos de transparencia y previsibilidad y podría incrementar las divergencias entre Estados miembros con potencial competitivo sobre la base de los estándares sociales. Las empresas, por tanto, seguirían compitiendo en desigualdad de condiciones, lo que obstaculizaría el funcionamiento del mercado interior”.

Todo el capítulo está sometido, en cualquier caso, a la posibilidad que ofrece el artículo 14 de que los agentes sociales, si los Estados así lo disponen, puedan establecer a través de convenios colectivos disposiciones distintas de las que a continuación se enunciarán. En el plano formal, resulta extraño que en la propuesta este artículo conformara por sí solo el capítulo IV de la Directiva, mientras que en el texto final aparece incorporado al capítulo III, que es seguido por el capítulo V. Se trata de una simple errata en la numeración de la versión española y el ajuste formal es correcto. Por otra parte, es llamativo que la posibilidad inicial de “concluir” convenios colectivos se haya transformado en la más barroca facultad de “mantener, negociar, celebrar y hacer cumplir”.

El interés del artículo 14, más allá de estos detalles, es la capacidad real de los agentes sociales de llevar a cabo derogaciones *in peius* de la legislación de transposición de la Directiva. La exigencia de la norma europea para abrir esta posibilidad es que se respete “la protección general de los trabajadores” (“las disposiciones generales de protección de los trabajadores”, en el texto original), una cláusula ciertamente abierta. La memoria de la Comisión se limita a insistir en que “el grado general de protección de los trabajadores no debe ser inferior al proporcionado en los artículos 7 a 11 en conjunto”. Con estos términos, un alargamiento del periodo de prueba sin contrapartida alguna, por ejemplo, deterioraría dicha valoración conjunta y lo haría inviable. En todo caso, parece que será opción del legislador español en la transposición establecer la potencia de la negociación colectiva⁵⁷.

Entrando ya en el contenido material de este capítulo, se introduce la primera medida europea sobre periodos de prueba (artículo 8), que de haber existido tiempo atrás habría hecho imposible el contrato de apoyo a los emprendedores y hubiera implicado una respuesta completamente diferente en el caso *Nisttahuz Poclava*⁵⁸. Con la transposición de la Directiva, los Estados velarán por que el periodo de prueba, tal y como se defina en cada legislación nacional, no supere los seis meses⁵⁹. Esta disposición procede directamente del principio 5, letra d),

⁵⁷ La enmienda propuesta por el Comité Europeo de las Regiones, “no queden por debajo de las normas mínimas estipuladas por la Directiva”, habría resuelto esta cuestión. En la misma línea, el Parlamento Europeo proponía añadir “siempre que se ajusten a los requisitos mínimos establecidos en la presente Directiva, o mantengan los convenios colectivos existentes, a condición de que estos respeten el nivel general de protección de los trabajadores”.

⁵⁸ ECLI:EU:C:2015:60. El Tribunal de Justicia no entró a analizar el polémico periodo de prueba de un año, puesto que el contrato no tenía naturaleza temporal y quedaba fuera del ámbito de la Directiva 1999/70/CE.

⁵⁹ Sobre esta duración, señala el Considerando 28: “La duración máxima general del periodo de prueba de entre tres y seis meses establecida por un número significativo de Estados miembros puede considerarse razonable”.

del Pilar europeo de derechos sociales: “Los períodos de prueba deben tener una duración razonable”.

Fruto de la tramitación es la referencia explícita a la definición nacional, si bien la propuesta no contenía ninguna definición europea. Sí que contenía una referencia a la duración máxima “incluidas las ampliaciones”, que ha desaparecido del texto final. Es dudosa la trascendencia real de esta modificación, si bien el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores precisa de una reforma que establezca la duración máxima sin ambages y elimine la potestad de flexibilidad que actualmente otorga a la negociación colectiva, salvo que se entienda que el artículo 14 de la Directiva lo permite.

A instancias del Parlamento Europeo, en los contratos de duración determinada el periodo de prueba deberá ser proporcional a la duración prevista del contrato y a la naturaleza del trabajo (artículo 8.2). La proporcionalidad es una indicación de gran interés, puesto que puede permitir poner coto a determinados abusos que se estaban produciendo en nuestro país, con amparo jurisprudencial. La transposición puede ser el momento de introducir un nuevo apartado en el artículo 14 del Estatuto que indique con claridad cuál es tal proporción áurea⁶⁰.

Las excepciones a lo indicado han mutado considerablemente desde la propuesta de la Comisión. En ella, los Estados podían establecer periodos de prueba más extensos cuando estuviera justificado por la naturaleza del empleo o fuera en interés del trabajador. La tramitación parlamentaria añadió “con carácter excepcional”, que deja claro que esta posibilidad ha de ser reducida⁶¹.

Por otra parte, hacer a los Estados, y no a la negociación colectiva, protagonistas de esta excepcionalidad obliga, a primera vista, a un proceso de reflexión de tales dimensiones que es poco probable que halle traducción legislativa, que sería más propia de una Ordenanza laboral. Ahora bien, teniendo en cuenta que es posible delegar en los agentes sociales la aplicación de la Directiva (artículo 21.5), podría ser concebible una cláusula general de delegación en la autonomía colectiva en el futuro artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores para esta hipotética ampliación a través de convenios colectivos de sector, en línea con lo dispuesto en el artículo 84.4 del propio Estatuto. En todo caso, la delegación no podría pasar por alto la naturaleza excepcional de la extensión, que se basaría en la naturaleza del empleo o en el interés del trabajador⁶².

⁶⁰ El Parlamento Europeo se atrevió a dar un porcentaje: “En el caso de contratos de duración determinada de menos de doce meses, el período de prueba no excederá del 25 % de la duración prevista del contrato. En caso de renovación de un contrato, la relación laboral no estará sujeta a un nuevo período de prueba. Los períodos de tiempo trabajados para la misma empresa, grupo o entidad contarán a efectos del período de prueba”.

⁶¹ Para el Comité Económico y Social Europeo, “podría ser el caso, por ejemplo, en la administración pública de determinados Estados miembros o para puestos que requieran cualificaciones excepcionales”.

⁶² Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A., “La propuesta...”, op.cit: “Se estaría aludiendo, en el primer caso, a determinados trabajos, como puestos directivos o de alta cualificación, y en

Por enmienda del Parlamento Europeo, además, se introdujo la posibilidad de extensión del periodo de prueba en caso de ausencia del trabajador. El Parlamento había querido limitar dicha ausencia a supuestos de enfermedad o permisos de larga duración, pero el texto final no incluye tales precisiones. La redacción de la enmienda era considerablemente más garantista para los trabajadores. El artículo 14.3 del Estatuto de los Trabajadores recoge ya, con holgura y suficiente fundamentación objetiva, esta indicación.

El artículo 9, titulado “Empleo paralelo”, busca limitar la capacidad de los empleadores de prohibir el pluriempleo. La obligación para el Estado de velar por ello ha mutado en garantizar, como resultado de la tramitación, que también ha traído consigo un nuevo límite, la prohibición de un trato desfavorable por este motivo.

La transformación del segundo apartado de este artículo es uno de los resultados más notables de la tramitación de la Directiva. Inicialmente, esta habilitaba a los empleadores para establecer incompatibilidades por motivos legítimos tales como la protección del secreto empresarial o la prevención de conflictos de interés⁶³. El texto final, impulsado por el Parlamento Europeo, habilita a los Estados para fijar, sin obligación de ello, las condiciones para que se establezcan tales restricciones por parte de los empleadores⁶⁴. Deberán existir para ello causas objetivas, como la salud y la seguridad, la protección de la confidencialidad empresarial, la integridad del servicio público o la prevención de conflictos de intereses.

Este precepto obliga a una reflexión sobre el artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores y el pacto de dedicación exclusiva. La confidencialidad y los conflictos amparan la prohibición de trabajar cuando se produzca concurrencia desleal, sin necesidad de forzar la interpretación. ¿Es el pago de una compensación económica una causa objetiva, como sucede en el pacto de plena dedicación? Resulta difícil defenderlo, pero también es difícil creer que el legislador europeo tuviera en mente suprimir una institución como esta, presente en numerosos Derechos nacionales. Por su parte, la integridad del servicio público parece dar soporte suficiente a las numerosas incompatibilidades que afectan al empleo público en España.

Los artículos 10 y 11, por su parte, recogen los contenidos más contemporáneos de la norma, al referirse a las actividades donde el patrón de trabajo es total o mayoritariamente imprevisible y los contratos a demanda. Por su contenido,

el segundo, a situaciones de enfermedad de larga duración o, entre otras, a la aplicación de medidas específicas de fomento del empleo permanente, especialmente para los trabajadores jóvenes”.

⁶³ La opinión del Comité Europeo de las Regiones puede haber tenido algo que ver: “La ponderación del conflicto de intereses entre las partes del contrato laboral (como la libertad profesional del trabajador y los intereses empresariales del empleador) es competencia de los legisladores y tribunales de los Estados miembros, no de los propios empleadores”.

⁶⁴ El Comité Económico y Social recomendó “que se aclare que no incumbe al empresario controlar el tiempo de trabajo dedicado a la otra relación laboral”.

parecen querer limitar las facultades del empleador de flexibilizar al máximo su plantilla, pero a la vez están ofreciendo el patrón mínimo para la implantación de este tipo de contratos en los Estados donde no existan.

El artículo 10 ha experimentado una mutación muy profunda, en gran medida por las enmiendas del Parlamento Europeo, pero también por una acción considerable del Consejo. En primer lugar, por la aparición durante la tramitación de la noción de patrón de trabajo ya comentada. La propuesta se refería al calendario de trabajo, mientras que el texto final recoge la otra noción. En segundo lugar, por la aparición de tres apartados adicionales y la completa modificación de la redacción de la propuesta. Por ese motivo, se omitirá comentar la evolución y se entrará directamente a analizar el texto final.

Como ya se indicó, el patrón de trabajo es “la forma de organización del tiempo de trabajo y su distribución con arreglo a un determinado patrón determinado por el empleador”. Cuando sea total o mayoritariamente imprevisible, la normativa de transposición debe impedir que el empleador obligue al trabajador a realizar su actividad salvo que se cumplan dos exigencias: el trabajo tendrá lugar en las horas y días predeterminados que fueron comunicados al trabajador, de acuerdo con lo establecido en la propia Directiva; y el empleador comunicará con un preaviso razonable la tarea que el trabajador debe realizar, de nuevo de acuerdo con lo establecido en esta misma norma. De no cumplirse los dos requisitos, el trabajador puede rechazar la tarea sin que ello tenga consecuencias desfavorables (artículo 10.2).

Resultado de la tramitación, se abre un abanico de posibilidades en la transposición (artículo 10.3). El presupuesto es que los Estados permitan en sus legislaciones que el empleador cancele una tarea asignada sin indemnización. Es de imaginar que la indicación se refiere exclusivamente a tareas dentro del patrón de trabajo descrito y no una potestad general. Caso de autorizar tal posibilidad, “adoptarán las medidas necesarias, de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o la práctica nacionales, para garantizar que el trabajador tenga derecho a una indemnización si el empleador cancela, sin observar un plazo de preaviso razonable determinado, la tarea asignada acordada previamente con el trabajador”. No es un problema de la traducción española, sino una redacción en extremo oscura. La única interpretación que parece tener sentido es que la cancelación permitida por el artículo ha de tener lugar con un plazo de preaviso razonable determinado.

La transposición de este artículo va a ser difícil. Hay un método, alejandrino, que corta el nudo gordiano y evita todos los problemas: no permitir la cancelación por parte del empleador. Ahora bien, esta posibilidad anula buena parte de la flexibilidad que se parece intuir detrás de los patrones de trabajo mayoritariamente imprevisible. Siendo lógico concebir que la transposición incluirá la posibilidad de cancelación, hay dos elementos clave en un futuro precepto.

El primero de ellos es fijar el plazo de preaviso que separa los dos escenarios. Este es uno de los elementos que debe ser transmitido al trabajador por el empleador. Pero nada en la Directiva dice que su establecimiento corresponda a la potestad del empresario o a un pacto entre trabajador y empresario⁶⁵. Sería legítimo, por lo tanto, fijar un preaviso razonable por parte del legislador, que no pudiera ser empeorado por las partes ni por la negociación colectiva⁶⁶. Establecer la duración de ese preaviso, en todo caso, requerirá un detallado estudio para ver cuál es la realidad que hay detrás de la definición jurídica.

El segundo elemento es, obviamente, la cuantía de la indemnización. Esta ha de ser suficientemente alta para compensar al trabajador por la disponibilidad de su tiempo ya comprometido, pero no debería superar el salario del servicio no prestado. Los argumentos expuestos para el preaviso pueden suscitarse aquí de nuevo, aunque la negociación colectiva parece la herramienta apropiada para la fijación de esta cuantía, una posibilidad que encajaría con lo dispuesto en el apartado cuatro del artículo 10.

El caso del artículo 11 es el más inusitado de toda la Directiva, puesto que no estaba contemplado por la Comisión en su propuesta inicial, sino que surgió durante la tramitación a instancia del Consejo⁶⁷. Esto puede explicar fácilmente alguna de las deficiencias técnicas del precepto, dedicado monográficamente a medidas complementarias para los contratos a demanda. Lo que falta en el articulado de la Directiva es, precisamente, una definición de contrato a demanda.

El precepto nace, en todo caso, de la desconfianza, puesto que el contrato de trabajo a demanda “o similares” debe ser autorizado por los Estados. La traducción real de esta afirmación no es otra que una figura contractual específica recogida en la legislación de un Estado miembro, de la misma forma en que lo están los contratos temporales. Que nacieron, por otra parte, con esa misma desconfianza en su ADN comunitario. El simbolismo de la redacción, en todo caso, es claro.

Existiendo la figura, la Directiva exige la adopción de una o varias medidas para prevenir prácticas abusivas, con una lejana inspiración en la Cláusula 5 de la Directiva sobre contratos de duración determinada⁶⁸. El catálogo incluye dos propuestas claras, limitaciones en el uso y la duración de los contratos a deman-

⁶⁵ Sobre este punto ha señalado el Comité Económico y Social: “Cabe la posibilidad de que incluso períodos de referencia y preavisos de larga duración sigan siendo conformes con la Directiva, aunque no mejoren la previsibilidad del trabajo para los trabajadores. Además, el empleador podría imponer unilateralmente períodos de referencia, sin que se reconozca a los trabajadores idéntica posibilidad, lo que perpetúa el desequilibrio actual”.

⁶⁶ La propuesta del Parlamento Europeo, rechazada, en este sentido establecía: “será definido, cuando corresponda, por los Estados miembros previa consulta a los interlocutores sociales”.

⁶⁷ Las enmiendas sobre esta materia del Parlamento Europeo intentaban limitar, en la medida de lo posible, la existencia de este tipo de contratos.

⁶⁸ Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada

da o contratos laborales similares y una presunción refutable de la existencia de un contrato de trabajo con una cantidad mínima de horas pagadas sobre la base de la media de horas trabajadas durante un período determinado; y una cláusula general, “otras medidas equivalentes que garanticen una prevención eficaz de las prácticas abusivas”, que puede dar lugar a una rica casuística nacional. El precepto concluye estableciendo un deber redundante de comunicación a la Comisión Europea de estas medidas.

Llegados aquí, todo son dudas. ¿Crearé el legislador español una nueva figura de contrato, ya no temporal, sino efímero, ya no a tiempo parcial, sino dudoso? Si la respuesta es no, no caben disquisiciones sobre la transposición.

Por su parte, el artículo 12, bajo el rótulo de “Transición a otra forma de empleo” crea una obligación de dudosa efectividad que busca transformar los contratos de más de seis meses, una vez superado el periodo de prueba, en formas de empleo más estables. La transformación sólo es posible si tal forma de empleo existe (“si la hay”, en la desafortunada redacción de la Directiva), obviamente, y no implica en modo alguno un derecho a generar una plaza estable⁶⁹. Tal derecho derivará, si se dan las condiciones, de la normativa de transposición de la Directiva sobre contratos de duración determinada⁷⁰. En todo caso, el artículo 15.7 del Estatuto de los Trabajadores parece la sede más adecuada para la transposición de esta exigencia de la Directiva.

El empleador deberá contestar a la solicitud del trabajador en esas circunstancias, justificando su negativa (“debidamente motivada”, a instancias del Parlamento Europeo). Con la redacción vigente, parece que un simple “no existe ese puesto” cumple con el requisito, si bien en caso de existir las explicaciones deberán ser más elaboradas⁷¹. La respuesta, de acuerdo con el apartado segundo del artículo, deberá darse en un plazo de un mes.

Fruto de la tramitación de la propuesta, se incorporó una frase final, ofrecien-

⁶⁹ La opinión del Comité Económico y Social: “El derecho a presentar una solicitud no constituye en sí mismo una mejora significativa respecto de la situación jurídica actual de los trabajadores, pues ya pueden manifestar su deseo de pasar a otra modalidad laboral mejor o de obtener un contrato indefinido, por ejemplo. Sin embargo, las medidas políticas de apoyo a dicho objetivo deberían ser eficientes y proporcionadas y no imponer una carga administrativa innecesaria a las empresas”.

⁷⁰ El Parlamento Europeo propuso añadir el siguiente apartado, sin éxito: “Los Estados miembros velarán por que todos los trabajadores, incluidos aquellos que estén disfrutando de un permiso prolongado, sean informados de cualquier proceso interno de promoción o de las vacantes internas que surjan en la empresa o establecimiento, con vistas a fomentar el progreso en su carrera profesional. Esta información podrá facilitarse mediante un anuncio general realizado por correo electrónico o en línea o colocado en un lugar adecuado de la empresa o las instalaciones del empleador”.

⁷¹ “El CESE considera necesario ampliar los requisitos establecidos en el artículo 10, apartado 2, en lo que respecta a la respuesta por escrito del empleador. Los empleadores deberían aducir razones empresariales objetivas para denegar la solicitud a fin de que, en caso de que el trabajador considere que la solicitud ha sido denegada por otros motivos, dicha negativa pueda ser objeto de una revisión independiente por parte de los órganos jurisdiccionales o de conformidad con las prácticas nacionales. Sería la única manera de garantizar que los empleadores toman verdaderamente en consideración las solicitudes de los trabajadores, en lugar de dar una respuesta en cumplimiento de una mera formalidad”.

do a los Estados la posibilidad de limitar la frecuencia de las solicitudes, a propuesta del Parlamento Europeo (artículo 12.1). Se plantea un doble dilema para el legislador español en este caso: limitar o no la frecuencia y en caso de hacerlo, determinar un límite temporal, que podría fijarse en un año sin mucha discusión.

La Directiva ofrece, además, la posibilidad de flexibilizar la contestación a una segunda solicitud. Los Estados, en la transposición, podrán prever que en el caso de las personas físicas que actúen como empleadores, las microempresas y las pequeñas y las medianas empresas, la respuesta a una solicitud repetida cuando no han cambiado las circunstancias pueda darse de forma oral, lo que tiene su lógica, y en un plazo de tres meses, lo que no la tiene si nada ha cambiado⁷².

La transposición (artículo 1.7) puede excluir de las obligaciones de este artículo a las personas físicas que actúen empleadoras en el caso de que el trabajo se lleve a cabo en su hogar. El Real Decreto 1620/2011 deberá acoger la exclusión, de ser el caso.

Por último, el artículo 13, que también puede ser objeto de exclusión en la transposición en las mismas circunstancias, se refiere a la formación proporcionada por el empleador a los trabajadores para que desempeñen las tareas para las que han sido contratados⁷³. La propuesta de la Comisión sólo se preocupaba de que esta formación tuviera carácter gratuito. El texto final va mucho más allá, en buena medida por el impulso del Parlamento Europeo, al pedir a los Estados que velen por que, además, se compute como tiempo de trabajo y, de ser posible, tenga lugar dentro del horario de trabajo. El artículo 23 del Estatuto de los Trabajadores se presenta como el escenario ideal para esta obligación, sobre cuya efectividad real se plantean numerosas dudas.

6. LA TUTELA DE LOS DERECHOS ESTABLECIDOS EN LA DIRECTIVA

Con el rótulo de “Disposiciones horizontales”, el capítulo IV de la Directiva (corrigiendo anticipadamente la errata indicada) recoge la obligación para los Estados de establecer en sus legislaciones mecanismos de tutela bastante más desarrollados de lo que contenía la antigua Directiva de 1991.

⁷² El Comité Europeo de las Regiones pidió, sin éxito, la eliminación de esta posibilidad: “Con esta excepción se incluiría a todas las empresas con hasta 249 empleados y con un volumen anual de negocios de hasta 50 millones EUR (es decir, el 99 % de todas las empresas en la UE) y se debilitaría claramente la posición de los empleados en estas empresas (que constituyen 65 millones de personas en la UE). Además de la dificultad de comprobar si ya se presentó una «solicitud similar», la respuesta oral a una solicitud no es verificable y, en este sentido, no es válida para el ejercicio de los derechos. Por este motivo, en la enmienda se suprime la excepción prevista para las pymes, ya que de lo contrario el contenido normativo del artículo 10 no tendría consecuencias jurídicas”.

⁷³ Matiza el Considerando 37: “Esta obligación no incluye la formación profesional ni la formación exigida a los trabajadores para obtener, mantener o renovar una cualificación profesional, siempre y cuando la legislación nacional o de la Unión, o un convenio colectivo, no obliguen al empleador a proporcionar dicha formación al trabajador”.

Es menester comentar, en primer lugar, la desaparición del artículo 13 de la propuesta de la Comisión: “Los Estados miembros adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar que las disposiciones contrarias a la presente Directiva establecidas en convenios colectivos o acuerdos individuales, reglamentos internos de las empresas o cualquier otro acuerdo, se declaren nulas y sin efecto, o se modifiquen, a fin de ajustarlas a las disposiciones de la presente Directiva”. El Comité Europeo de las Regiones lo descalificó como “superfluo” y ahí puede encontrarse el origen primero de la desaparición.

A su vez, el artículo 15 (numerado 14 en la propuesta) fue modificado de forma considerable en la tramitación por el Consejo, ya que la propuesta de la Comisión era notablemente invasiva del territorio de los Estados miembros en una competencia compartida como esta. El escenario que contempla el precepto es el de un incumplimiento total o parcial del deber de entrega de los documentos indicados, tanto en el caso de condiciones iniciales como en el de modificación de las vigentes. La propuesta incluía la posibilidad, en la hora oncená, de que el empleador dispusiera de quince días adicionales para la entrega una vez notificado el incumplimiento⁷⁴; tal posibilidad desapareció durante la tramitación.

Las consecuencias del incumplimiento también han sido severamente modificadas, en este caso en perjuicio de los trabajadores. Con la redacción definitiva, en primer lugar, “el trabajador se beneficiará de las presunciones favorables definidas por el Estado miembro, que los empleadores tendrán la posibilidad de refutar” (artículo 15.1.a). El texto original, en caso de no transmisión de las informaciones verdaderamente esenciales, proponía nada menos que la presunción de la duración indefinida del contrato, la inexistencia de periodo de prueba alguno o la presunción del tiempo completo⁷⁵. En sí, nada es chocante desde el punto de vista de la legislación española. Lo realmente novedoso habría sido generalizar esos mecanismos en toda Europa a través de una Directiva, en una posible infracción del principio de subsidiariedad⁷⁶.

El artículo 8.2 del Estatuto de los Trabajadores ya establece, en caso de quebrantarse las exigencias de forma del contrato de trabajo, que “el contrato se presumirá celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios”. ¿Extenderá el legislador en la transposición esta garantía en caso de no entrega de

⁷⁴ El Comité Económico y Social Europeo había acogido favorablemente esta posibilidad.

⁷⁵ La lista sobrevive en el Considerando 39, como catálogo de posibilidades en la transposición.

⁷⁶ La Comisión de Trabajo y Seguridad Social de la Asamblea de la República Portuguesa veía en cambio un encaje perfecto de la propuesta en el principio (ST 7032 2018 INIT - 2017/0355 (COD)) y también nuestras Cortes Generales (ST 7034 2018 INIT - 2017/0355 (COD)). El Parlamento austriaco, en cambio, manifestó sus objeciones a propósito del ámbito de aplicación, los plazos de información, la carga de la prueba y la necesidad de adaptación de los convenios colectivos existentes (ST 8007 2018 INIT). El Parlamento Rumano elaboró un largo documento cargado de recomendaciones (ST 8911 2018 INIT)-

la información, tal y como proponía la Comisión Europea? Forma e información no son lo mismo, pero puede ser la ocasión de hacer una apuesta decidida por la puesta en práctica de la Directiva con el máximo respaldo legal. Ha de tenerse en cuenta, por cierto, que la precaución de la anterior Directiva sobre la no afectación de las reglas nacionales sobre la forma del contrato ha desaparecido en la nueva norma.

En segundo lugar, “(...) podrá presentar una reclamación ante una autoridad u organismo competente y recibir una reparación adecuada de manera oportuna y efectiva”. Queda para el legislador nacional la decisión de si estos dos mecanismos son excluyentes o acumulativos, ya que el texto establece “uno o ambos”: en la propuesta era uno de ellos, el Comité Europeo de las Regiones y el Parlamento Europeo pedían los dos. La tramitación ha establecido la distinción entre “autoridad”, presente en el texto original y que tiene claramente una naturaleza pública y “organismo”, incorporado y que debería significar un ente de naturaleza privada, como el que podría derivarse de un sistema extrajudicial bipartito de solución de conflictos. La detallada parte procedimental que contenía la propuesta de Directiva fue suprimida por completo. La posibilidad de imponer sanciones que recogía fue sustituida, finalmente, por una hipotética “reparación adecuada” para el trabajador, procedente del siguiente artículo de la propuesta.

La primera decisión que se debe tomar para la transposición, por lo tanto, es si se opta por una o ambas de las soluciones propuestas. En el caso de las presunciones, ya se ha indicado la posibilidad más potente. En el caso de la reclamación, el árbol de decisiones es algo más complejo. Hay que elegir al sujeto o sujetos que se encargarán de recibir la reclamación, con los matices ya señalados, y sobre todo hay que establecer la cuantía de la reparación que percibirá el trabajador⁷⁷.

Por añadidura, se ofrece a los Estados la posibilidad de que cualquiera de estos mecanismos esté condicionado por la notificación previa al empleador (artículo 15.2). Si el legislador español opta por incluir esta cautela, deberá fijar con detalle cuál es el plazo de dicha notificación, quién debe notificar y cómo se activa todo el procedimiento, si a instancia del trabajador o, por ejemplo, por decisión del correspondiente servicio público de empleo. Las complicaciones burocráticas que pueden derivarse de ello podrían transformar en inútil este mecanismo y vaciarlo de contenido.

Termina este apartado con un inciso redundante: “al incumplimiento por parte del empleador de la obligación de proporcionar la información que falte a su debido tiempo”. Parece obvio que un mecanismo como el descrito solo puede derivarse de un incumplimiento, así que no parece tener mucho sentido esta indicación, a primera vista.

El artículo 16 ahonda en la protección de los trabajadores cuyos derechos derivados de la Directiva se vean vulnerados. La naturaleza en este caso es diferente

⁷⁷ Para el Comité Económico y Social Europeo, “las sanciones [sic], en caso de que estén justificadas, deben ser equivalentes al importe del perjuicio sufrido por el trabajador”.

a la del precepto anterior, puesto que hace referencia al acceso a una resolución de litigios eficaz e imparcial (“solución de diferencias” decía la propuesta) y el derecho a una reparación (de aquí se extrajo la indemnización adecuada mencionada en el artículo 15), que parece descartar cualquier sentencia o decisión meramente declarativa. No se pronuncia la Directiva sobre la naturaleza del mecanismo, judicial o autónomo, pero parece claro que cualquiera de ambas vías sería posible.

El proceso ordinario de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social sería la vía procesal oportuna para la defensa de estos derechos, dentro de la indicación general de su artículo 2.a. No parece necesario establecer una modalidad procesal especial para su tutela. A su vez, el derecho a reparación mencionado en la Directiva puede obtenerse también a través del proceso ordinario. La inclusión de esta materia en los diversos procedimientos autónomos de solución de conflictos individuales de trabajo podría requerir una modificación, caso por caso, de los instrumentos que los regulan.

El artículo 17, por su parte, obliga a los Estados miembros a introducir medidas de protección de los trabajadores y de sus representantes⁷⁸ contra cualquier trato desfavorable derivado de la reclamación de los derechos amparados por la Directiva o de cualquier otro procedimiento. Esta garantía debe afectar a las actuaciones internas en la empresa y también a la exteriorización de los conflictos.

La propuesta de la Comisión, en su versión española, decía “demanda” y “procedimiento judicial”. En todas las versiones lingüísticas, el adjetivo “judicial” se pierde, por obra del Consejo, que presumiblemente buscó así respetar la diversidad de sistemas en los Estados miembros. Le corresponde al legislador español en la transposición decidir si quiere devolver el adjetivo, restringiendo así el ámbito de protección, o crear un procedimiento administrativo ante la Inspección de Trabajo, por ejemplo. “Demanda”, por su parte, no experimenta mutaciones en otras versiones lingüísticas, solo en castellano. *¿Lapsus calami* de un traductor en la revisión del texto definitivo o desjudicialización voluntaria de incógnito?

El artículo 18, a su vez, recoge la obligación contra la más grave de las represalias, el despido, con un texto que sólo experimentó adaptaciones mínimas durante el proceso legislativo⁷⁹. Es necesario señalar que este mismo precepto, con mínimos cambios, también se puede encontrar en la reciente Directiva sobre conciliación⁸⁰. Esto pone de manifiesto que las Instituciones europeas han dise-

⁷⁸ El Parlamento Europeo propuso enmendar el texto para proteger a los representantes de los sindicatos, sin éxito. En la misma línea, también propuso incluir el siguiente apartado: “Los Estados miembros permitirán a los sindicatos emprender acciones de representación destinadas a proteger los intereses colectivos de los trabajadores en relación con la presente Directiva de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo”.

⁷⁹ El Parlamento Europeo fracasó en su intento de incluir la siguiente enmienda: “Estas medidas incluirán el derecho de reincorporación”. Se trataba de una armonización de tal calado que no superó el filtro del Consejo.

⁸⁰ Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

ñado una cláusula estándar que es de imaginar se irá repitiendo y consolidando en futuras normas.

Entre las medidas destinadas a prohibir el despido o su equivalente⁸¹ por el ejercicio de los derechos de la Directiva se encuentra la obligación de proporcionar por escrito al trabajador las causas debidamente fundamentadas del despido. Cabe preguntarse si la exigencia actualmente recogida en el artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores ya cubre este deber.

Se diseña un régimen probatorio que traslada al empleador demostrar que el despido se ha basado en causas diferentes del ejercicio de los derechos de la Directiva, si el trabajador consigue probar ante un tribunal u otra autoridad u organismo competente unos hechos que permitan presuponer que se debido a tal ejercicio (artículo 18.3). Sobre esta indicación, se permite a los Estados miembros establecer un régimen probatorio más favorable a los trabajadores, como sería rebajar la exigencia de la prueba de los hechos a la simple existencia de indicios en el mismo sentido⁸² (artículo 18.4). La Ley Reguladora de la Jurisdicción Social debería ser la sede que acoja esta posible decisión del legislador español en la transposición.

Dos prevenciones han de ser tenidas en cuenta, si bien habiendo voluntad por parte del Estado no tienen trascendencia alguna. El régimen probatorio puede ser omitido si “la instrucción de los hechos” corresponde a los órganos jurisdiccionales o a otra autoridad u organismo competente. Se subraya, por último, la exclusión de los procesos penales, pero abriendo a los Estados esta posibilidad, lo cual desde un punto de vista español parece carecer de mucha trascendencia (artículo 18.6).

El artículo 19, que cierra el capítulo IV, se refiere al establecimiento de un catálogo de sanciones, efectivas, proporcionadas y disuasorias⁸³. Las menciones a que podrá adoptar la forma de multa y que podrán incluir el pago de una indemnización⁸⁴ desaparecieron durante la tramitación, en una nueva defensa de las competencias de los Estados miembros.

Los actuales artículos 6.1, 6.4 y 6.6 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social ya establecen como infracciones leves varios incumplimientos relacionados con el contenido de esta Directiva. Pero faltan en él referencias a las nuevas disposiciones, al no existir, por ejemplo, mención alguna a la imposición de una prohibición irregular de trabajo paralelo o la falta de contestación a la solicitud de un puesto de trabajo estable.

⁸¹ Aclara el Considerando 43: “por ejemplo, que deje de asignarse trabajo a un trabajador a demanda”.

⁸² No se consolidó esta enmienda del Parlamento Europeo: “La carga de la prueba de la ausencia de una relación laboral recaerá en la persona física o jurídica que se identifique como empleador”.

⁸³ Para el Comité Europeo de las Regiones, “las multas por sí solas no son suficientes para castigar eficazmente los incumplimientos. Se imponen con diferentes grados de eficacia por parte de las autoridades competentes en función de cada Estado miembro y de las circunstancias locales. Además, la imposición de multas no conlleva ningún beneficio para los empleados cuyos derechos han sido vulnerados”.

⁸⁴ “Adecuada y proporcionada”, pedía el Parlamento Europeo.

Por su parte, el artículo 7.1 del mismo texto considera infracción grave “no formalizar por escrito el contrato de trabajo cuando este requisito sea exigible o cuando lo haya solicitado el trabajador”, lo que podría ser modificado para adaptarlo al contenido de la Directiva.

La Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en definitiva, debe ser revisada cuidadosamente para cumplir con la exigencia expresa de dotar a las legislaciones nacionales de herramientas que permitan castigar la vulneración de los derechos recogidos en la Directiva. El establecimiento de indemnizaciones, otro de los puntos fuertes de la norma europea, tendrá un camino más penoso hasta consolidarse en nuestro ordenamiento jurídico.

7. DISPOSICIONES FINALES

La Directiva se cierra con las habituales indicaciones formales que conciernen más a los Estados como agentes de la transposición que a los trabajadores y a los empleadores. Entre ellas se cuentan la habitual cláusula de no regresión y la tradicional indicación de la admisibilidad de las transposiciones más favorables para los trabajadores (artículo 20).

Se fija como plazo de transposición el 1 de agosto de 2022, un año más tarde de lo propuesto por la Comisión, debiendo los Estados informar a esta e indicar en las medidas nacionales una referencia a la Directiva, ya sea en el propio texto o en su publicación oficial (artículo 21). Los trabajadores que ya se encuentren contratados esa fecha solo se verán afectados por las nuevas disposiciones en materia de información si lo solicitan expresamente (artículo 22). Las disposiciones mínimas recogidas en el capítulo III, en cambio, no requerirán de solicitud alguna llegado el final del plazo. Ese día, por último, quedará derogada la Directiva de 1991.

Fruto de la tramitación aparecen de nuevo deberes en apariencia redundantes: “Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las principales medidas de Derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva” (artículo 21.3). La única posibilidad que ofrece alguna interpretación con sentido es la adopción por los Estados de deberes de información sobre materias no contenidas en la Directiva u otras medidas *plus ultra* de la norma europea.

Se busca implicar a los interlocutores sociales en la puesta en práctica de la Directiva, ya a través del diálogo social o de su participación efectiva en su aplicación (artículos 21.3 y 4). Hay que resaltar que el Parlamento Europeo, en sus enmiendas, intentó aumentar su nivel de implicación, proponiendo diversas fases de consulta expresa en la transposición. No tuvo mucho éxito.

El último horizonte temporal es el 1 de agosto de 2027, cinco años después del final del plazo de transposición. Para entonces la Comisión revisará la aplicación de la Directiva y propondrá modificaciones en ella, de ser el caso, tras consultar a los Estados miembros y a los interlocutores sociales a escala de la Unión.

LA ACCIÓN CONVENCIONAL EN EL SECTOR DE RECOLECCIÓN DE FRUTOS ROJOS: NUEVOS MARCOS DE INTEGRACIÓN PARA ERRADICAR LOS ABUSOS CONTRA LAS INMIGRANTES

MARGARITA MIÑARRO YANINI

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Jaume I - Castellón

*“Dos estigmas que el personaje ha arrastrado consigo durante siglos:
primero, por ser mujer y, segundo, por ser extranjera.
Dos estigmas que siguen muy activos en nuestros días”*
Santiago Posteguillo “Yo, Julia”

EXTRACTO **Palabras Clave:** abuso sexual, mujeres inmigrantes, negociación colectiva

La violencia laboral tiene particular incidencia entre las mujeres inmigrantes, dado el doble nivel de vulnerabilidad que soportan. Como reacción a una oleada de denuncias y a la noticia de los abusos sexuales y laborales sufridos por mujeres marroquis dedicadas a la actividad de recolección de la fresa en la primavera de 2018, el convenio colectivo del campo de Huelva, adoptado por Resolución de 8 de noviembre de 2018, ha incluido importantes previsiones para la prevención y gestión eficaz del acoso sexual, por razón de sexo y discriminatorio. Estas previsiones están en línea con las que posteriormente ha incorporado el Convenio nº190 OIT, de 2019, obrando la norma convencional -si bien con las limitaciones de sector y territorio- una suerte de la integración anticipada de las mismas en España.

ABSTRACT **Key Words:** sexual abuse, immigrant women, collective bargaining

Labor violence has a particular incidence among immigrant women, because of the double vulnerability they endure. In response to the allegations and the news of sexual and labor abuse suffered by Moroccan women dedicated to strawberry harvesting in the spring of 2018, the collective agreement of the Huelva camp, adopted by Resolution of November 8, 2018, has included important provisions for the prevention and effective management of sexual harassment, by reason of sex and discriminatory. These forecasts are in line with those that have subsequently incorporated ILO Convention No. 190, of 2019, carrying out the conventional norm - albeit with the limitations of sector and territory - the anticipated integration of them in Spain.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: LA IMPOSIBLE “EXCELENCIA ECONÓMICA” EN ESCENARIOS DE VIOLENCIA LABORAL CONTRA LAS TRABAJADORAS INMIGRANTES
2. EL RÉGIMEN COLECTIVO DE GESTIÓN DEL RIESGO DE VIOLENCIA LABORAL DE GÉNERO EN EL CAMPO ONUBENSE: EN ESPECIAL, EL PROTOCOLO CONTRA LA VIOLENCIA LABORAL
 - 2.1. La prevención de los factores de riesgo: políticas y planes de igualdad desde una perspectiva de diversidad múltiple
 - 2.2. El protocolo para la prevención e intervención correctora de la violencia por razón de género
 - 2.2.1. Aproximación general al protocolo contra la violencia en el trabajo
 - 2.2.2. Aspectos particulares más destacados
3. CUMPLIMIENTO TARDÍO DE LEY NACIONAL, APLICACIÓN ANTICIPADA DE NORMA INTERNACIONAL: EL NUEVO MARCO DEL CONVENIO N°190 OIT
4. CONCLUSIONESS

1. INTRODUCCIÓN: LA IMPOSIBLE “EXCELENCIA ECONÓMICA” EN ESCENARIOS DE VIOLENCIA LABORAL CONTRA LAS TRABAJADORAS INMIGRANTES

El recientemente aprobado Convenio n°190 OIT, para la prevención y erradicación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, así como en la Recomendación que lo complementa, identifican dos cuestiones enmarcadas en una realidad que diferentes organismos internacionales, informes y estudios vienen denunciando desde hace años. Por una parte, “la violencia y el acoso por razón de género afectan de manera desproporcionada a las mujeres y a las niñas”, pues son grupos especialmente vulnerables¹. Por otra, hace una llamada de atención sobre la necesidad de atender particularmente, dentro de los grupos de riesgo femeninos, a las “mujeres migrantes”, por haberse constatado que resultan particularmente afectadas por la violencia y el acoso dentro y fuera del trabajo². Es por ello que la OIT reclama la adopción de un enfoque inclusivo e integrado, con la doble perspectiva de género e inmigratoria, lo que implica atender las discriminaciones múltiples que sufren las trabajadoras migrantes extracomunitarias³.

¹ Vid. Fernández Villazón, L. “La OIT y los grupos vulnerables: Especial atención a la vulnerabilidad de género y a la protección de la infancia”, Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF, n°434, 2019, p.128.

² Esta especificación de causas de discriminación ha sido calificada por la doctrina de execrable, Casas Baamonde, M.E. “¿Derechos Fundamentales de las mujeres?”, Revista Derecho de las Relaciones Laborales, n°1, 2017, p.4.

³ En materia de discriminaciones múltiples, vid. Ferrando García, F.M. “La discriminación múltiple”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, n°434, 2019, p.128.

Centrando el examen en este enfoque, el nuevo marco jurídico-social de la OIT⁴ requiere que se atienda a tres bloques de factores de riesgo:

1. El género, en la medida en que la violencia y el acoso en el mundo del trabajo –y fuera de él– son la expresión más intensa del estado actual de perpetuación de las discriminaciones contra las mujeres.
2. Las causas subyacentes y los factores de riesgo vinculados –estereotipos de género, formas múltiples de discriminación, abuso de las relaciones de poder por razón de género...).
3. Los movimientos migratorios, pues el Convenio n°190 de la OIT recuerda en su preámbulo que atiende a Convenios Internacionales sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, la eliminación de la discriminación contra la mujer y la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y de sus familiares.

Al margen de la relación de esta perspectiva de género que ofrece el movimiento “Metoo”, la dimensión discriminatoria múltiple de la violencia laboral, género e inmigración suelen vincularse a uno de los colectivos más vulnerables de mujeres extracomunitarias, como son las empleadas de hogar, cuyo Convenio 189 OIT sigue sin ser ratificado por España. Asimismo, desde una dimensión de relevancia fundamentalmente penal, se relaciona con la “trata de seres humanos”⁵.

Sin embargo, la conjunción de estos factores –violencia laboral de género, acoso sexual, explotación laboral de mujeres inmigrantes, intervención penal...– saltó a la primera plana de la actualidad, en España y más allá, en otro ámbito, el sector del cultivo y recolección de los frutos rojos –fresas, fundamentalmente– que se distribuyen por toda Europa. El detonante fue un artículo de prensa que apareció en Alemania en la primavera de 2018 en el que se denunciaba que en Italia y España eran habituales la violencia, acoso y explotación laboral contra miles de mujeres recolectoras inmigrantes –la mayoría de ellas, marroquíes–⁶.

tiple e interseccional en el ámbito laboral”, Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF, n°428, 2018, p. 19 ss.

⁴ Sobre los antecedentes de la nueva regulación, vid. Ramos Quintana, M. “Enfrentar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo: la discusión normativa de la OIT”, Revista MTMSS, n°138, 2018, p. 94 ss, y sobre el marco actual, vid. Velázquez Fernández, M. “El Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo: principales novedades y expectativas”, Revista de Trabajo y Seguridad Social -CEF-, n°437-438, p.119 ss.

⁵ La STEDH de 18 de julio de 2019, (demanda 40311/10), muy recientemente ha condenado a Grecia por no disponer de un marco regulador adecuado, conforme a la prohibición del trabajo forzoso de la OIT, para la prevención y la protección de mujeres –rusas– llevadas al país para ejercer la prostitución.

⁶ “Violada en los campos de Europa”, aparecido inicialmente en Correctiv y posteriormente, el 18 de mayo, se publicó en español en BuzzFeed News. Un primer análisis al respecto puede verse en Miñarro Yanini, M. “Excelencia económica e inmigración femenina: la explotación de temporeras del oro rojo”, en la Revista Trabajo y Seguridad Social –CEF–, n°427, 2018, p. 5 ss.

Desde el sector se dijo que la noticia era exagerada, que eran episodios aislados, merecedores del debido correctivo penal, a través de intervención de la Fiscalía, instrucción penal y, en caso que se probaran los hechos, de condena⁷, pero que no debía cuestionarse todo un sector económico por las intolerables conductas de unos pocos. Con todo, sin perjuicio de exageración del titular –que apuntaba en su titular violaciones masivas de mujeres inmigrantes en el campo onubense–, y al margen de lo que pudiera resultar de las denuncias en los diferentes casos donde se han judicializado penalmente⁸, se ha identificado un problema socio-laboral que no puede ignorarse escudándose en la idea de que se trata de casos aislados.

Es incuestionable que las mujeres inmigrantes marroquíes que son traídas para la recolección de frutos rojos viven en condiciones de aislamiento social, como también lo es que los criterios de selección en su país de origen presenta un marcado sesgo sexista. Ambas circunstancias crean condiciones proclives a los abusos, resultando pernicioso no ya solo para los derechos –laborales y humanos– de las trabajadoras inmigrantes, sino también del propio futuro de este sector económico estratégico. Así lo advirtió el Plan Director por un Trabajo Digno (2018-2020), adoptado pocas semanas más tarde de estas denuncias, que, aun sin referirse de forma concreta a este sector, incidió en la necesidad de luchar contra todo tipo de explotación y abuso en relación de las personas trabajadoras inmigrantes, dada su condición de grupo vulnerable.

En la actualidad, han sido los interlocutores sociales quienes, en el convenio colectivo del campo de la provincia de Huelva que recientemente ha visto la luz, han introducido un marco de regulación dirigido a gestionar de forma eficaz ese riesgo de violencia y acoso, y a atajarlo lo antes posible una vez denunciado. Así, por Resolución de la autoridad laboral de Huelva, se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia (nº 215), de 8 de noviembre de 2018, el convenio colectivo del campo de dicha provincia, para los años 2018-2020, firmado entre la patronal del sector, ASAJA, y el sindicato CCOO –no por UGT, como sí había sucedido con anteriores, al considerar este sindicato que ciertas previsiones sobre condiciones de trabajo eran restrictivas⁹–. Es éste un convenio colectivo muy reseñable, por cuanto incorpora un novedoso contenido. Así, incluye por vez primera un marco

⁷ La Audiencia Nacional y varios Juzgados de Instrucción han asumido estas denuncias, si bien de momento no parecen prosperar, vid. “Carpetazo judicial a los supuestos abusos a temporeras en la fresa de Huelva”, en <https://www.elmundo.es/andalucia/2019/04/22/5cbe025521efa07e488b46d3.html>

⁸ Los archivos iniciales de las causas están siendo revisados por las Audiencias Provinciales para que se instruyan mejor, sin prejuizar, lógicamente, el resultado del fallo final, en su caso, vid. “La Audiencia de Huelva ordena reabrir el caso de las temporeras” https://elpais.com/politica/2019/05/21/actualidad/1558448289_946876.html

⁹ Cuestión, que ha dado lugar a un conflicto colectivo, desestimado en la instancia por el Juzgado de lo Social nº2 de Huelva, vid. https://sevilla.abc.es/andalucia/huelva/sevi-justicia-desestima-impugnacion-convenio-campo-solicitada-201907232037_noticia.html

de gestión de la diversidad nacional para los campos de frutos rojos, con objeto de tratar de erradicar los graves problemas de discriminación, incluida la violencia sexual¹⁰. La profundidad de los cambios se advierte con una lectura comparada entre el art.35 del precedente convenio –relativo a la “aplicación y respeto al cumplimiento de la Ley de Igualdad”, y los vigentes arts.35 y 36. Así, mientras que el primero se limitaba a realizar una declaración solemne del respeto al valor de la igualdad entre mujeres y hombres en dignidad humana y en derechos y deberes, remitiendo al marco general de la Ley Orgánica 3/2007, 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), los actuales, en cambio, establecen el compromiso de elaborar y poner en práctica un sistema de garantías de efectividad a fin de facilitar la integración de las mujeres migrantes, y así poner fin a su actual aislamiento social, y con él, al mayor riesgo de abuso y acoso sexual.

Este estudio tiene por objeto dar cuenta de las novedades y problemas aplicativos de este importante marco convencional de gestión del riesgo de violencia y acoso en el trabajo en el campo onubense, así como del Convenio nº190 OIT y su proyección en España, en la medida en que el convenio onubense puede –y debe– interpretarse como la antesala de la ratificación del Convenio internacional y su desarrollo, pues las normas convencionales son vía hábil para realizar tal incorporación, según indica el art.12 del Convenio de referencia. Esta norma internacional incrementa el interés de la regulación del convenio colectivo onubense para la gestión eficaz ex art. 14 LPRL del riesgo de violencia y acoso, temas de gran trascendencia e incuestionable actualidad para el sistema español de relaciones de trabajo.

2. EL RÉGIMEN COLECTIVO DE GESTIÓN DEL RIESGO DE VIOLENCIA LABORAL DE GÉNERO EN EL CAMPO ONUBENSE: EN ESPECIAL, EL PROTOCOLO CONTRA LA VIOLENCIA LABORAL

2.1. La prevención de los factores de riesgo: políticas y planes de igualdad desde una perspectiva de diversidad múltiple

El art.48.1 LOIEMH contiene varios mandatos para la gestión eficaz de la violencia y el acoso por razón de género, estableciendo el primero de ellos el deber de las empresas de “promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo”. En desarrollo de tal mandato, el art.35 del convenio del campo de Huelva se dirige a promover medidas que eviten el riesgo de que la organización y/o condiciones de trabajo de las personas que presten servicios en el sector, en general, y de las recolectoras inmigrantes, en particular,

¹⁰ Vid. Pérez del Río, T. “La violencia de género en el trabajo: el acoso sexual y el acoso moral por razón de género”, Guía Igualdad y Género en el Empleo, cap.IV, CARL, Sevilla, 2006, p. 117 y ss.

sufran violencia laboral –en este caso múltiple¹¹, de género y por la condición nacional de las recolectoras–.

Entre las previsiones que establece el nuevo art.35 para alcanzar la igualdad de trato y de oportunidades cabe destacar:

- a) Una cláusula de compromiso con el establecimiento de un marco normativo sectorial de garantías de efectividad para el derecho fundamental a la igualdad de trato y oportunidades en las empresas –cláusula obligacional–. A tal fin, los firmantes expresando su compromiso con el desarrollo de políticas de igualdad, acuerdan los “objetivos sectoriales generales” de:

–Establecer directrices para la negociación de medidas de gestión adecuada de los recursos humanos que no sólo prevenga toda forma de discriminación –directa o indirecta– y por cualquier condición personal o social –edad, discapacidad, género, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, religión o convicciones, opinión política, orientación o identidad sexual, afiliación sindical, lengua o cualquier otra–, sino que fomente la diversidad social y cultural en igualdad de oportunidades reales –cláusula de gestión concertada de la diversidad en igualdad–.

–Atribuir a la Comisión sectorial por la igualdad las competencias necesarias para que pueda desarrollar un trabajo efectivo en materia de igualdad de trato y oportunidades en el trabajo –cláusula competencial–.

–Facilitar el acceso de los sindicatos firmantes –CCOO– a las fincas para celebrar asambleas “y/o visitar a las mujeres inmigrantes” –nueva cláusula obligacional, aunque debiera convertirse en normativa cuando se concrete–.

- b) Una regulación flexible y de mejora de los Planes de Igualdad en las empresas del sector agrario onubense, aunque necesitada de corrección a la luz del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo.

En el plano instrumental, el convenio establece una doble obligación. Por un lado, todas las empresas del sector, al margen de su dimensión, “están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral”, para lo que “deben adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres”. Establece expresamente, asimismo, un “deber de negociarlas en la forma que se determine en la legislación laboral”, por lo que no parece pretender mejorar el mínimo legal. Por otro, dispone la obligatoriedad de adoptar “planes de igualdad

¹¹ La discriminación por razón de sexo convergente con la de la etnia/raza/nacionalidad constituye una de las causas de discriminación múltiple de mayor impacto, vid. Ferrando García, F.M., “La discriminación múltiple e interseccional en el ámbito laboral”, op. cit., p.32 ss.

propios” –arts.45 y 46 LOIEMH¹²– no sólo para las empresas de más de 250 trabajadores durante las épocas de máxima actividad, sino también para las que cuenten con más de 200 trabajadores, “siempre y cuando exista acuerdo previo y expreso favorable de la Comisión Paritaria Sectorial por la Igualdad”. Para el resto, los planes de igualdad son de implantación voluntaria, “previa consulta a la representación legal” –siguiendo el art.45.5 LOIEMH–. En defecto de plan propio, el régimen aplicable será el fijado en el convenio, además del legal. Con todo, la norma convencional prevé otra vía de flexibilización “extraordinaria” para que empresas más pequeñas cuenten con planes de igualdad. Así, a la ya prevista en el art.45.4 LOIEMH, para el caso de que la autoridad laboral hubiera acordado la sustitución de las sanciones accesorias por un plan en los procedimientos sancionadores), añade otra, vinculada a una decisión de la autoridad judicial concretada en una sentencia firme condenatoria por discriminación o abuso sexual o por razón de sexo, tras la correspondiente demanda o denuncia. Es necesario apuntar, en relación a cuestión de la dimensión de las empresas obligadas a establecer los planes, que resulta afectada por el importante cambio legal del art.45.2 LOIEMH que, en atención al principio de jerarquía normativa, debe integrar la norma convencional. Actualmente, este precepto establece la obligación para las empresas de 50 o más trabajadores –aunque entrará en vigor de forma progresiva, según la DT 12^a LOIEMH, en 2020 para las empresas entre 150 y 250 trabajadores, en 2021 las de plantilla entre 150 y 100 trabajadores, 2022 para las empresas entre 50 y 100 trabajadores–, sin que la norma legal incluya marco temporal de referencia del tamaño de plantilla, que se supone preverá el reglamento que debe desarrollar la regulación. Pese a ello, sin duda la mejora concebida muestra la voluntad de la norma convencional de establecer especiales garantías para evitar la discriminación de estas mujeres y sus lamentables consecuencias.

c) Constitución de una Comisión Paritaria Sectorial por la Igualdad.

Con objeto de gestionar las políticas de diversidad en igualdad de forma consensuada, se introduce una cláusula competencial, creando un órgano propio, específico y diferenciado para la gestión de las competencias de igualdad de trato y no discriminación. Dicho órgano tiene estructura mixta y paritaria y tiene competencia para:

–Resolver consultas relativas a la interpretación de las disposiciones convencionales sobre planes de igualdad.

¹² Vid. Fabregat Monfort, G. “La obligatoriedad de los planes de igualdad tras el RDL 6/2019, 1 de marzo”, Albacete, Bomarzo, 2019, p.25.

- Hacer seguimiento de la evolución de los planes de igualdad acordados.
- Elaboración de dictámenes técnicos sobre igualdad por razón de género/sexo.
- Desarrollar campañas de sensibilización e información en los puestos de trabajo y zonas de alojamientos.
- Elaborar estudios específicos en relación con la igualdad en el sector, de los que han de derivar informes y conclusiones que deben integrarse en una Memoria anual. Es de destacar esta atribución competencial por cuanto la norma convencional, consciente del problema central que motiva el signo de su regulación, establece expresamente la obligación de realizar un Estudio específico de “evaluación de la situación laboral y de empleo de las mujeres, que se elaborará y presentará con todos los datos desagregados por sexo”. Si bien es cierto que en el tenor literal referido se echa en falta la complementaria dimensión de diversidad de origen nacional, que es donde radica el principal problema en la práctica, se considera que además de estar implícito en la realidad del sector, por la composición abrumadoramente mayoritaria de las mujeres marroquíes en la población laboral femenina, también se deduce de algunas de las precisiones del contenido de su análisis y diagnóstico, como son los criterios en los procesos de selección y contenido de las ofertas de empleo, los canales de información y/o comunicación para tales procesos de selección, la formación y promoción y la descripción de los perfiles profesionales y puestos de trabajo. Precisamente, uno de los aspectos más controvertidos de la selección de mujeres migrantes extracomunitarias para la recolección de los frutos rojos se encuentra en los criterios de selección¹³. En todo caso, en atención a las conclusiones obtenidas podrán –resulta llamativo que se use el término potestativo en lugar de formularse como un mandato directo– adoptarse dos tipos de acuerdos en el sector, bien un código de buenas prácticas en materia de igualdad, o bien medidas de acción positiva en las empresas del sector.

Dada la posibilidad de que no se alcance el necesario acuerdo, el convenio se refiere a la posibilidad –de nuevo, en términos potestativos– de recurrir a la intervención del Instituto Andaluz de la Mujer, como órgano especializado.

d) Agente de Igualdad o Mediadora Intercultural con Perspectiva de Género.

En aras a avanzar en una gestión permanente y especializada de la igual-

¹³ Estos criterios son ser mujeres casadas, divorciadas o viudas con hijos menores de 14 años, vid. Miñarro Yanini, M. “Excelencia económica e inmigración femenina: la explotación de temporeras del oro rojo”, op. cit., p.8.

dad en las empresas, y en línea con otros convenios, el examinado prevé la creación de la “persona agente de igualdad”. Con todo, una vez más se detectan aspectos confusos en la configuración de esta figura que redundan en dudas aplicativas y, consecuentemente, en problemas de eficacia, pese a que es un referente determinante del éxito de la política de gestión de la diversidad en igualdad y sin discriminación.

Así, por una parte, parece referirse a una sola figura cuando realmente son dos distintas, a saber, persona agente de igualdad de género y persona “mediadora intercultural con perspectiva de género”. Resulta evidente que en la norma convencional la intención es centrarse en la segunda, pues literalmente prevé que “la creación de esta figura supondrá asegurar una mejor integración socio-laboral de las personas trabajadoras, y en especial de las mujeres migrantes que desempeñan sus trabajos durante la campaña”. Por lo tanto, su objetivo principal es facilitar la integración socio-laboral de las mujeres extranjeras en la sociedad de acogida, aunque sean trabajadoras temporeras. Por ello, entre sus competencias de acción básicamente se incluye la facilitación del conocimiento y adquisición de todas las capacidades necesarias para evitar el aislamiento social y cultural de estas miles de mujeres inmigrantes extracomunitarias –conocimiento del idioma, conocimiento de sus derechos– que padecen, sobre todo en horario extralaboral. Con todo, incomprensiblemente, algunas de sus funciones se expresan en términos potestativos, como la básica de mediación, respecto de la que señala que “podrá suponer el enlace o persona de contacto en el caso que pueda producirse cualquier discriminación o abuso de cualquier índole”.

Por otra parte, mucho más criticablemente, pese a ser una figura esencial en la integración de estas mujeres trabajadoras, la existencia y funcionamiento de la persona mediadora intercultural con perspectiva de género no se establece de manera directa, sino que su designación exige un futuro acuerdo “entre las partes firmantes”. Además, su funcionamiento depende de la eventual habilitación administrativa de quienes pretendan realizar tal actividad, lo que supone un nuevo escollo.

2.2. El protocolo para la prevención e intervención correctora de la violencia por razón de género

2.2.1. Aproximación general al protocolo contra la violencia en el trabajo

En relación con el acoso sexual y por razón de sexo, el art.48.1 LOIEMH, asimismo, ordena “arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido

objeto del mismo”. Con tal finalidad se abre un abanico de instrumentos, “que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores”. En desarrollo de dicho precepto, el art.36 del convenio colectivo del campo de Huelva establece el protocolo dirigido a la gestión de la violencia laboral, en especial de género, que incluye el procedimiento de denuncias internas, y que tienen eficacia subsidiaria, en defecto de protocolos específicos por parte de las empresas del sector.

Este protocolo, respondiendo estrictamente a la previsión del art. 48 LOIEMH, a penas contiene novedad de relieve respecto de los muchos existentes, por lo que su estructura es la habitual. Por lo que respecta a su eficacia, es subsidiaria, pues se aplica a todo el personal de las empresas del sector que no cuenten con protocolo propio.

2.2.2. Aspectos particulares más destacados

- a) Solemne defensa de la dignidad humana y la garantía del derecho a un entorno laboral agrario libre de violencia y acoso en el trabajo.

Como es usual en los protocolos, el analizado contiene una larga cita de las normas constitucionales y legales que reconocen y garantizan la protección de la dignidad humana, la integridad y la no discriminación de las personas. El resultado es una cláusula compromisoria, que se instrumenta a través del protocolo. Este tipo de marcos programáticos aprovecha la oportunidad para establecer el principio de corresponsabilidad en la garantía de tal entorno, pues aunque el empleador es el principal obligado, precisa de los representantes de las personas trabajadoras así como de éstas. Es por ello que la representación colectiva asume el deber de contribuir a la sensibilización de las plantillas, comprometiendo su colaboración en la prevención y denuncia de actitudes de esta índole que conociese.

- b) Objetivos fundamentales y ámbito objetivo del protocolo.

El protocolo expresa como objetivos y define su ámbito objetivo en la prevención y erradicación de cualquier modalidad de acoso en el trabajo del campo onubense por razón de sexo –sexual y sexista–. De este modo, señala que su misión no sólo es corregir y sancionar las situaciones de acoso que identifique y se denuncien, sino también prevenirlas, razón por la que obliga a establecer “las medidas orientadas a evitar situaciones de acoso o susceptibles de constituir acoso”. A fin de atajar la gestión de la situación de acoso ya producida, propone “un procedimiento interno de actuación para los casos en los que, aun tratando de prevenir dichas si-

tuaciones, se produce una denuncia o queja interna por acoso” por alguna persona trabajadora. Asimismo, aunque parece dirigirse exclusivamente a la gestión de las modalidades de acoso discriminatorio relacionadas con el sexo/género, termina integrando en él tanto cualquier forma de acoso discriminatorio –edad, nacionalidad, etnia o raza, afiliación sindical, discapacidad, orientación sexual...–, como toda modalidad de acoso laboral, con inclusión del acoso moral o “mobbing”, siempre que no haya en la empresa protocolo específico.

- c) Definición y ejemplificación de conductas constitutivas de acoso: remisión a la LOIEMH y la laguna definitoria respecto del acoso moral (mobbing).

Con todo, esta amplia delimitación también plantea problemas, puesto que el convenio no ofrece un concepto de “acoso moral en el trabajo”, a diferencia de lo que sucede con las modalidades de acoso discriminatorio, que son definidas aun por remisión al art.7 LOIEMH, e incluso enunciadas –no exhaustivamente– en un listado de conductas constitutivas de acoso. De este modo, el convenio acoge el concepto de acoso sexual del art.7.1 LOIEMH –definido, básicamente, como cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el objetivo o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo–. No obstante, pese a la asunción de la delimitación legal, la ilustra con los comportamientos típicos más frecuentes, a fin de facilitar su –a veces complicada– identificación en la práctica¹⁴. De la definición general convencional de las conductas cabe destacar dos matizaciones que introduce. Así, por una parte, respecto de la exigencia del elemento subjetivo de la intencionalidad de lograr una respuesta sexual no aceptada de manera libre por la persona a la que se dirige, que es así en la modalidad de acoso sexual de intercambio (“quid pro quo”), no en el acoso sexual ambiental, para el que basta crear ese entorno intimidatorio, ofensivo u hostil, al margen de la intencionalidad¹⁵. Asimismo, por lo que respecta a la conducta, ha de apuntarse que para que se produzca acoso sexual es suficiente un único acto, a diferencia del resto de conductas de acoso, que implican reiteración¹⁶.

¹⁴ Vid. Del Rey Guanter, S. “Acoso sexual y relación laboral”, Relaciones Laborales, nº3 y 4, 1993, p. 86; Sáez Navarro, M.C. “Acoso sexual en el trabajo”, Aranzadi Social, IV, 1999, p. 2739, y Vallejo Dacosta, R. “El acoso sexual y acoso por razón de sexo: riesgos de especial incidencia en la mujer trabajadora”, Relaciones Laborales, nº 5, 2007, p.359 ss.

¹⁵ SSTCO 224/1999, 13 de diciembre de 1999 y 136/2001, 18 de junio de 2001.

¹⁶ Se trata de una precisión convencional extendida, ampliando el concepto de acoso sexual –en este sentido también, art. 14.2 II Convenio de oficinas y despachos de Málaga– y cuenta con aval jurisprudencial y judicial -STSJ Andalucía (Málaga), de 6 de mayo de 2019 (nº 803/2019).

Con todo, lo más significativo es el listado de acciones relativas al acoso sexual, respecto de las que distingue entre acoso sexual ambiental y de intercambio. Entre las propias del acoso sexual ambiental incluye:

- conductas físicas sexuales: tocamientos, acercamientos físicos excesivos e innecesario, agresiones físicas.
- Conducta verbal sexual: insinuaciones sexuales, proposiciones ofensivas, comentarios e insinuaciones obscenas, llamadas telefónicas indeseadas, bromas sobre la apariencia sexual, agresiones verbales deliberadas.
- Conducta no verbal de naturaleza sexual: exhibir fotos de contenido sexual o pornográfico o materiales escritos de tipo sexual miradas con gestos impúdicos, cartas o mensajes de correo electrónico de contenido sexual.

Es de destacar que, en relación a estas últimas, se aprecia una apertura hacia el denominado acoso cibernético en el trabajo, de actualidad por el tristemente célebre caso IVECO, por lo que se trata de una previsión convencional sumamente interesante¹⁷. No obstante, dada la actividad realizada y el ámbito en el que se desarrolla, es ciertamente improbable que éste se produzca en el ámbito del sector agrícola y en relación a las trabajadoras inmigrantes extracomunitarias.

En cuanto al acoso sexual de intercambio, el precepto especifica que puede incluir tanto proposiciones o conductas realizadas por un “superior jerárquico o persona de la que pueda depender la estabilidad del empleo o la mejora de las condiciones de trabajo”, como las que provengan de “compañeros/as o cualquier otra persona relacionada con la víctima por causa de trabajo, que implique contacto físico, invitaciones persistentes, peticiones de favores sexuales, etc.”. Ha de matizarse que esta precisión supone más una desnaturalización que una ampliación del concepto clásico de acoso por chantaje sexual, pues, a diferencia del acoso ambiental, el chantaje sexual siempre implica una relación de jerarquía, pues debe tratarse de una persona cuya posición en la empresa le permita dar credibilidad a la promesa de un beneficio laboral a cambio del favor sexual¹⁸.

Asimismo, se refiere al “acoso por razón de sexo”, que hace referencia más a la condición social que sexual de la mujer, así como al acoso dis-

¹⁷ Al respecto, de gran interés las obras monográficas de Molina Navarrete, C. “El ciberacoso en el trabajo, riesgo psicosocial emergente: cómo identificarlo y prevenirlo en las empresas”, La Ley-Walter Kluwer, Madrid, 2019 y de De Vicente Pachés, F. “Ciberacoso en el trabajo”, Atelier, Barcelona, 2018, p. 129 y ss.

¹⁸ Vallejo Dacosta, R. “El acoso sexual y acoso por razón de sexo: riesgos de especial incidencia en la mujer trabajadora”, op. cit., p.365.

criminatorio. Tras definirlos, remitiendo nuevamente a las normas legales –como comportamientos que se realizan atendiendo al sexo de una persona o a cualquier otra condición social o personal, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y crearla un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo–, ejemplifica de forma no exhaustiva como posibles conductas:

- Las que impliquen trato desfavorable hacia la persona, relacionado con el embarazo o la maternidad¹⁹, que constituyen “acoso moral por razón de género”²⁰.
- Las medidas organizacionales ejecutadas en función del sexo, o cualquier otra circunstancia personal o social, con fines degradantes: exclusión, aislamiento, evaluación no equitativa del desempleo, asignación de tareas degradantes, sin sentido o por debajo de su capacidad profesional...
- Comportamientos, conductas o prácticas adoptadas en función del sexo de una persona o cualquier otra circunstancia personal o social, de forma explícita o implícita y que tengan efecto sobre el empleo o las condiciones de trabajo.
- Ridiculizar a personas porque las tareas que asumen no se ajustan a su rol o estereotipo impuesto cultural o socialmente.
- Hacer chistes o burlas que ridiculicen el sexo, el origen racial o étnico o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.
- Menospreciar el trabajo y la capacidad intelectual de tales personas.
- Hacer críticas a la nacionalidad, actitudes y creencias políticas o religiosas...
- Conductas por razón de convicciones políticas o sindicales.

Respecto de los examinados conceptos de acoso en el sector, es de destacar, por una parte que, en la práctica, puede resultar muy complejo diferenciar unas modalidades de otras²¹, si bien todas ellas deben conllevar la activación del protocolo. Máxime si, como sucede en el analizado, no se define el acoso moral, pese a estar incluido en él en defecto de protocolo específico, por lo que no se pronuncia sobre si la voluntad de causar un

¹⁹ Muy recurrentes en la práctica, por todas, STSJ Galicia de 13 de abril de 2018, (nºrec. 421/2018).

²⁰ Según denominación dada por la doctrina, vid. Lousada Arochena, F. “El acoso moral por razón de género”, *Aranzadi Social* n. 15, 2004, p. 61 ss. y Molina Navarrete, C. “El acoso moral laboral por razón de género como delito”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social –CEF–* nº27, 2006, pp.13-14.

²¹ La STSJ Cantabria de 30 de enero de 2019 (nº74/2019) realiza la delimitación de una especie de acoso moral por razón de género con connotaciones sexuales, pero sin ser acoso sexual

daño a la persona trabajadora forma o no parte del tipo. En este sentido, en la reciente STC 56/2019, 6 de mayo de 2019, apartándose del criterio mantenido por doctrina judicial, sostiene que ni la intención ni el daño son elementos necesarios para activar el protocolo, puesto que la protección efectiva de la integridad moral exige actuar preventivamente, bastando la existencia de riesgo. Por lo demás, esta misma sentencia es asimismo importante al afirmar que la constatación de cualquiera de las conductas tipificadas como constitutivas de acoso debe obligar a activar el protocolo²².

d) Medidas de prevención de cualquier modalidad de acoso discriminatorio.

Con el objeto de prevenir, no solo el acoso laboral en todas sus modalidades, sino también cualesquiera “situaciones potencialmente constitutivas de acoso” en el ámbito del convenio, el protocolo ordena establecer diversas medidas que, por lo general, son análogas a las que recogen otros instrumentos de este tipo sectoriales y de empresa. En ellas predominan las técnicas de sensibilización, información y formación, sin que se hayan incluido otras de índole organizativo o netamente laborales, salvo las disciplinarias que, evidentemente, revelan el fracaso de la prevención.

En lógica con los arts.14 y 29 LPRL, el protocolo examinado hace recaer el mayor deber de vigilancia preventiva sobre quienes tienen mayor responsabilidad en la empresa. Asimismo, corresponde al empleador, con la representación laboral, definir y poner en práctica los programas formativos y/o de comunicación que favorezcan la acción de prevención del riesgo de violencia de género en las empresas del sector.

Especial significación –y particularidad del protocolo de referencia que evidencia el problema social de base– es la previsión de medidas específicas dirigidas a “favorecer la integración del personal de nuevo ingreso, evitando situaciones de aislamiento mediante un seguimiento del trabajador/a, no sólo en su proceso de acogida inicial, sino también con posterioridad al mismo”. De este modo, como en la ordenación convencional de los Planes de Igualdad en relación al sector agrícola onubense, también en relación al protocolo de gestión del acoso tiene una especial referencia el objetivo de la integración social y laboral de las trabajadoras, que son mujeres inmigrantes mayoritariamente marroquíes, si bien la previsión no lo indica expresamente, buscando una mayor apertura –que se aprecia también en el lenguaje inclusivo, poco realista, puesto que es evidente que

²² Diversos comentarios, con posiciones no totalmente coincidentes, son los de Molina Navarrete, C. “La “des-psicologización” del concepto constitucional moral en el trabajo: ni la intención ni el daño son elementos del tipo jurídico”, *Revista de Derecho Social*, nº86, abril-junio, 2019, p. 119 ss, y Correa Carrasco, M. “El concepto de acoso moral en el trabajo en la reciente doctrina del Tribunal Constitucional”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social –CEF–*, nº437-438, 2019, p.168.

el colectivo de riesgo el de las mujeres inmigrantes—. Por eso se considera que hubiese sido oportuno que, en lugar de utilizar fórmulas tan onmicomprensivas, que neutralizan la doble dimensión de género y nacionalidad, hubieran hecho referencia directa a tales circunstancias, haciéndolas más visibles, en línea con las exigencias del Convenio nº190 OIT.

- e) El marco regulador y de actuación del procedimiento de intervención en caso de denuncia por acoso.

El protocolo de gestión eficaz del acoso en el trabajo del convenio del campo de Huelva prevé un procedimiento de gestión interna de las denuncias de acoso, en cualquiera de sus modalidades, pero en especial el discriminatorio asociado a diversas formas de violencia de género. Estos procedimientos son típicos, sin que su estructura y contenidos se aparten sustancialmente de la regulación convencional habitual de estos instrumentos.

Así, en primer lugar establece unas cautelas aplicativas generales, a fin de garantizar la protección de toda persona afectada, sea como denunciante-víctima o como denunciado-acosador –confidencialidad, audiencia e imparcialidad—. También, la agilidad en la gestión, la profesionalidad de la intervención y su eficacia.

Después, delimita las fases del procedimiento de denuncia interna, que son básicamente cuatro:

- 1ª Inicio del Procedimiento o fase de presentación de la denuncia: Prevé que se inicie directamente por denuncia de la persona afectada, por la representación laboral o por cualquier otra “persona que tenga conocimiento de la situación”. Aunque nada se dice al respecto, parece tratarse de denuncia nominativa, no bastando que sean “anónimas”, como hoy parece predicarse de forma creciente en los procedimientos de denuncia interna tipo “delación”, recurrentes en el marco de los sistemas de cumplimiento normativo mediante “compliance”²³.
- 2ª Instrucción del expediente y realización del informe: En este estadio podrían abrirse diferentes posibilidades –gestión por la dirección de recursos humanos, por los servicios de prevención, comisión de investigación ad hoc, con la representación laboral y técnica...–, pero

²³ Con carácter general, y en el contexto de prevención de delitos y programas de autorregulación en el seno de las empresas vid. Mesía Martínez, C. “El procedimiento de denuncia interna Whistleblowing y su regulación por las normas de gobierno corporativo”, Tesis doctoral, 2015: <http://lessepslegal.com/wp-content/uploads/2018/03/Tesis-Christian-Mesia.pdf>. Para el ámbito laboral vid. Lousada Arochena, F. “Sistemas de denuncias internas (whistleblowing) y derechos fundamentales en el trabajo”, Trabajo y Derecho, nº52, 2019, pp. 24-36.

el convenio ha optado por la gestión mediante el servicio de recursos humanos, muy ligada a la empresa y que sólo garantiza el conocimiento sindical del trámite. De este modo, se suscitan dudas acerca de su dimensión preventiva, puesto que se evidencia la deriva disciplinaria, de la que, por lo demás, adolece casi la práctica totalidad de este tipo de protocolos, lo que explica su alto índice de fracaso.

La articulación de este expediente, a su vez, en dos fases, es también muy común, siendo general reconocer 1) una acción previa, más informal –a modo de mediación–, para resolver de forma precoz el problema, llamando la atención sobre los efectos negativos de la conducta del denunciado y 2) entrevista –de forma conjunta o por separado– a los implicados. En otro caso, debe abrirse –nunca más allá de 7 días desde el inicio– el “expediente informativo”, que es el procedimiento formal y cuya duración no puede exceder de 20 días.

La instrucción concluirá con un informe, que debe elevarse a la Dirección de Recursos Humanos, la Comisión de Igualdad y a las partes afectadas, que ha de incluir un contenido mínimo –antecedentes y hechos, diligencias practicadas, valoración final y aportación de medidas, a fin de adoptar las medidas que correspondan por la empresa, con la identificación de si hay o no acoso–, y debe ir firmado por el comité instructor.

Por lo demás, a fin de atajar la incidencia de la conducta en la salud de la víctima durante el procedimiento, el protocolo prevé la posible aplicación de medidas cautelares.

- 3^a Decisión por parte de la dirección de la empresa: una vez concluido el informe, con su propuesta, debe trasladarse a la dirección de la empresa para que adopte la solución adecuada.

- Si determina la existencia de acoso, debe activarse el procedimiento de despido por infracción muy grave, no pudiendo demorar la decisión más de 10 días naturales desde la recepción del dicho informe²⁴.
- Si, la sanción impuesta no determinase el despido, ha de garantizarse que no haya convivencia de la víctima y el acosador en el mismo entorno laboral. En este caso, se da a la persona agredida la posibilidad de ser trasladada o permanecer en su puesto, en su caso,

²⁴ El despido por conducta de acoso está contemplada expresamente, sobre todo para todas sus modalidades discriminatorias, en el art. 54 ET, aceptando mayoritariamente en la actualidad, tras algunas dudas, la doctrina de duplicación la proporcionalidad de la sanción máxima –STSJ Andalucía (Málaga) de 6 de mayo de 2019 (nº803/2019), STSJPV de 16 de abril de 2019 (nº765/2019) y STSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 28 de mayo de 2019 (nº581/2019), entre otras–.

sin acudir a la vía del art. 41 ET²⁵. Curiosamente, de forma muy criticable, el protocolo solo alude a la posibilidad de movilidad de la víctima.

- En el caso de que se haya probado que no existe acoso, se archivará el expediente.
- No obstante, si la investigación constata la inexistencia del acoso, pero pone de manifiesto que subyace un conflicto personal relevante generado por el trabajo o cualquier infracción recogida en el régimen disciplinario, deben proponerse medidas a la dirección. En este punto, ha tenerse en cuenta la doctrina judicial reciente que pone de relieve que no es el acoso el único riesgo psicosocial en la empresa, sino que una conflictividad causante de mal ambiente en el trabajo y no atendida por la empresa también requiere de una acción preventiva y que, en caso de inactividad, genera responsabilidad para la empresa²⁶.

- f) Catálogo de medidas a adoptar tras la finalización del procedimiento de investigación para la protección eficaz frente al acoso constatado.

La dimensión de protección de la seguridad y salud en el trabajo que adopta el protocolo del sector del campo onubense, en general, y muy en especial respecto de las mujeres inmigrantes extracomunitarias, hace que ponga énfasis en las medidas protectoras para las víctimas acoso cuando éste se ha constatado. No obstante, la acción no sólo se centra en las víctimas, a fin de mejorar su protección, sino también en las personas acosadoras que permanezcan en la empresa, lo que resulta poco oportuno, porque si se identifican conductas acosadoras, habría de acudirse a la vía del despido a fin de que tenga un efecto disuasorio real, por lo que no se entiende esta devaluación de la gravedad de la conducta por parte de la norma convencional.

En cualquier caso, finalizado el procedimiento, el órgano de instrucción podrá proponer, además de una evaluación de riesgos psicosociales de la empresa, en línea con el art.16 LPRL, las siguientes medidas:

- 1º Respecto de las víctimas:
-Apoyo psicológico y social.

²⁵ Así, STS de 18 de diciembre de 2013 (nºrcud. 2566/2012).

²⁶ STSJ Cantabria de 20 de marzo de 2019 (nº226/2019). Un comentario de esta sentencia puede verse en García Celaá, B. “¿Cuándo deben actuar las empresas en materia de protección y prevención de riesgos psicosociales? ¿Qué limita su responsabilidad?”, Revista de Trabajo y Seguridad Social –CEF–, nº437-438, 2019, p.176 ss.

- Modificación de las condiciones laborales que, previo consentimiento de la persona trabajadora acosada, se estimen beneficiosas para su recuperación.
 - Facilitación de formación profesional para su actualización o capacitación tras un proceso de baja prolongado debido al acoso
 - Adopción de medidas de vigilancia de la salud
- 2º Respecto de las personas acosadoras que permanezcan en la empresa:
- Adopción de las “medidas pertinentes” para evitar la reincidencia, sin que defina cuáles puedan ser éstas.
 - Reiteración de los estándares éticos de la empresa: Aunque no lo dice, podría pensarse en establecer la medida obligatoria de seguir curso específico a tal fin, o la firma expresa del código de conducta.
- g) Prohibición de represalia, sin perjuicio de la posibilidad de ejercer el poder disciplinario, frente a denuncias de acoso sexual-sexista falsas o manifiestamente infundadas.

En caso de que la denuncia termine sin la constatación de que se haya producido acoso, el protocolo prevé un tratamiento diferente según se trate de una persona denunciante de buena fe o no. Así, contempla una prohibición expresa de “represalia contra las personas que efectúen una denuncia, atestigüen, colaboren o participen en las investigaciones que se lleven a cabo, y contra aquellas personas que se opongan a cualquier situación de acoso frente a sí mismo o frente a terceros”. Es ésta una cláusula convencional declarativa, por cuanto tal prohibición está amparada en el art.24 CE, según la doctrina de la garantía de indemnidad, ya que su protección no solo incide sobre demandas judiciales, sino también sobre actuaciones consideradas preparatorias de las mismas y, en todo caso, aquellas que supongan reivindicación de derechos, más aún si son fundamentales, como sucede en este caso²⁷.

El protocolo establece la prohibición explícita de la presentación de denuncias falsas, esto es, manifiestamente infundadas, con advertencia de aplicación del régimen disciplinario. En este sentido, señala que “no obstante lo anterior, si de la investigación realizada se pusiera en evidencia que la persona presunta acosadora (sic) ha actuado con acreditada falta de buena fe o con ánimo de dañar, se podrán adoptar las medidas previstas para los supuestos de transgresión de la buena fe contractual (...)”.

Aunque esta previsión, en la que la muy llamativa errata es evidente, es recurrente en los protocolos de gestión del acoso, hay en su tenor literal

²⁷ En este sentido, vid. STSJ Madrid de 28 de junio de 2019 (nº713/2019)

cierta singularidad, por cuanto refleja una concepción restrictiva de la respuesta disciplinaria. Así, el convenio colectivo del campo de la provincia de Huelva no establece para tales conductas una infracción disciplinaria específica, sino que realiza una remisión al régimen disciplinario general. De este modo, no sólo contempla la aplicación de la vía disciplinaria como potestativa –literalmente indica que “se podrán adoptar”–, sino que remite a la infracción genérica de la transgresión de la buena fe contractual, añadiendo –pese a la partícula disyuntiva “o”– el elemento subjetivo de la “intención de dañar”, que no es exigida por la doctrina judicial y jurisprudencial en relación a la infracción genérica de la letra d) del art. 54.2 ET.

En consecuencia, ha de distinguirse entre denuncia falsa o manifiestamente infundada, que darán lugar a procedimiento disciplinario, y las denuncias fallidas, que serán la mayoría, ante la posición tan restrictiva de estos procedimientos. En este sentido, ilustrativas resultan las SSTSJ Madrid de 16 de abril de 2018 (nºrec.1427/2017, firme), que consideró procedente una multa por temeridad impuesta ante una “demanda de acoso absolutamente infundada”, y de 20 de diciembre de 2017, (nºrec.1127/2017), si bien revocó la multa por temeridad procesal impuesta por la instancia. De diferente signo es la STSJ Galicia 12 de abril de 2019 (nºrec.374/2019), que no estimó la falsedad de la denuncia pese a declararlo así la Comisión de Investigación del Protocolo activado por la empresa. Con toda rotundidad, ésta entiende que “una cosa es que los hechos constitutivos de acoso (...) no hayan podido ser acreditados, y otra es acreditar la intención, el dolo, esto es, que la denuncia (...) sólo tuvo por única causa el dañar y obtener algún beneficio –añadiendo que al respecto el Protocolo– (...) no puede erigirse en norma tipificadora de conductas susceptibles de despido, ni mucho menos equiparar una denuncia (...) que se archiva a una denuncia falsa”.

- h) El protocolo como medida de tutela interna que no perjudica la externa, a través de las garantías públicas (acción administrativa y denuncia penal).

El protocolo asimismo, incide en la naturaleza pre-procesal de las medidas que incorpora. Así, dispone que “la regulación y procedimientos establecidos en el presente protocolo no impiden que en cada momento, se puedan promover y tramitar cualquier otra acción para exigir las responsabilidades administrativas, sociales, civiles o penales que en su caso correspondan”. Es esta, sin duda, una previsión declarativa por cuanto los instrumentos de mediación e intervención interna en ningún caso podrían condicionar el ejercicio de acciones externas, administrativas y jurisdiccionales, pues lo contrario vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva.

3. CUMPLIMIENTO TARDÍO DE LEY NACIONAL, APLICACIÓN ANTICIPADA DE NORMA INTERNACIONAL: EL NUEVO MARCO DEL CONVENIO N°190 OIT

Como se ha destacado en las anteriores páginas, las previsiones antidiscriminatorias y frente al acoso sexual y por razón de sexo incluidas en el convenio colectivo del campo onubense llegan con demora respecto del cumplimiento legislativo, y también en relación a otros sectores. Con todo, su adopción es muy afortunada dados los graves problemas que se produjeron del sector poco antes de su adopción. En cualquier caso, ese retraso en su aparición ha determinado que surja justo cuando se ha aprobado un nuevo marco jurídico-internacional para la protección frente a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, que atribuye más protagonismo a la prevención que a la regulación penal –aunque ambas quedan ampliamente incluidas, más la laboral²⁸. Es por ello que la norma colectiva sectorial comentada cobra una especial significación en este contexto de renovación jurídica, en el que la OIT ha superado su técnica de “soft law”, ya habitual en los últimos tiempos²⁹. La norma convencional examinada ya adelantó el enfoque de gestión integrada de la perspectiva de género y la diversidad nacional, precediendo a la norma internacional.

Sin más voluntad de poner de manifiesto estas afirmaciones, y no de hacer un examen detenido de sus previsiones, procede realizar algunos apuntes sobre el Convenio n°190 OIT. Éste, desde su preámbulo, incide en la necesidad de garantizar de forma efectiva el derecho fundamental de toda persona a un entorno laboral libre de violencia y acoso, en todas sus modalidades, atendiendo a la perspectiva de género y en relación, dentro de ella, al grupo todavía más vulnerable constituido por las mujeres inmigrantes (art.6).

Por una parte, es interesante la definición amplia que aporta respecto de violencia y acoso por razón de género, que debe integrarse en la legislación nacional (art.7)³⁰, una vez se ratifique, identificándola (art.1,b) con una conducta inacep-

²⁸ Sobre el particular, vid. Velázquez Fernández, M. “El Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo: principales novedades y expectativas”, op. cit., p.134.

²⁹ Así se destaca en Miñarro Yanini, M. “Cien años de política normativa de la OIT: una vigorosa historia con futuro incierto”, Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF, n°434, p.5 ss. Destacando la importancia de incorporar el concepto “grupo vulnerable” en un instrumento con eficacia normativa, Fernández Villazón, L. “La OIT y los grupos vulnerables: Especial atención a la vulnerabilidad de género y a la protección de la infancia”, op.cit, p.132.

³⁰ La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), en su Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, de 2008, ya valoró, como se recoge en el Informe de referencia de la OIT, que “de no contarse con una definición y una prohibición claras tanto del acoso sexual como del derivado de un ambiente de trabajo hostil, no podrá afirmarse que la legislación laboral aborda efectiva e indiscutiblemente todas las formas de acoso sexual”. Un análisis detallado de estos antecedentes en Ramos Quintana, M. “Enfrentar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo: la discusión normativa de la OIT”, op. cit., p. 94 ss.

table o inapropiada, o la amenaza de llevarlas a cabo, sean o no reiteradas, que van dirigidas contra las personas por razón de su sexo o género, o que les afectan de manera desproporcionada, incluyendo el acoso sexual. Por otra, trazándose un ámbito personal muy amplio, al identificarse con todas las personas que prestan servicios asalariados –incluyendo en prácticas, o becarias–, es también de gran relevancia la definición del ámbito locativo, al acoger una delimitación del lugar de trabajo expansiva (art. 3), lo que resulta especialmente relevante en el ámbito de referencia del convenio colectivo examinado dado que las recolectoras pasan una parte muy importante del tiempo en fincas de los empleadores y en medios de transporte para cubrir los trayectos de ida y vuelta.

Por lo que respecta a los principios y valores fundamentales inspiradores de las políticas internas de gestión de la violencia laboral de género (art.4), no se aportan novedades sustanciales, por tanto, se identifican con los del convenio del campo de Huelva, que asume el ya referido enfoque de integración. Con todo, ha de destacarse el interés del Convenio nº190 también en esta vertiente, por insistir en la visión de la violencia laboral de género como riesgo a prevenir dentro del sistema de gestión de los riesgos profesionales –por tanto, ex art. 14 LPRL³¹–.

El Convenio internacional parte de la premisa esencial de que no basta con prohibir, sino que, además, es preciso establecer un sistema de políticas, internas de la empresa, y públicas, a fin de que la acción sea efectiva (art.9). Consecuentemente, siempre desde un sistema de leyes y políticas que tengan como finalidad garantizar el derecho a la igualdad y a la no discriminación en el empleo y la ocupación, incluyendo especialmente a las trabajadoras migrantes como grupo de especial vulnerabilidad (art. 5), todo Estado miembro que ratifique el Convenio habrá de contar con garantías públicas adecuadas, a saber, tutela administrativa, en especial de la inspección de trabajo, tutela judicial, reparadora y, en lo penal, sancionadora. No obstante, también tendrá que exigir a los empleadores la gestión eficaz del riesgo de violencia y acoso dentro de una política más global de evaluación de riesgos laborales, de índole psicosocial, y de integración de los colectivos vulnerables, como las mujeres inmigrantes, que es precisamente la directriz plasmada en el convenio colectivo del campo onubense.

Con todo, exigencia básica para que tan extenso entramado de medidas sean efectivas es que sean accesibles para las personas destinatarias. Es por ello de especial relevancia en relación con el ámbito examinado la llamada que hace a la obligación de proporcionar medidas “accesibles” para “garantizar un fácil acceso a vías de recurso y reparación apropiadas y eficaces y a mecanismos y procedimientos de notificación y de solución de conflictos en los casos de violencia y

³¹ Según el punto 2 de la Recomendación 206, al adoptar y aplicar el enfoque inclusivo, integrado y que tenga en cuenta las consideraciones de género “los Miembros deberían abordar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo en la legislación relativa al trabajo y el empleo, la seguridad y salud en el trabajo, la igualdad y la no discriminación y en el derecho penal, según proceda”.

acoso en el mundo del trabajo, que sean seguros, equitativos y eficaces” (art. 10), así como que “se emprendan iniciativas al respecto, con inclusión de campañas de sensibilización”. Tales mandatos se consideran especialmente relevantes en atención a criterios de tipo sectorial –actividades y condiciones de trabajo donde el riesgo de violencia laboral de género sea prevalentes–, así como subjetivo –grupos vulnerables, entre las que el punto 10 de la Recomendación 206, en aplicación del art.6 del Convenio incluye a las mujeres inmigrantes como grupo vulnerable a estos efectos–.

En suma, a la vista de estos breves pero ilustrativos apuntes sobre el Convenio nº190 OIT, y enlazando con la norma convencional de referencia en este trabajo, puede concluirse que el convenio internacional no establece previsiones significativamente distintas a las integradas en el convenio colectivo del campo de Huelva.

4. CONCLUSIONES

Las empresas tienen la obligación de proteger eficazmente a las trabajadoras migrantes contra la violencia laboral derivada del género, con independencia de la modalidad de ésta y de su estatuto migratorio, pues esta doble condición social, de mujer e inmigrante, genera una vulnerabilidad de doble grado que determina que haya sido siempre una rémora para la igualdad de trato y de oportunidades de estas trabajadoras. Ante la constatación de situaciones que demostraban claramente que esta tutela no se estaba prestando en la concreta actividad de la recolección de la fresa, el convenio colectivo del campo de Huelva ha tratado de atajar el problema incluyendo previsiones dirigidas a facilitar su integración social y a establecer herramientas para prevenir el acoso sexual y por razón de sexo y castigar estas conductas.

De este modo, el sector ha sabido reaccionar ante un problema en el que había mucho en juego, tanto desde el punto de vista humano y social, como también desde la perspectiva económica. Es por ello que, constituyendo el convenio examinado un marco mejorable en muy diversos aspectos, lo cierto es que supone una gran mejora respecto del precedente, por lo que su adopción no puede sino merecer una valoración positiva. En consecuencia, las previsiones dirigidas a la integración y la lucha contra la violencia en el trabajo contenidas en este instrumento se observan con la esperanza de que realmente sean un revulsivo contra el acoso sexual, por razón de sexo y discriminatorio de las más vulnerables.

Con todo, es inevitable mantener cierto escepticismo, no sólo por los diversos aspectos cuestionables o directamente merecedores de crítica que integra, que han sido apuntados en la exposición precedente, sino por la dificultad de que personas

vulnerables y poco integradas socialmente, como son las recolectoras de la fresa, por su condición de mujeres inmigrantes con hijos pequeños, ejerzan los derechos que se les reconocen, dado que, paradójicamente, en ocasiones más que un cauce de protección, ven en ellos un riesgo para el sustento de la familia que la espera en su país de origen. Por ello, es esencial para que estas previsiones sean verdaderas garantías para la prevención y protección frente a abusos que se trabaje desde todos los ámbitos por la integración social de estas mujeres. En este sentido, la integración social de las temporeras, tradicionalmente obviada por considerar que la temporalidad de su estancia lo hacía innecesario, constituye una premisa básica imprescindible para que se encuentren en disposición de ejercitar sus derechos, siendo preciso para ello intensificar las medidas que se establezcan con este fin, pues sólo así puede propiciarse que ejerciten los derechos que se les reconocen y evitar con ello que haya, de facto, lugares sin ley.

A buen seguro, el camino no será ni rápido ni sencillo, pero es preciso recorrerlo, estableciendo, además, las mayores garantías de efectividad posibles. Ello que requiere una intensa implicación de los poderes públicos, los interlocutores sociales y, por supuesto, las empresas, así como la implantación inmediata de medidas que faciliten la integración social de estas trabajadoras, dada su esencialidad para la efectividad de las normas, como es la mediación intercultural en el sector.

UNIONES CIVILES Y RELACIÓN LABORAL EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO

PAOLO PIZZUTI

Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Molise (Italia)

EXTRACTO **Palabras Clave:** uniones civiles; matrimonio; relación laboral

Con la entrada en vigor de la ley n.º 76 de 20 de mayo de 2016, (la llamada ley Cirinnà) se introdujo en el sistema italiano el instituto de las uniones civiles, un modelo jurídico similar pero distinto del matrimonio, con el que se regulan los vínculos homoafectivos. La finalidad del presente trabajo es analizar el impacto de las nuevas reglas en la situación de los trabajadores por cuenta ajena, con especial atención a los efectos derivados de la extensión, a las parejas unidas civilmente, de los derechos ya reconocidos a los cónyuges unidos en matrimonio.

ABSTRACT **Key Words:** same sex couple; marriage; work relationship

With the entry into force of the law of 20 May 2016, n. 76, the Legislator introduces into the Italian system the institution of civil unions, a legal model similar but distinct from marriage, with which homoaffective ties are regulated. The paper aims to analyze the impact of the new rules, with particular regard to the “effects” of labor law deriving from the extension to the civilly unity couples of the rights already recognized to the spouses unity in marriage.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN. FAMILIA TRADICIONAL Y CONSTITUCIÓN ITALIANA
2. EL CEDH Y LA CARTA DE NIZA
3. EL EXCURSUS LEGISLATIVO DE LAS UNIONES CIVILES
4. LOS EFECTOS DE LA LEY N.º 76/2016 EN LA RELACIÓN LABORAL: ASPECTOS GENERALES
 - 4.1. Indemnización de preaviso y liquidación por extinción de la relación laboral (finiquito) en caso de muerte del beneficiario
 - 4.2. La cláusula general de equivalencia
5. ALGUNOS ASPECTOS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

1. INTRODUCCIÓN. FAMILIA TRADICIONAL Y CONSTITUCIÓN ITALIANA

La ley n.º 76 de 20 de mayo de 2016, (la llamada ley Cirinnà), que entró en vigor el 5 de junio de 2016, introdujo en el ordenamiento italiano las uniones civiles y reguló las parejas de hecho, llevando a cabo una reforma radical del derecho de familia basado tradicionalmente en el monopolio jurídico del matrimonio¹.

El art. 29 de la Constitución italiana define la familia “*como sociedad natural fundada en el matrimonio*” (ap. 1) y establece “*la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos en la ley como garantía de la unidad familiar*” (ap. 2)². Como se sabe, dicha norma fue fruto de un largo y controvertido debate entre católicos y laicos en el seno de la Asamblea Constituyente: los primeros deseaban introducir en la Carta el carácter de la indisolubilidad del vínculo matrimonial³, mientras que los segundos eran reacios a introducir la familia y su definición en la Constitución. Superadas las divergencias, los constituyentes calificaron la familia como sociedad natural, reconociéndole una autonomía originaria respecto al Estado. En el pensamiento tradicional de los juristas, la familia ha sido considerada como una forma primaria de sociedad, nacida con el fin de

¹ Auletta, T., “Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia? (l. 20 maggio 2016, n. 76)”, *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2016, p. 367 y ss.; Buffone, G., Gattuso, M. y Winkler, M.M., *Unione civile e convivenza*, Giuffrè, Milano, 2017; Bona, C., “La disciplina delle convivenze nella l. 20 maggio 2016, n. 76”, *Foro Italiano*, 2016, p. 2091; Magnani, M., “La famiglia nel diritto del lavoro”, *WP C.S.D.L.E. “MASSIMO D’ANTONA”*. IT 146/2012; Passalacqua, P., “Profili lavoristici della L. n. 76 del 2016 su unioni civili e convivenze di fatto”, *WP C.S.D.L.E. “MASSIMO D’ANTONA”*. IT 320/2017, p. 15 y ss.; y Schlesinger P., “La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze”, *Famiglia e Diritto*, 2016, p. 845 y ss.

² Cfr. Bin, R., “La famiglia: alla radice di un ossimoro”, *Lavoro e Diritto*, 2001, p. 9 y ss.; Barcellona, P., “voce Famiglia”, *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVI, Giuffrè, Milano, 1967, p. 779 y ss.; Bessone, M., *Rapporti etico-sociali*, en AA. VV., *Commentario della Costituzione* (Branca, G., Coord.), Zanichelli, Bologna-Roma, 1979, p. 1 y ss.

³ Dal Canto, F., “Le coppie omosessuali davanti alla Corte Costituzionale: dalla aspirazione al matrimonio al diritto alla convivenza”, *Rivista AIC* 4/2010, p. 9 y ss.

satisfacer las necesidades fundamentales de la persona y constituir la base de la más amplia comunidad civil⁴.

Sin embargo, inmediatamente se evidenció la incongruencia del primer apartado del art. 29 de la Const.⁵, puesto que la idea de una sociedad natural difícilmente se conjuga con el matrimonio, instituto de derecho positivo. Los dos componentes esenciales de la disposición constitucional – sociedad natural y matrimonio – constituyen claramente un oxímoron⁶, aunque en aquella época era difícil pensar en un modelo “natural” de familia alternativo respecto al derivado del matrimonio civil⁷. Por el contrario, la preocupación principal fue la de definir, como antítesis al reciente pasado fascista, la autonomía originaria de la familia matrimonial respecto a los poderes públicos del Estado y el legislador ordinario.

Por otra parte, el término “*natural*”, asociado al de familia, no asumía para la mayoría de los Constituyentes ninguna connotación de carácter iusnaturalista, sino que más bien se quería subrayar una exigencia de “*racionalidad*”, es decir, responder a una necesidad primaria de la persona. En particular, el debate en la doctrina italiana sobre el concepto de “*naturalidad*” de la familia se dividía entre una orientación de carácter iusnaturalista y otra de tipo historicista.

Según la primera corriente⁸, la naturalidad significaba “*inmanencia*” y “*pre-existencia*” de la familia y, por tanto, la imposibilidad de someterla a la intervención del legislador según las instancias sociales. Según esta idea, el modelo familiar y las relaciones instauradas entre los cónyuges se consideraban como constantes basadas necesariamente en la tradición.

Para los historicistas⁹, por el contrario, la “*naturalidad*” hacía referencia a un modelo de familia en constante evolución, asociado necesariamente a un determinado contexto histórico-social¹⁰. Desde esta perspectiva, la familia asume

⁴ Sesta, M., “La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 2/2017, p. 567 y ss.

⁵ Bessone, M., op. cit., p. 1 y ss.; Caggia, F. - Zoppini, A., “Sub art. 29 Cost.”, en AA. VV., *Commentario alla Costituzione* (Bifulco, R., Celotto, A. y Olivetti, M., Coord.), vol. I, Torino, Utet, 2006, p. 601 y ss.; así como, más reciente, Veronesi, P., “Costituzione, ‘strane famiglie’ e ‘nuovi matrimoni’”, *Quaderni Costituzionali*, 2008, p. 577 y ss.

⁶ Bin, R., “La famiglia: alla radice di un ossimoro”, *Studium Iuris*, 2002, p. 1066 y ss.; Id., “Per una lettura non svalutativa dell’art. 29”, en Bin, R.; Guazzarotti, A.; Brunelli, G.; Pugiotto, A.; Veronesi, P., *La “società naturale” e i suoi “nemici”*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 47.

⁷ Pisapia, D., “voce Famiglia – Diritto Privato”, *Nuovo Digesto Italiano*, vol. VII, Utet, Torino, 1965, p. 48 y ss.

⁸ Sobre el enfoque iusnaturalista cfr. Bessone, M., op. cit., p. 12 y ss.

⁹ Sandulli, A.M., “Sub art. 29”, en AA. VV., *Commentario al diritto italiano della famiglia* (Cian, G. - Oppo, G. - Trabucchi, A., Dir.), vol. I, Cedam, Padova, 1992, p. 7 y ss.; Barcellona, P., op. cit., 780 y ss.; Bessone, M., op. cit., p. 47 y ss.

¹⁰ Rescigno, P., *Matrimonio e famiglia. Cinquant’anni di diritto e famiglia*, Giappichelli, Torino, 2000, p. XIX. También para Bianca, C. M., *La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 14: “la fórmula constitucional ha sido criticada porque esta aludiría a una noción iusnaturalista de la familia, que en realidad es un fenómeno mutable e históricamente condicionado”.

el sentido de una comunidad de vida que nace espontáneamente y que no puede predeterminarse abstractamente¹¹, mientras que el propio instituto matrimonial adquiere contornos más difuminados, modelados por la historia, la cultura y los valores de los pueblos¹². Por tanto, de ello se deduce que la Constitución italiana habría establecido una norma en blanco, asumiendo “*la familia que ofrece la realidad social*”¹³, es decir, en función del estado de la evolución de las relaciones familiares en la sociedad civil¹⁴.

En una posición intermedia respecto a las teorías citadas anteriormente se sitúa, por último, una tercera tesis – acogida por el Tribunal Constitucional italiano – la cual, aunque no niega la relatividad ni la historicidad de la noción constitucional de familia, postula la existencia de un “*núcleo duro*” de la misma del que el legislador ordinario no podría disponer libremente. Y dicho contenido mínimo esencial, definible a través del recurso al arraigo en el tejido social y la tradición, incluiría precisamente el elemento de la diversidad de sexo entre los cónyuges¹⁵.

2. EL CEDH Y LA CARTA DE NIZA

La evolución del concepto jurídico de familia en el ordenamiento italiano ha sufrido la influencia de las fuentes normativas supranacionales que vinculan a Italia, en particular, las que operan en ámbito europeo.

Un papel fundamental lo ha desempeñado el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 en el contexto del Consejo de Europa. Entre los principios fundamentales contenidos en el CEDH, los concernientes a la familia tutelan el derecho a la vida privada (art. 8) y el derecho al matrimonio (art. 12) y establecen la prohibición de cualquier discriminación (art. 14).

Por lo que se refiere a la vida privada y familiar, el art. 8 indica que “*toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y*

¹¹ Rescigno, P., op. cit., p. XIX.

¹² Ferrando, G., “Il matrimonio gay, il giudice, il legislatore”, Responsabilità Civile e Previdenza, 2008, p. 2344 y ss.

¹³ Finocchiaro, G., “Del Matrimonio. Art. 79-83”, en AA. VV., *Commentario del codice civile* (Scialoja, A.-Branca, G., Coord.), vol. II, Zanichelli, Bologna-Roma, 1971, p. 26

¹⁴ Mancini, T., “Uguaglianza tra coniugi e società naturale nell’art. 29 Cost.”, Rivista di Diritto Civile, 1963, p. 223 y ss.

¹⁵ Cfr., entre otros, Busnelli, F., “La famiglia e l’arcipelago familiare”, Rivista di Diritto Civile, 2002, espec. p. 520; Ruggeri, A., “Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione”, Quaderni Costituzionali, 2007, p. 751 y ss.; Tondi Della Mura, V., “La dimensione istituzionale dei diritti dei coniugi e la pretesa dei diritti individuali dei conviventi”, Quaderni Costituzionali, 2008, p. 101 y ss.; y Dal Canto, F., “Matrimonio tra omosessuali e principi della Costituzione italiana”, Foro Italiano, 2005, p. 275 y ss.

de su correspondencia”, sin ninguna injerencia por parte de la autoridad pública¹⁶. La amplitud de contenido atribuible a la noción de “*vida privada y familiar*” ha hecho posible, gracias a la contribución interpretativa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se puedan englobar en el concepto de vida familiar citado anteriormente también a las parejas homosexuales. Después de una fase inicial de incertidumbre sobre el reconocimiento de la igualdad de derechos para las parejas del mismo sexo –debida más bien a las diferencias profundas de enfoque de los distintos ordenamientos nacionales de los Estados miembros– los jueces de Estrasburgo han empezado a admitir importantes aperturas. Así, a partir de la famosa sentencia de 24 de junio de 2010, *Shalk y Kopf c. Austria*¹⁷, el Tribunal ha englobado en la definición de vida familiar del art. 8 del CEDH las relaciones estables y duraderas entre dos personas del mismo sexo, al igual que se incluye la relación de una pareja heterosexual.

Concretamente, la cuestión surgió a partir del recurso de dos ciudadanos austriacos, cuya petición de matrimonio fue rechazada por las autoridades nacionales puesto que el código civil austriaco reservaba¹⁸ expresamente el matrimonio a personas de sexo opuesto. Y bien, el Tribunal ha considerado que el art. 12 del CEDH, combinado con lo dispuesto en el citado art. 8, debe interpretarse en el sentido de que el derecho a contraer matrimonio puede reconocerse no solo a las parejas heterosexuales, sino también a las homosexuales. Así es, para los jueces de Estrasburgo, la referencia literal a “*hombre*” y “*mujer*” indica los sujetos titulares del derecho a contraer matrimonio (el derecho debe reconocerse a todo hombre y a toda mujer), sin limitar la facultad de elegir libremente a la pareja de

¹⁶ Zencovich, V. Z., “Art. 8, Diritto al rispetto della vita privata e familiare”, en AA. VV., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (Bartole, S., Conforti, B., Raimondi, G., Coord.), Cedam, Padova, 2001, pp. 307-317. Para un encuadramiento de la noción de “vida familiar” en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo véase Biondi, F., “L'unità familiare nella giurisprudenza della Corte costituzionale e delle Corti europee (in tema di ricongiungimento familiare e di espulsione degli stranieri extracomunitari)”, en AA. VV., *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana, Avvicinamenti, dialoghi, dissonanze* (Zanon, N., Coord.), Esi, Napoli, 2006, pp. 63-98; y Tonolo, S., *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 2007, espec. pp. 38 y 56.

¹⁷ Trib. EDH, 24 de junio de 2010, rec. n.º 30141/04, *Shalk e Kopf c. Austria*, Nuova Giurisprudenza Civile Commentata I/2010, p. 1137 y ss., con nota de Winkler, M., “Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della Corte di Strasburgo”. En la doctrina, véanse Conte, R., “Profili costituzionali del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali alla luce di una pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'uomo”, *Corriere Giurico* 4/2011, p. 573 y ss.; Meli, M., “Il matrimonio tra persone dello stesso sesso. L'incidenza sul sistema interno delle fonti sovranazionali”, *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* II/2012, p. 451 y ss.; Ragni, C., “La tutela delle coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso *Schalk e Kopf*”, *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2011, p. 639. En el mismo sentido, pero un poco anterior, v. Trib. EDH, 2 de marzo de 2010, rec. n.º 13102/02, *Kozak c. Polonia*, *Famiglia e Diritto*, 2010, p. 874 y ss., con nota de Danisi, C., “Successione nel contratto di affitto: quale protezione per la famiglia tradizionale dopo il caso *Kozak c. Polonia* alla Corte di Strasburgo?”; y Id., “*Kozak c. Polonia*: difesa della famiglia e discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale”, www.forumcostituzionale.it, 14 de marzo de 2010.

¹⁸ A partir del 1 de enero de 2019 el matrimonio se ha extendido también a las parejas homosexuales.

uno u otro sexo: por tanto, el derecho en cuestión debe extenderse también a los miembros de una pareja formada por personas del mismo sexo. Pero al mismo tiempo, el Tribunal ha establecido que no constituye una violación del art. 12 por parte de un Estado miembro la no extensión del acceso al matrimonio a las parejas constituidas por individuos del mismo sexo. Y ello porque se trata de un instituto jurídico relacionado con las raíces históricas y culturales de cada sociedad, respecto al cual no puede considerarse que exista una unívoca tendencia en los ordenamientos internos de los distintos Estados.

Por tanto, no obstante dichas aperturas, el Tribunal ha confirmado que la elección del método de tutela de la familia homosexual queda a la discrecionalidad de los distintos Estados, que son libres de no recurrir al instituto matrimonial sin que ello suponga una violación de la prohibición de discriminación establecida en el art. 14 del CEDH.

Los principios expresados por el Tribunal de Estrasburgo no han tenido consecuencias inmediatas en todos los países que han ratificado el Convenio: entre los sujetos que han recibido críticas por parte del Tribunal EDH está también Italia, que durante mucho tiempo ha omitido adoptar una normativa dirigida al reconocimiento y la protección de las uniones entre personas del mismo sexo¹⁹.

El caso específico es el de *Oliari y otros c. Italia*, originado por dos recursos presentados por tres parejas con identidad de género, que aducían la violación de los arts. 8, 12 y 14 del CEDH porque el encargado del Registro Civil de los respectivos Ayuntamientos se había negado a publicar los edictos matrimoniales. El Tribunal se ha basado en el análisis del art. 8 del CEDH, recordando que dicha norma, dirigida a proteger a los individuos de las injerencias arbitrarias del Estado en su vida privada y familiar, puede también imponer a este último la adopción de medidas positivas para garantizar el respeto efectivo de sus derechos²⁰. Según los jueces de Estrasburgo, del Convenio se deriva la obligación a cargo de los Estados miembros de prever medidas que garanticen el respeto de la doble dimensión de vida enucleada en el art. 8, es decir, la privada y la familiar²¹. Al aplicar estas medidas, el Estado goza de un cierto margen de apreciación, pero, según la jurisprudencia del Tribunal, cuando se trata de aspectos especialmente importantes de la vida privada, dicho margen puede estar sujeto a restricciones.

La sentencia *Oliari*, aludiendo a la jurisprudencia sobre los derechos de las parejas *same sex* (destacando de todas ellas, obviamente, la citada *Schalk and Kopf*), ha reafirmado que las parejas formadas por personas del mismo sexo tienen la

¹⁹ Trib. EDH, 21 de junio de 2015, rec. n.º 18766/11 y 36030/11, *Oliari e altri c. Italia*, Nuova Giurisprudenza Civile Commentata II/2015, p. 575 y ss., con nota de Lenti, L., "Prime note in margine al caso Oliari c. Italia".

²⁰ Cfr. el pár. 159 de la sentencia.

²¹ Danisi, C., "Il diritto al rispetto della vita familiare impone l'obbligo di riconoscere giuridicamente la relazione tra due persone dello stesso sesso", ARTICOLO29.IT, 21 luglio 2015.

misma capacidad para crear una relación estable y tienen la misma necesidad de reconocimiento y protección de su unión respecto a las formadas por personas de distinto sexo. En la decisión objeto de examen, el Tribunal de Estrasburgo ha destacado además que en Italia, el Tribunal Constitucional²² y el de Casación²³ han invocado repetidamente el reconocimiento y la tutela de las parejas homosexuales, haciendo así aún más evidente la inercia del Parlamento nacional en esta materia²⁴.

Los principios y los valores garantizados en el CEDH y reforzados por el Tribunal de Estrasburgo asumen un alcance de una amplitud y pregnancia aún mayor para el ordenamiento italiano gracias a su sustancial transposición en el ordenamiento comunitario. Ante todo, debe citarse la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada por el Consejo Europeo en Niza, el 11 de diciembre de 2000 (la llamada “Carta de Niza”), que demuestra una especial atención a los temas de la igualdad y la dignidad humana en sentido antidiscriminatorio²⁵. En particular, el art. 9 de la Carta establece una distinción entre el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia, como si no se tratase de una única y consecencial situación subjetiva sino de dos derechos autónomos, evitando así especificar la diferencia de sexo de los contrayentes²⁶. Tampoco el Parlamento Europeo ha mantenido una línea conservadora a la hora de asegurar el respeto y la tutela de la unidad familiar, como núcleo originario de cada ordenamiento social, sino que ha ido adoptado gradualmente posiciones progresistas, intentando ampliar el concepto de familia a través de la reelaboración de las nociones de matrimonio y cónyuge. Por ejemplo, en una resolución

²² Corte Cost. n. 170, 11 de junio de 2014, Foro Italiano 10/2014, c. 2675; también Corte Cost. n. 138, 15 de abril de 2010, Foro Italiano, 2010, c. 1367, con nota de Romboli, R., “Per la Corte costituzionale le copie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio.”

²³ Cass. n. 8097, 21 de abril de 2015, Guida al Diritto 21/2015, p. 52 y ss., con nota de Finocchiaro, G., “Un’evidente discrasia tra motivazione e dispositivo”; Cass. n. 2400, 9 de febrero de 2015, Nuova Giurisprudenza Civile Commentata I/2015, p. 654 y ss., con nota de Auletta, T., “Ammissibilità nell’ordinamento vigente del matrimonio fra persone del medesimo sesso”; Cass. n. 4184, 15 de marzo de 2012, *ivi*, II/2012, p. 461 y ss., con nota de Bergamini, E., “Riconoscimento ed effetti in Italia di un matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all’estero: la recente evoluzione della giurisprudenza italiana”.

²⁴ La sentencia pasó a ser firme en derecho el 21 de octubre puesto que Italia decidió no presentar recurso ante la Gran Sala del TEDH.

²⁵ Como emerge del art. 21 de la Carta (“*No discriminación*”): “1. *Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.* 2. *Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados.*”

²⁶ El derecho a contraer matrimonio se reconoce en la Carta de Niza “*según las leyes nacionales que regulen su ejercicio*”. En las Explicaciones que acompañan el texto se establece que el art. 9 “*no prohíbe ni impone la concesión de un status matrimonial entre personas del mismo sexo*”. Y ello sin perjuicio de que “*cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades*” (art. 52).

de 2000 que tenía por objeto el informe anual sobre los derechos humanos en la Unión Europea²⁷, el Parlamento, aunque observa un progresivo acercamiento entre los Estados miembros en el reconocimiento de las parejas fuera del matrimonio, independientemente del sexo, ha destacado la necesidad de continuar por el camino de la equiparación de los derechos de las parejas homosexuales y, para ello, ha invitado a aquellos Estados miembros que aún no hayan previsto dicho reconocimiento a modificar sus legislaciones²⁸.

3. EL EXCURSUS LEGISLATIVO DE LAS UNIONES CIVILES

En el marco de la evolución del concepto de “familia”, entre fuentes internas y vínculos internacionales, se sitúa la intervención normativa del legislador italiano realizada con la ley n.º 76/2016²⁹. El proceso que ha llevado a la emanación de la ley no ha sido nada fácil: las nociones tradicionales de familia y matrimonio, arraigadas en el tejido social y basadas en la diversidad de sexo entre los cónyuges llevaron a una resistencia inicial, de tipo ideológico, a reconocer una tutela específica a favor de las parejas del mismo sexo. Sin embargo, ha prevalecido la necesidad de interpretar los conceptos en cuestión no ya como constantes predeterminadas abstractamente, sino más bien como institutos modelados por la evolución histórico-social. Desde esta perspectiva, la familia ha sido considerada como una entidad en transformación, que nace espontáneamente en la realidad social que la modela, reflejando los cambios de las relaciones personales a lo largo del tiempo. Dichas mutaciones han sido acogidas sobre todo por el Tribunal Constitucional, que ha contribuido a una interpretación evolutiva del ordenamiento italiano, instando al legislador ordinario a introducir una normativa específica destinada a las uniones homoafectivas.

En particular, el Tribunal Constitucional se expresó por primera vez sobre la admisibilidad en nuestro ordenamiento del matrimonio entre personas del mismo sexo con la sentencia n.º 138 de 2010³⁰. El Tribunal tenía que decidir sobre la legitimidad constitucional de los arts. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-*bis*, y 156-*bis*

²⁷ En D.O.U.E. de 29 de diciembre de 2000.

²⁸ En 2001 Los Países Bajos fueron el primer país comunitario en extender el instituto del matrimonio a las parejas formadas por personas del mismo sexo.

²⁹ Iorio, G., “Il disegno di legge sulle ‘unioni civili’ e sulle ‘convivenze di fatto’: appunti e proposte sui lavori in corso”, *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2015, p. 1014 y ss. y Romeo, F. - Venuti, C., “Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze”, *ivi*, p. 971 y ss. V. también Gorgoni, M., “Le convivenze ‘di fatto’ meritevoli di tutela e gli effetti legali, tra imperdonabili ritardi e persistenti perplessità”, en AA.VV., *Unioni civili e convivenze di fatto. L. 20 maggio 2016, n. 76* (Gorgoni, M., Coord.), Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 186.

³⁰ Corte Cost. n. 138, de 15 de abril de 2010, cit.

del código civil italiano, “en la parte en que, interpretados sistemáticamente, no permiten que las personas de orientación homosexual puedan contraer matrimonio con personas del mismo sexo”.

La posición asumida por dicho Tribunal ha sido clara: las disposiciones del código civil relativas al matrimonio no pueden considerarse ilegítimas desde el punto de vista constitucional, porque se fundamentan en el citado art. 29 de la Const. y no dan lugar a una discriminación irracional (art. 3 de la Const.), puesto que las uniones homosexuales no son equiparables al matrimonio. Ello no significa que, en todo caso, sea necesario regular los vínculos homoafectivos, pero su reconocimiento jurídico no puede realizarse a través de una equiparación con el matrimonio, puesto que dicho instituto presupone la diversidad de sexo entre los cónyuges, como emerge no solo del código civil, sino también de la regulación de la filiación legítima³¹, de las previsiones que regulan la extinción del matrimonio³², así como de la normativa en materia de ordenamiento del estado civil³³. Más bien, en opinión del juez Constitucional, le corresponde “*al Parlamento, en el ejercicio de su plena discrecionalidad, identificar las formas de garantía y reconocimiento para las citadas uniones*”³⁴, en función de la dignidad constitucional atribuible a las parejas homosexuales y en virtud de una interpretación evolutiva de los conceptos de familia y matrimonio. Así es, para dicho Tribunal, las uniones homoafectivas, entendidas como convivencia estable entre dos personas del mismo sexo, merecen tutela, porque deben englobarse en las “*formaciones sociales*” establecidas en el art. 2 de la Const., es decir, en “*toda forma de comunidad, simple o compleja, que permita y favorezca el libre desarrollo de la persona en la vida de relación, en el contexto de una valorización del modelo pluralista*”, de modo que las personas del mismo sexo tienen “*el derecho fundamental de vivir libremente una condición de pareja, obteniendo— en los plazos y con las modalidades y límites que establece la ley— el reconocimiento jurídico con los correspondientes derechos y deberes*”³⁵. Aunque si bien es cierto que, como puntualiza el Tribunal, dicha interpretación lógico-evolutiva del art. 29 de la Const., justificada por la evolución de la sociedad y de sus costumbres, no puede extenderse “*hasta llegar incluso a incidir en el núcleo de la norma, modificándola de modo que deba incluirse en la misma fenómenos y cuestiones que no fueron en absoluto considerados cuando fue emanada*”³⁶.

³¹ Arts. 231 y ss. del código civil italiano y, con especial referencia a la acción de impugnación de la paternidad, arts. 235, 244 y ss. del mismo código.

³² Regulado en el art. 5 de la l. n.º 898 de 1 de diciembre de 1970.

³³ Contenida en el D.p.r. n.º 396 de 3 de noviembre de 2000, modificado tras la entrada en vigor de la l. n.º 76/2016.

³⁴ Así, Corte Cost. n. 138, 15 de abril de 2010, cit.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*. Capotosti, P.A., “Matrimonio tra persone dello stesso sesso e infondatezza *versus* inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010”, Quaderni Costituzionali II/2010, p. 361 y ss.; F. Dal

Argumentaciones similares fueron confirmadas posteriormente en la sentencia n.º 170 de 2014³⁷, con la que el Tribunal Constitucional exhortó (de nuevo) al legislador a introducir “*una forma alternativa (y distinta del matrimonio) que permita a dos cónyuges evitar tener que pasar de un estado de máxima protección jurídica a una condición, desde ese plano, de absoluta indeterminación*”³⁸. En función de dichas advertencias, y acorde con los pronunciamientos de los jueces nacionales³⁹ y europeos⁴⁰, el legislador ordinario ha decidido no extender el matrimonio a las personas del mismo sexo, creando un instituto paralelo equiparado de hecho al matrimonio, pero sin modificar el código civil. No obstante la validez constitucional de las uniones civiles, como expresión inmediata del concepto de “*formación social*” en virtud de los arts. 2 y 3 de la Const., la decisión del legislador ha sido la de no prever el matrimonio para las relaciones homosexuales, a diferencia de la mayoría de los países con una civilización jurídica similar a la nuestra, en los que se ha optado por extender el matrimonio también a las parejas del mismo sexo⁴¹.

Por otra parte, el objetivo de hacer coincidir las finalidades de la unión civil con las del matrimonio emerge inequívocamente ya de la relación introductoria de la ley n.º 76/2016, en la que se establece que las decisiones adoptadas por el legislador estaban dirigidas a “*limitar al mínimo las diferencias entre las uniones civiles y el matrimonio*” dado que “*la decisión de una pareja homosexual de formalizar la relación de vida familiar se basa en los mismos deseos y las mismas necesidades que llevan a la decisión de contraer matrimonio*”⁴². De este modo, la

Canto, “*Le coppie omosessuali ...*”, cit., p. 9; Pugiotta, A., “Una lettura non reticente della sentenza n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio”, en AA. VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. III, ES, Napoli, 2011, p. 2699 y ss y en particular Melani, A. Y., “Il matrimonio omosessuale dopo la pronuncia della Corte Costituzionale: la questione resta aperta”, www.forumcostituzionale.it, para el cual, el juez Constitucional debería haber intentado definir qué es la familia hoy en día, para después verificar si el matrimonio, instituto “exclusivo” de la pareja heterosexual, debe extenderse en virtud del art. 3 de la Const. a la pareja homosexual.

³⁷ Corte. Cost. n. 170, 11 de junio de 2014, cit.

³⁸ *Ibidem*. Para el Juez de las Leyes, el legislador debe colmar dicho vacío normativo “con la máxima rapidez para superar la condición de ilegitimidad establecida en la regulación objeto de examen debido al actual *déficit* de tutela de los derechos de los sujetos afectados por la misma.”

³⁹ Se remite a la jurisprudencia indicada en la nota n.º 23.

⁴⁰ En referencia al sistema italiano, v. TEDH, de 21 de julio de 2015, rec. n.º 18766/11 y 36030/11, cit.

⁴¹ En el panorama europeo muchas naciones han extendido el matrimonio a las parejas del mismo sexo. El primer país fue Holanda que con la ley de 1 de abril de 2001 modificó el art. 30 del c.c., cuyo apartado 1 dispone ahora que “un matrimonio puede contraerse entre dos personas de distinto sexo o del mismo sexo”, seguido por Bélgica con la ley de 13 de febrero de 2003, donde en el art. 143, apartado 1, del c.c., establece que “*deux personnes de sexe différent ou de meme sexe peuvent contracter mariage*” [n. del r., el texto original está en francés: *dos personas de distinto o del mismo sexo pueden contraer matrimonio*] y por España con la ley de 1 de julio de 2005, en la que las expresiones “*cónyuges*” y “*consortes*” poseen el significado de persona casada con otra, independientemente de que estas sean del mismo o de distinto sexo, en efecto, el art. 44, apartado 2, establece que: “*el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*”.

⁴² Cfr. Auletta, T., “*I rapporti personali tra persone unite civilmente*”, Juscivile, 2017, p. 4, que reproduce el texto de la relación.

unión civil aparece construida acorde al acto matrimonial y sus contenidos, a través de la previsión de reglas que, salvo alguna variante, reproducen el contenido de las disposiciones del código dedicadas al matrimonio⁴³.

4. LOS EFECTOS DE LA LEY N.º 76/2016 EN LA RELACIÓN LABORAL: ASPECTOS GENERALES

Entre los múltiples perfiles del ordenamiento italiano afectados por las normas de la ley n.º 76/2016, los inherentes al ámbito del derecho del trabajo asumen una especial relevancia por la tradicional atención que esta materia ha reservado (y aún reserva) a la familia y al trabajador o trabajadora perteneciente a un núcleo familiar⁴⁴.

Inmediatamente después del advenimiento de la Constitución, el esfuerzo del legislador italiano se concentró sobre todo en la condición de la mujer trabajadora, a la luz de su “*esencial función familiar*”⁴⁵. Una configuración que inicialmente se realizó a través de la legislación sobre la maternidad, que durante mucho tiempo se había fundado en el principio según el cual, el cuidado de los hijos era una función asignada exclusivamente a la mujer, incluso en detrimento de sus objetivos profesionales, y con la figura del padre centrada principalmente en la actividad laboral⁴⁶.

En tiempos más recientes, por el contrario, se ha llevado a cabo una separación entre políticas de tutela de la familia y políticas de tutela de la mujer madre, con la ley n.º 53/2000 y el posterior decreto legislativo n.º 151/2001 que constituyen “líneas divisorias” perfectas entre los dos diferentes enfoques legislativos⁴⁷. En una época más moderna, las políticas de protección de la familia han ido abandonando progresivamente la visión limitada de la tutela de la trabajadora, y

⁴³ Dell’Anna Misurale, F., “Unioni civili tra diritto e pregiudizio. Prima lettura del nuovo testo di legge”, *giustiziavivile.com*, 27 de junio de 2016, que subraya el hecho de que el legislador, al regular la relación entre personas del mismo sexo mediante el recurso al modelo de la unión civil, descartando la opción del matrimonio, se ha basado, sin embargo “plenamente” en la regulación de este último instituto.

⁴⁴ Cfr., sobre el tema, Magnani, M., op. cit., p. 2; Tiraboschi, M., “La legislazione del mercato del lavoro a sostegno della famiglia dopo la riforma Biagi”, en AA. VV., *Famiglia e lavoro: dal conflitto a nuove sinergie* (Donati, P., Coord.), Ed. San Paolo, Milano, 2005, p. 227 y ss.; Ales, E., “Famiglia e diritto della sicurezza sociale: modelli e strumenti giuridici per un nuovo stato sociale”, *Diritto del Lavoro I/1999*, p. 153 y ss.; Bozzao, P., “La protezione sociale della famiglia”, *Lavoro e Diritto*, 2001, p. 84 y ss.; Passalacqua, P., op. cit., p. 4-5.

⁴⁵ Así el art. 37 de la Const. Sobre el tema, véase Treu, T., “Sub art. 37”, en AA. VV., *Commentario della Costituzione*, cit., p. 146 y ss.

⁴⁶ La referencia es a la regulación contenida en la ley n.º 1204 de 30 de diciembre 1971, que Magnani, M., op. cit., p. 5, indica como una de las causas de debilidad de las mujeres en el mercado de trabajo de la época.

⁴⁷ Magnani, M., op. cit., p. 6-7; Saraceno, C., *Mutamenti della famiglia e politiche sociali in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2010, espec. p. 11 y ss.

se han centrado por el contrario en el núcleo familiar *tout court*⁴⁸, dejando a salvo solo algunas situaciones específicas, como en el caso de la garantía de la salud y la seguridad de la trabajadora durante el embarazo⁴⁹.

Sin embargo, el conjunto de los derechos de los trabajadores, tanto los relativos a la relación laboral como aquellos en materia de seguridad social, ha sufrido una evolución más lenta respecto a la que habrían solicitado las instancias sociales⁵⁰. Así es, en el ordenamiento del derecho del trabajo italiano se ha ido desarrollado gradualmente un aparato de tutelas y garantías, construido sobre el presupuesto del vínculo familiar entre un trabajador y otro sujeto no trabajador (pensemos, por ejemplo, en la regulación de la ley n.º 104/1992 en materia de asistencia a la persona con discapacidad) o entre dos trabajadores (es el caso de la normativa que equilibra el derecho de maternidad y el de paternidad en el ámbito de la relación), pero siempre referido al modelo de la familia tradicional, fundada en el matrimonio entre un hombre y una mujer.

Pero como ya hemos comentado anteriormente, tanto la evolución de la sociedad civil como los estímulos procedentes de las fuentes supranacionales han llevado a Italia ante la necesidad de cambiar la legislación vigente en materia familiar, orientándola hacia un modelo más inclusivo, que no se base en las diferencias de género⁵¹. Desde esta perspectiva, el destinatario de las tutelas deberá ser todo individuo-trabajador que tenga un vínculo familiar efectivo, independientemente de la connotación de dicho vínculo⁵².

La ley n.º 76/2016 se mueve en esta dirección, calificando la unión civil como una formación social, en virtud de los arts. 2 y 3 de la Const., constituida a través de una declaración realizada ante el encargado del Registro Civil, y con efectos similares, pero no idénticos, a los del matrimonio. En particular, la regulación del código civil italiano se aplica a las uniones solo cuando se hace referencia explícitamente a la misma, mientras que para las demás leyes y reglamentos la presencia de los términos “matrimonio”, “cónyuge” y “cónyuges”, es suficiente para llevar a cabo una equiparación normativa entre unión civil y matrimonio⁵³. De ello se deriva la importancia, también para el derecho del trabajo, de la ley en cuestión, es

⁴⁸ Piénsese, por ejemplo, en la introducción del permiso por paternidad.

⁴⁹ Calafà, L., “Unioni civili, convivenze di fatto e modello lavoristico di tutela dei diritti dei genitori-lavoratori”, *Lavoro Nella Giurisprudenza*, 2016, p. 962 y ss.

⁵⁰ Passalacqua, P., op. cit., p. 5; Ales, E., op. cit., p. 154; Bozzao, P., op. cit., p. 86.

⁵¹ Calafà, L., “Unioni civili ...”, cit., p. 963; Id., “La famiglia omogenitoriale in Europa tra sicurezza sociale e tutela del lavoro”, en AA. VV., *La famiglia omogenitoriale in Europa. Diritti di cittadinanza e libera circolazione* (Schuster, A.- Toniollo, M.G., Coord.), Il Mulino, Bologna, 2015, p. 157 y ss.

⁵² Calafà, L., “La famiglia omogenitoriale ...”, cit., p. 157 y ss.

⁵³ Ferrando, G., “Le unioni civili: la situazione in Italia”, *Giurisprudenza Italiana*, 2016, p. 1771 y ss.

decir, la de ampliar las tutelas laborales a formaciones sociales que no responden al prototipo clásico de relación familiar basada en el vínculo matrimonial⁵⁴.

Al respecto, como veremos más adelante, la decisión adoptada por el legislador ha seguido dos distintas directrices: la primera está constituida por intervenciones directas y específicas sobre algunos institutos de la relación laboral (la indemnización sustitutiva del preaviso y la liquidación por extinción de la relación laboral en caso de muerte del beneficiario); la segunda, por el contrario, se ha encomendado a una cláusula general de equivalencia, que hace de racor entre la regulación reservada a sujetos unidos por un vínculo matrimonial y la establecida para los que celebran una unión civil.

4.1. Indemnización de preaviso y liquidación por extinción de la relación laboral (finiquito) en caso de muerte del beneficiario

Con arreglo a la ley n.º 76/2016 (art. 1, apartado 17), en caso de muerte del trabajador “*las indemnizaciones indicadas en los artículos 2118 y 2120 del código civil deberán abonarse también a la parte de la unión civil*”. En lo concerniente a la referencia al art. 2118, este prevé, entre otras cosas, que la indemnización por falta de preaviso sea pagada “*por el empleador en caso de cese de la relación por muerte del trabajador*” (apartado 3); el art. 2120, por otro lado, hace referencia a la liquidación por extinción de la relación laboral (finiquito), a la que tiene derecho siempre el trabajador por cuenta ajena en caso de cese del vínculo contractual.

La prestación laboral normalmente tiene carácter personal y no fungible, por lo que la muerte del trabajador hace imposible la sucesión en el contrato, determinando el cese automático de la relación laboral y la consiguiente necesidad de regular los derechos de los que era titular el *de cuius* en el momento del fallecimiento.

Al respecto, el primer apartado del art. 2122 del código civil identifica qué sujetos pueden beneficiarse de las indemnizaciones establecidas en los arts. 2118 y 2120 del c.c. (cónyuge, hijos y, si eran dependientes del trabajador, familiares hasta el tercer grado y afines hasta el segundo grado), no obstante lo dispuesto en las reglas de la sucesión hereditaria⁵⁵. Pero tales reglas reviven en la previsión del apartado 3 de dicho artículo (“*en ausencia de las personas indicadas en el primer apartado, las indemnizaciones se atribuirán según las normas de la sucesión legítima*”), con la posibilidad para el trabajador por cuenta ajena de disponer de las mismas en el testamento⁵⁶.

Ahora bien, *nulla quaestio* si el fallecimiento del trabajador (unido civilmente) se produce después de que haya percibido las indemnizaciones en cuestión: en

⁵⁴ En este sentido, Passalacqua, P., op. cit., p. 4.

⁵⁵ Zanelli, P., “Morte del titolare di reddito nel diritto della sicurezza sociale”, *Digesto Delle Discipline Privatistiche Sezione Commerciale*, vol. X, Utet, Torino, 1994, p. 103 y ss.

⁵⁶ Corte Cost. n. 8, 19 de enero de 1972, *Foro Italiano*, 1972, c. 276.

efecto, en ese caso, las remuneraciones ya han entrado a formar parte integrante del resto del patrimonio del *de cuius* y su atribución a los herederos tiene lugar según las normas del código civil que regulan la sucesión legítima o testamentaria.

Por el contrario, si el evento muerte se produce durante el desempeño de la relación laboral por tiempo indefinido⁵⁷, es necesario abrir la sucesión de los derechos del trabajador con referencia a lo que aún se deba en virtud del contrato de trabajo. Al respecto, se observa que la ley sobre las uniones civiles no menciona los criterios previstos en el art. 2122 del c.c.⁵⁸, como probablemente habría sido oportuno⁵⁹, lo cual hace necesario verificar si es posible una interpretación que extienda también a las uniones civiles la aplicabilidad de dichos criterios.

En este tema parece admisible, sin duda, una interpretación amplia de la norma en cuestión (art. 1, apartado 17), debiéndose considerar que la remisión a los arts. 2118 y 2120 del código civil contiene implícitamente también la alusión que estas disposiciones hacen al art. 2122, de modo que se incluya entre los beneficiarios al sujeto unido civilmente con el *de cuius*⁶⁰.

Por otra parte, se trata de indemnizaciones que tienen un carácter esencialmente asistencial⁶¹, y que responden – también en relación con la unión *same sex* – al intento del legislador de atenuar el estado de necesidad en el que puede encontrarse el cónyuge superviviente unido civilmente, frente a la pérdida de renta derivada del trabajo del fallecido⁶².

⁵⁷ Por el contrario, en la relación laboral por tiempo determinado, las disposiciones del art. 2122 del c.c. se aplican solo parcialmente: en particular, existe el derecho al pago de la liquidación por extinción de la relación laboral para los supervivientes del trabajador por tiempo determinado fallecido, mientras queda excluida la prestación por falta de preaviso, puesto que es incompatible con la naturaleza de la relación laboral temporal. En la doctrina, v. Riva Sanseverino, L., “Indennità in caso di morte (sub art. 2122 c.c.)”, en AA. VV., *Commentario del codice civile* (Scialoja, A.-Branca, G., Coord.), vol. VI, Zanichelli, Bologna-Roma, 1986, p. 790.

⁵⁸ Bettini M.N., “I diritti dei superstiti del lavoratore”, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2011, p. 852 y ss.; Id., “Indennità in caso di morte e diritti dei superstiti”, en AA. VV., *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato. Trattato di diritto del lavoro* (Persiani, M. y Carinci, F., Dir. - E. Gragnoli, Coord.), vol. V, Cedam, Padova, 2017, p. 179 y ss.; Gragnoli, E., “Successioni mortis causa e rapporto di lavoro subordinato: le conseguenze del decesso del lavoratore e del datore di lavoro”, en AA. VV., *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* (Bonilini, G., Dir.), vol. V, Giuffrè, Milano 2009, p. 176 y ss.; Mora, A., “La successione nelle indennità ex art. 2122 cod. civ., *ivi*, p. 975 y ss., espec. pp. 986-987; Santoro Passarelli, G., “Il trattamento di fine rapporto. Artt. 2120-2122”, en AA. VV., *Codice civile Commentario* (Schlesinger, P., Dir.), Giuffrè, Milano 2009, espec. p. 143 y ss.

⁵⁹ Balestra, L., “Unioni civile, convivenze di fatto e ‘modello’ matrimoniale: prime riflessioni”, *Giurisprudenza Italiana*, 2016, p. 1783.

⁶⁰ Passalacqua, P., op. cit., p. 6; Campione, R., “L’unione civile tra disciplina dell’atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale”, en M. Blasi, R. Campione, A. Figone, F. Mecenate, G. Oberto, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 22; Casaburi, G., “Le unioni civili tra persone dello stesso sesso nella l. 20 maggio 2016 n. 76”, *Foro Italiano* I/2016, p. 2246 y ss.; Siotto, F., “Sub comma 17”, en AA. VV., *Le unioni civili e le convivenze commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017 e d.lgs. n. 7/2017* (Bianca, C.M., Coord.), Giappichelli, Torino, 2017, p. 207.

⁶¹ Cass. n. 3515, 28 de mayo de 1981, *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 1982, p. 69.

⁶² Siotto, F., op. cit., p. 215.

4.2. La cláusula general de equivalencia

Con el fin de introducir las uniones civiles en el ordenamiento italiano y asegurar a las mismas un régimen análogo al matrimonio, el legislador ha utilizado una cláusula general de equivalencia en función de la cual *“las disposiciones que se refieren al matrimonio y las disposiciones que contienen las palabras cónyuge, cónyuges o términos equivalentes, que aparezcan en leyes, actos con fuerza de ley y reglamentos así como en actos administrativos y en convenios colectivos, se aplican también a cada una de las partes de la unión civil entre personas del mismo sexo. La disposición indicada anteriormente no se aplica a las normas del código civil no mencionadas expresamente en la presente ley, ni a las disposiciones que establece la ley n.º 184 de 4 de mayo de 1983. Todo ello sin perjuicio de lo previsto y permitido en materia de adopción por las normas vigentes”* (art. 1, apartado 20).

Como consecuencia de dicha remisión automática, todas las normas del ordenamiento jurídico que se refieren al matrimonio (o contienen las palabras *“cónyuge”, “cónyuges”* o *“términos equivalentes”*) quedan duplicadas, puesto que a estas se unen las *“nuevas”* disposiciones que se aplican a las partes de la unión civil.

Respecto al ámbito laboral, un primer aspecto de la equiparación que ha realizado la ley Cirinnà concierne a la extensión a las parejas unidas civilmente de la regulación del permiso por matrimonio. La regulación de dicho permiso está prevista en los convenios colectivos que, normalmente, establecen que el permiso puede utilizarse varias veces a lo largo de la vida laboral, con la consecuencia de que se reconoce también a aquellos trabajadores que ya se hayan beneficiado del mismo y que constituyan un nuevo matrimonio o una nueva unión civil.

Problemas más relevantes, por el contrario, presenta la normativa sobre los permisos por maternidad y paternidad, contenida en el d.lgs. n.º 151/2001, cuando en el ámbito de la pareja homoafectiva exista un hijo sobre el que se ejerce la responsabilidad parental, independientemente de la técnica utilizada para obtener dicha composición familiar (las opciones, como se sabe, son múltiples y no todas jurídicamente posibles en el ordenamiento italiano como, por ejemplo, la maternidad subrogada o la adopción de hijastros conocida como *stepchild adoption*)⁶³.

En particular, si no plantea problemas el derecho de la madre biológica a obtener el permiso, con las condiciones previstas en el art. 16 del d.lgs. n.º 151/2001, más dudoso es sin embargo el derecho de la llamada madre *“social”* al permiso de paternidad, que corresponde formalmente en los casos de muerte, enfermedad grave o abandono de la madre o guarda y custodia exclusiva del padre (art. 28, D. Lgs. n.º 151/2001). Por tanto, considerando la falta de previsión en la ley sobre las uniones civiles de la adopción de hijastros (*stepchild adoption*) y la limitación de

⁶³ Calafà, L., *“Unioni civili ...”*, cit., p. 966.

la cláusula general de equivalencia solo a la relación conyugal y no a la relación parental, actualmente, para obtener un resultado similar, sería necesario valorizar el aspecto funcional de la paternidad más que el biológico, según un proceso ya experimentado por la jurisprudencia italiana⁶⁴.

Otra cuestión objeto de análisis concierne a la nulidad del despido “*por matrimonio*”, que establece el art. 35 del d.lgs. n.º 198/2006, y que originariamente estaba prevista en la ley n.º 7/1963.

La primera consideración que hay que hacer concierne a la referencia textual del art. 35 solo a la trabajadora: “*Las cláusulas de cualquier tipo, contenidas en los contratos individuales o en los convenios colectivos, o en reglamentos, que prevean en todo caso la resolución de la relación laboral de las trabajadoras como consecuencia del matrimonio son nulas y se considerarán no existentes*”. Dicha referencia deriva de la necesidad, que desde siempre ha tenido el legislador, de proteger a la trabajadora durante la maternidad, percibida socialmente como el resultado natural del matrimonio. Sobre todo en la lógica del legislador de los años 60, parecía natural el binomio matrimonio-maternidad y, por tanto, la ley tenía la finalidad de impedir posibles maniobras “preventivas” del empleador dirigidas a alejar de la empresa a las trabajadoras que podían convertirse en madres. Pero como sabemos, a lo largo de los años el instituto del matrimonio ha sido objeto de discusión y ha ido cediendo terreno en favor de situaciones de convivencia, o de las llamadas “familias ampliadas”, con la consecuencia de que cada vez es más frecuente que los hijos sean concebidos fuera del contexto matrimonial clásico.

Ante dicho escenario, cabe preguntarse si la norma sigue estando dirigida a tutelar solo a la mujer trabajadora. Algunos tribunales italianos, aplicando los principios de igualdad de tratamiento entre hombre y mujer y de no discriminación han considerado que el dato literal de la disposición debía superarse, con la consiguiente “*nulidad del despido por matrimonio (incluso si) es intimado al trabajador (hombre)*”⁶⁵. Una posición que resulta hoy en día más justificada considerando la extensión al padre trabajador de las medidas protectoras que antaño se reservaban exclu-

⁶⁴ Cass. n. 12962, 22 de junio de 2016, Corriere Giuridico, 2016, p. 1203, con nota de Morozzo della Rocca, P., “Le adozioni in caso particolari ed il caso della *stepchild adoption*”; Trib. Roma, 23 de diciembre de 2015, Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, 2016, p. 969 y ss. También en el caso de la unión civil entre dos hombres podría configurarse el derecho al permiso de paternidad en los casos en que uno de los dos cónyuges sea el padre biológico del niño, concebido a través de la maternidad subrogada o portante, tras el reconocimiento en Italia como hijo, siempre que se den los requisitos que establece la ley (Trib. Monza, 27 de octubre de 1989, Diritto di Famiglia e Delle Persone, 1990, p. 182); por el contrario, existe aún la dificultad para el otro cónyuge, no padre biológico, de acceder al permiso de paternidad considerando la mencionada prohibición de la *stepchild adoption*.

⁶⁵ Se han expresado en dichos términos Trib. Roma, Sez. Lav., ord. 16 de enero de 2017; Trib. Napoli, Sez. Lav., 15 de diciembre de 2016, Giurisprudenza Italiana, 2017, p. 1654 y ss., con nota de Martone, M., “Sulla nullità del licenziamento del marito: un altro passo verso la bigenitorialità”; Trib. Milano, Sez. Lav., 5 de septiembre de 2016, Lavoro Nella Giurisprudenza, 2017, p. 100; Trib. Vicenza, Sez. lav., 24 de mayo de 2016, Argomenti di Diritto del Lavoro, 2017, p. 267 y ss., con nota de Battista, L., “Il campo di applicazione della tutela per il licenziamento in costanza di matrimonio”; Trib. Milano, Sez. Lav., 3 de junio de 2014, Foro Italiano, 2014, p. 2975 y ss.

sivamente a la madre trabajadora⁶⁶. Por tanto, en función de dichas consideraciones, puede afirmarse que es aplicable la prohibición de despido también en caso de unión civil e independientemente del género del trabajador afectado por el mismo.

Precisamente la prohibición de toda forma de discriminación y una interpretación evolutiva de la norma puede proporcionarnos la respuesta a una segunda cuestión, la relativa al inicio del plazo en que opera la tutela en cuestión según establece el art. 35, apartado 3, del d.lgs. n.º 198/2006⁶⁷. Así es, es necesario establecer el momento inicial a partir del cual empieza a correr el periodo durante el cual rige la prohibición de despido que, en el matrimonio, coincide con el de la publicación de los edictos matrimoniales (que no están previstos, sin embargo, para las uniones civiles). A día de hoy, aunque no es posible equiparar la publicación de los edictos matrimoniales a ninguna de las formalidades previstas en la ley para las uniones civiles, podría considerarse que el plazo en el que rige la prohibición en cuestión empieza a correr a partir del día en que las partes presentan la solicitud ante el encargado del Registro Civil del Ayuntamiento elegido para la constitución de la unión, como requiere el art. 1 del d.P.C.M. n.º 144 de 23 de julio de 2016, (*“Reglamento que contiene las disposiciones transitorias necesarias para la tenencia de registros en el archivo del Registro Civil”*). En efecto, de igual modo que sucede con la publicación de los edictos matrimoniales, dicho momento es anterior tanto a la verdadera y auténtica declaración ante el encargado del Registro Civil como al registro posterior de la declaración de los unidos civilmente previsto en el art. 3 del citado d.P.C.M. Naturalmente, al igual que en el matrimonio, la presunción de nulidad del despido aplicado después de la solicitud de los interesados queda subordinada, en todo caso, al hecho de que la unión civil se celebre efectivamente más tarde mediante la declaración posterior que determina su constitución.

Similares problemas de coordinación aparecen en materia de dimisión. En efecto, el d.lgs. n.º 198/2006 establece que *“es nula la dimisión presentada por la trabajadora durante el periodo indicado en el apartado 3, salvo que sea confirmada por la misma en el plazo de un mes ante la Dirección de la ciudad metropolitana y del ente de zona amplia que establece la ley del trabajo n.º 56 de 7 de abril de 2014”* (art. 35, ap. 4)⁶⁸. Al igual que sucede con el tema de la nulidad

⁶⁶ Recientemente, el marco normativo ha quedado enriquecido con las disposiciones introducidas por la ley n.º 92 de 28 de junio de 2012 (la llamada Reforma Fornero), por el d.lgs. n.º 80 de 15 de junio de 2015, (*“Medidas para la conciliación de las necesidades de cuidado, vida y trabajo, en aplicación del art. 1, apartados 8 y 9, de la ley n.º 183 de 10 de diciembre de 2014”*), por la ley n.º 208 de 28 de diciembre de 2015, por la ley n.º 232 de 11 de diciembre de 2016 y por la ley n.º 145 de 30 de diciembre de 2018, que han potenciado y ampliado las tutelas correspondientes al padre trabajador.

⁶⁷ Según el cual *“se presume que el despido de la empleada durante el periodo que va desde el día de la solicitud de la publicación de los edictos matrimoniales, siempre que después se lleve a cabo la celebración, hasta un año después de la misma, ha sido aplicado a causa del matrimonio”*.

⁶⁸ Hoy la Dirección territorial del trabajo ha sido sustituida por la Inspección territorial del trabajo.

del despido, la disposición en cuestión se refiere textualmente solo a la trabajadora, generando la duda acerca de la admisibilidad de su aplicación también a los trabajadores unidos civilmente. La *ratio* de la norma, sin embargo, es la misma que la que inspira la nulidad del despido por matrimonio y, consiguientemente, pueden preverse las mismas soluciones establecidas con referencia a la nulidad de la resolución. Por tanto, también la dimisión de los unidos civilmente, presentada durante el periodo en que está prohibido el despido (es decir, desde la solicitud al encargado del Registro Civil hasta un año después de la celebración efectiva de la unión), deberá considerarse nula.

La sustancial equiparación entre matrimonio y unión civil afirmada por la ley Cirinnà, permite además la extensión a los unidos civilmente de otras disposiciones previstas en el ordenamiento para el cónyuge, en particular, en materia de transformación de la relación laboral de jornada completa a media jornada para asistir al cónyuge que padezca patologías oncológicas o graves patologías crónico-degenerativas progresivas⁶⁹, en materia de permisos en caso de luto y eventos particulares⁷⁰ o de permisos previstos por la ley n.º 104/1992, concedidos a favor de quien asiste al cónyuge con discapacidad en situación de gravedad⁷¹ (incluido el llamado permiso extraordinario)⁷². La extensión de las tutelas previstas por la ley en caso de matrimonio conllevará, asimismo, el cómputo del cónyuge unido civilmente como familiar dependiente en los procedimientos de despido colectivo⁷³.

Por último, es importante subrayar que los derechos que se derivan de la relación laboral aplicables a las uniones civiles no solo son los que se desprenden de la ley o del contrato individual, sino también los derivados de normas colectivas, mencionadas expresamente en el art. 1, apartado 20, de la ley objeto de examen⁷⁴. Pensemos, por ejemplo, en los institutos como el traslado individual, las vacaciones, las bajas y los permisos que, a menudo, en su regulación colectiva, prevén derogaciones y favores para los familiares y que ahora ya son aplicables también a las relaciones de la unión civil.

⁶⁹ Art. 8, apartado 4, d.lgs. n.º 81 de 15 junio de 2015.

⁷⁰ Art. 4, ley n.º 53/2000 y d.m. n.º 278 de 21 de julio de 2000.

⁷¹ Art. 33, apartado 3, de la ley n.º 104/1992.

⁷² Art. 42, apartados 5 y ss., d.lgs. n.º 151/2001.

⁷³ Art. 5, apartado 1, letra a), ley n.º 223 de 23 de julio de 1991.

⁷⁴ Passalacqua, P., op. cit., p. 14.

5. ALGUNOS ASPECTOS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

Las uniones civiles se incluyen en la regulación de carácter asistencial (seguridad social) de la familia⁷⁵. Se hace referencia, por ejemplo, a la prestación por supervivencia⁷⁶ (si el difunto era titular de una pensión directa), a la pensión indirecta (si el empleado, en el momento del fallecimiento, aún desempeñaba una actividad laboral) y a la renta (que ya correspondía al cónyuge) para los supervivientes en caso de accidente laboral con resultado de muerte del trabajador y, si se dan las condiciones para ello, a la asignación de una cantidad para el núcleo familiar.

Para esta última prestación, el INPS, Istituto Nazionale della Previdenza Sociale [n. del r.: *Istituto Italiano de la Seguridad Social*] ha aclarado cuál es el núcleo de referencia para determinar el derecho a dicha cantidad en cuestión, mencionando tanto el caso en que solo una de las partes de la unión sea un trabajador por cuenta ajena o titular de una prestación de la seguridad social, como el caso en que el núcleo familiar esté formado por hijos (de una de las partes) nacidos en un momento anterior o posterior a la unión civil⁷⁷.

Asimismo seguramente son de aplicación a las parejas homoafectivas los beneficios relacionados con el llamado *welfare* empresarial⁷⁸, ya que dichas medidas mencionan, para identificar las deducciones por familiares dependientes, a los familiares indicados en el art. 12 del Texto Refundido de los Impuestos sobre la Renta (d.P.R. n.º 917 de 22 de diciembre de 1986) y, en particular, “*al cónyuge no separado ni legal ni efectivamente*”. Por ello, también las partes unidas civilmente podrán beneficiarse de las prestaciones y los servicios de seguros del empleador a favor de sus empleados y de los familiares de los mismos.

Por otra parte, la extensión a las uniones civiles de las prestaciones destinadas a los supervivientes y, sobre todo, la de supervivencia, ha suscitado alguna preocupación en la doctrina en relación con la correspondiente cobertura financiera⁷⁹.

⁷⁵ Al respecto, v. Trib. Just. UE, Gran sal., 10 de mayo de 2011, procedimiento c-147/08, *Römer c. Germania*, *Famiglia e Diritto*, 2012, p. 113 y ss., con nota de Nunin, R., “Orientamento sessuale, diritti pensionistici e discriminazione” y Trib. Just. CE, Gran sal., 1 de abril de 2008, procedimiento c-267/06, *Maruko c. Germania*, *Rivista Giuridica del Lavoro* II/2009, p. 248 y ss., con nota de Calafá, L., “Unione solidale registrata fra persone omosessuali e pensioni a superstiti: il caso *Tadao Maruko* dinanzi alla Corte di giustizia CE”.

⁷⁶ Sobre el tema, véase Corte Cost. n. 174, 14 de julio de 2016, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro* II/2017, p. 186 y ss., con nota de Taschini, L., “Solidarietà ed equilibrio di bilancio al tempo della crisi economica. Riflessioni a margine delle sentenze 173 e 174 del 2016 della Corte Costituzionale”.

⁷⁷ V. la Circular “Inps” n.º 84 de 5 de mayo de 2017.

⁷⁸ Treu, T., “Introduzione *Welfare* aziendale”, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT 297/2016; Zilio Grandi, G., “Stato sociale, lavoro e welfare aziendale ai tempi del *Jobs Act*”, en Id. (Coord.), *Stato sociale, lavoro e welfare aziendale ai tempi del Jobs Act*, in *Note di Ricerca del Dipartimento di Management dell’Università Ca’ Foscari DI Venezia*, n. 1, 2017, p. 2 y ss.

⁷⁹ Nicolini, C.A., “Quali i riflessi previdenziali delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze di fatto?”, *Rivista del Diritto e della Sicurezza Sociale*, 2016, p. 565.

Al respecto, se puede afirmar, en todo caso, que la nueva regulación difícilmente determinará un daño de tal entidad que afecte a la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones: ello no solo por la verosímil limitación numérica de los casos, sino principalmente porque, entre las uniones homosexuales, falta esa brecha de la tasa de supervivencia media que caracteriza a las parejas heterosexuales, «a la que se imputa una de las “anomalías” de coste de la actual estructura de la prestación por supervivencia»⁸⁰.

En todo caso, la jurisprudencia⁸¹ ya ha aclarado que el derecho a la prestación por supervivencia se inserta en el núcleo de los derechos/deberes de asistencia y solidaridad propios de las relaciones afectivas de pareja y, por tanto, de los derechos fundamentales del hombre que el art. 2 de la Constitución italiana garantiza dentro de las formaciones sociales, entre las que se sitúa la unión homosexual entendida como convivencia estable entre dos personas del mismo sexo. Así es, la concesión de la prestación por supervivencia al superviviente supone que la solidaridad familiar permanece más allá del evento muerte del trabajador, solidaridad familiar que dentro de la pareja homosexual debe ir dirigida a favor del miembro unido civilmente.

La extensión de las prestaciones por supervivencia a los sujetos vinculados por una unión civil opera también en el ámbito de la pensión complementaria⁸²: los derechos de los cónyuges (tanto en el matrimonio como en la unión civil) se extienden a los fondos de pensiones complementarios, so pena de la violación de la directiva 2000/78/CE en materia de condiciones de trabajo y de prohibición de discriminación por orientación sexual, como afirma también, al respecto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁸³.

Se plantea además la cuestión de la aplicabilidad a la parte de la unión civil de algunas normativas concernientes a la llamada “*legislación social*”, por ejemplo, las tutelas para los familiares víctimas de la exposición al amianto, o víctimas del cumplimiento del deber o de la criminalidad organizada, la contratación obligatoria a favor de familiares discapacitados para el trabajo, etc. Tampoco en este caso, la cláusula general que establece el art. 1, apartado 20, de la ley objeto de examen parece que siembre dudas acerca de la aplicabilidad de dichos beneficios a los sujetos unidos civilmente.

No hay que olvidar, que existen además algunos problemas significativos que plantea el apartado 25 del art. 1 de la ley n.º 76/2016, que prevé la aplicación de distintas disposiciones de la ley sobre la extinción del matrimonio (la ley n.º 898/1970) a las uniones civiles “*siempre que sean compatibles*”. Se trata de una

⁸⁰ Cinelli, M., “L’impatto previdenziale delle unioni civili ex legge n. 76/2016: alcune considerazioni”, *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2016, p. 874.

⁸¹ Corte di Appello Milano, Sez. Lav., n. 1005, 26 de julio de 2018.

⁸² Passalacqua, P., op. cit., p. 10.

⁸³ Trib. Just. CE, Gran sal., 1 de abril de 2008, procedimiento c-267/06, cit.

cláusula de difícil interpretación puesto que la regulación del matrimonio y la de la unión civil son distintas desde diversos puntos de vista – también en materia de extinción del vínculo⁸⁴ –, sin tener en cuenta asimismo que la praxis aplicativa de la jurisprudencia se aleja a menudo del texto de la ley.

Pensemos, por ejemplo, en los derechos en materia de seguridad social reconocidos, en el matrimonio, a los cónyuges-progenitores. En caso de divorcio, según lo dispuesto en el art. 12-ter de la l. n.º 898/1970, “*la pensión de supervivencia correspondiente [n. del r.: a los progenitores divorciados] por la muerte de un hijo fallecido durante el desempeño de la actividad laboral se atribuye automáticamente, por parte del ente erogante, por partes iguales a cada progenitor*”. Una disposición similar parecería no compatible con las uniones civiles entre personas del mismo sexo, dado que el ordenamiento italiano, actualmente, no reconoce la legitimación de las parejas homosexuales para adoptar hijos. El problema, sin embargo, queda abierto ante los tribunales italianos que – como ya se ha comentado – han autorizado recientemente, bajo determinadas condiciones, la llamada “*stepchild adoption*”, es decir, la adopción del hijo de la otra parte de la unión civil⁸⁵.

Ante esta situación, no se puede excluir una lectura amplia de la cláusula de compatibilidad prevista en el apartado 25, cuya finalidad es extender los institutos de la seguridad social relacionados con la extinción del matrimonio también a las uniones civiles, salvo que ello no presente especiales dificultades o sea incoherente con las indicaciones del ordenamiento. Siguiendo este enfoque, se ha considerado aplicable también a los sujetos pertenecientes a una unión civil la regulación prevista en el art. 9 de la ley n.º 898/1970, que garantiza al cónyuge divorciado, beneficiario de la asignación de cantidad mensual mínima, el derecho a la prestación por supervivencia en ausencia de un nuevo matrimonio del cónyuge superviviente, a condición de que la relación de la que deriva la prestación sea anterior a la sentencia de extinción del vínculo⁸⁶.

Se extendería a las uniones civiles asimismo lo dispuesto en el art. 12-bis de la ley n.º 898/1970, que establece el derecho del cónyuge divorciado a una cuota, en la proporción equivalente al 40%, de la liquidación por extinción de la relación laboral (finiquito) por los años en que la relación laboral coincidió con el matrimonio (ahora también con la unión civil)⁸⁷.

⁸⁴ Por ejemplo, el art. 1, ap. 24, de la ley n.º 76/2016, prevé un caso no aplicable al matrimonio: “*la unión civil se extingue, asimismo, cuando las partes han manifestado incluso por separado la voluntad de extinción ante el encargado del Registro Civil. En ese caso, la demanda de extinción de la unión civil se presenta transcurridos tres meses desde la fecha en que se manifestó la voluntad de extinción de la unión*”.

⁸⁵ Cfr. las sentencias citadas en el párrafo anterior.

⁸⁶ Passalacqua, P., op. cit., p. 11.

⁸⁷ Id., op. cit., p. 12.

En conclusión, con la introducción de la ley Cirinnà ha quedado constancia de la relevancia adquirida, también desde el punto de vista del derecho positivo, de algunos vínculos afectivos no fundados en el matrimonio: en efecto, las nuevas reglas poseen la virtud seguramente de proporcionar un modelo institucional (mejor dicho, un *status*) del que se deriva una gama completa de derechos y deberes para las parejas *same sex*. Desde el punto de vista legislativo, por el contrario, hay que lamentar la existencia de una técnica normativa no impecable – definida por algunos como un “*atentado a la estética jurídica*”⁸⁸, especialmente si se observa la cláusula general de equivalencia del apartado 20 – que tiene el riesgo de aumentar desmesuradamente el papel del intérprete con consecuencias poco virtuosas en términos de claridad reguladora y certeza del derecho.

⁸⁸ Dogliotti, M., “Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?)”, *FAMIGLIA E DIRITTO*, 2016, p. 878; Casaburi, G., “Il nome della rosa (la disciplina italiana delle unioni civili)”, *ARTICOLO 29.IT*, 3 de marzo de 2016; y Quadri, E., “Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: osservazioni (solo) a futura memoria?”, *GIUSTIZIACIVILE.COM*, 1 de abril de 2016.

UN PASO MÁS HACIA LA EQUIDAD LABORAL EN EL MERCADO INTERIOR DE LA UNIÓN EUROPEA: A PROPÓSITO DE LA APROBACIÓN DEL REGLAMENTO POR EL QUE SE CREA LA AUTORIDAD LABORAL EUROPEA

ANA DOMÍNGUEZ MORALES

Profesora Sustituta Interina de D^o del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO **Palabras Clave:** Autoridad Laboral Europea, cooperación interinstitucional, libre circulación de trabajadores, mercado único interior

El mercado interior de la Unión Europea es un foco ambivalente de progreso económico y social así como de conflictos que derivan, en especial, de la determinación de las normas aplicables cuando aquellos traspasan las fronteras de un Estado miembro. Tales litigios se producen de manera frecuente en el terreno de la libre circulación de trabajadores lo que origina la necesidad de comunicación y coordinación entre instituciones entre los Estados miembros y la propia Unión. En este contexto ha sido creada la Autoridad Laboral Europea entre cuyas funciones destacan las de garantizar la fluidez de las relaciones laborales transfronterizas fijando pautas de coordinación de los sistemas de seguridad y social y estableciendo canales de información recíproca para evitar el fraude y el abuso del Derecho en la línea de proporcionar mayor seguridad jurídica tanto a las empresas como a los propios trabajadores y a sus familias.

ABSTRACT **Key Words:** European Labour Authority, interinstitutional cooperation, free movement of workers, European single market

The European single market is an ambivalent focus of economic and social progress as well as conflicts that derive, in particular, from the determination of the applicable rules when they cross the borders of a Member State. Such disputes arise frequently in the field of free movement of workers, which creates the need for communication and coordination between Member States institutions and the Union itself. In this context, the European Labor Authority has been created, whose functions include those of guaranteeing the fluidity of cross-border labor relations by establishing guidelines for the coordination of safety and social systems and establishing reciprocal information channels to prevent fraud and abuse of law to provide legal security for both companies and workers themselves and their families.

ÍNDICE

1. BREVE INTRODUCCIÓN
2. ANTECEDENTES A LA APROBACIÓN DEL REGLAMENTO POR EL QUE SE CREA LA AUTORIDAD LABORAL EUROPEA
3. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y FUNCIONES
 - 3.1. Información en materia de movilidad laboral transfronteriza
 - 3.2. Aplicación de la legislación: inspecciones de trabajo concertadas y conjuntas
 - 3.3. Resolución extrajudicial de controversias: mediación
 - 3.4. Lucha contra el trabajo no declarado
4. ORGANIZACIÓN DE LA AUTORIDAD LABORAL
 - 4.1. Organización interna
 - 4.1.1. Consejo de administración
 - 4.1.2. Grupo de partes interesadas
 - 4.1.3. Director ejecutivo
 - 4.1.4. Funcionarios de enlace nacional, expertos nacionales adscritos y otros agentes
 - 4.2. Organización externa
5. FUNCIONAMIENTO DE LA AUTORIDAD LABORAL EUROPEA
 - 5.1. Programación anual y plurianual
 - 5.2. Presupuesto de la autoridad
 - 5.3. Responsabilidad
 - 5.4. Evaluación y revisión
6. CONCLUSIONES

1. BREVE INTRODUCCIÓN

La Unión Europea fue concebida originariamente sobre la base de las cuatro grandes libertades económicas, a saber, libertad de prestación de servicios, circulación de mercancías, capitales y trabajadores.

Con el paso del tiempo y el avance social de las políticas comunitarias, esta última fue ampliando su ámbito de protección subjetivo para pasar a englobar a todos los ciudadanos de la Unión Europea estableciendo políticas coordinadas en materia de protección social y no solo a aquellas cuyo objetivo era desempeñar una actividad profesional en otro Estado miembro. Todas ellas se concibieron como derechos instrumentales al servicio de la construcción de un mercado interior común para colocarse más tarde entre las libertades fundamentales de todos los ciudadanos y se combinan con el establecimiento de garantías de derechos puramente sociales que paulatinamente han ido adquiriendo mayor relevancia en el ámbito de la Unión Europea.

Hoy, de manera expresa, se consagra la libre circulación y de residencia en cualquier Estado miembro en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), cuyo valor jurídico es equivalente al de los Tratados fundacionales¹. A mayor abundamiento, la apertura social de la Unión Europea ha conllevado la aprobación de numerosos textos normativos de distinto rango y eficacia que tratan de proteger no solo a los trabajadores sino a todos los ciudadanos de los Estados miembros. Lo anterior no ha impedido que en ocasiones se otorgue prevalencia aplicativa a tales libertades cuando han entrado en conflicto con derechos como la huelga o el ejercicio de la acción colectiva cuando pretendían la implantación de condiciones laborales paritarias. Prueba de ello es la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, especialmente en los asuntos *Viking*, *Laval*, *Ruffert* o *Comisión vs. Luxemburgo*².

La deriva economicista de aquellas sentencias provocó, no obstante volver a poner el foco en el plano de las políticas sociales principalmente en el terreno del desplazamiento de trabajadores entre Estados miembros³, dando pie a una modificación de la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios. Más tarde se modificarían otras normas de derecho derivado como el Reglamento en materia de libre circulación de personas al tiempo que se comenzaba a trazar un nuevo proyecto de mayor envergadura que tiene por objeto la configuración de principios y derechos básicos para lograr el progreso social como es el pilar europeo de derechos sociales en cuyo marco se sitúa el objeto de nuestro trabajo, la Autoridad Laboral Europea.

La Autoridad Laboral Europea, ya mencionada en el discurso sobre el Estado de la Unión de 2017, fue propuesta en marzo del siguiente año junto con la creación de un Grupo Asesor Europeo para la Autoridad Laboral Europea cuya principal misión era coadyuvar a la formación de la misma mediante la orientación y asistencia técnica a la Comisión⁴. Su creación se debe a razones de variada índole entre las que destaca el hecho de que a pesar de que los avances logrados en el terreno de la libre circulación, siguen permaneciendo obstáculos jurídicos, administrativos y

¹ La libre circulación de mercancías se consagra en los arts. 28 y 29 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE); la libre circulación de personas, servicios y capitales se regulan en los arts. 45 a 49 del TFUE. La libertad de establecimiento se regula en los arts. 49 a 55 del TFUE. En cambio, solo encuentra acomodo en la CDFUE la libre circulación de personas y residencia, art. 45.

² STJE de 11 de diciembre de 2007, *Viking*, asunto C-438/04; STJE de 18 de diciembre de 2007, *Laval*, asunto C-341/05; *Laval*; STJE de 3 de abril de 2008, *Ruffert*, asunto C-346/06; STJE de 19 de junio de 2008, *Comisión vs. Luxemburgo*, asunto C-319/06.

³ Destaca la existencia, todavía, de cierto decline en la Europa social tanto en el ámbito regulativo como en el de su aplicación *Garnier, S.*, “État des lieux de l’Europe Sociale”, la *Revue de l’Ires*, 2018/3, n° 96-97, pp. 85-101.

⁴ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea la Autoridad Laboral Europea. Estrasburgo, de 13 de marzo de 2018. COM (2018), 131 final 2018/0064 (Texto pertinente a efectos del EEE y de Suiza). Decisión (UE) 2018/402 de la Comisión, de 13 de marzo de 2018, por la que se crea el Grupo Asesor Europeo para la Autoridad Laboral Europea (Texto pertinente para el EEE y para Suiza.)

prácticos para el ejercicio de este derecho que pueden ser en alguna medida paliados con el establecimiento de una Autoridad Laboral Europea (ALE)⁵.

Este organismo público viene a integrar a la que podría denominarse Administración laboral de la Unión Europea, entre cuyas funciones se encuentran las de cooperación interinstitucional y asesoramiento en materia de libre circulación y normas aplicables en materia laboral o de seguridad social y sobre prácticas de empleo, formación o fiscalización y control de la actividad empleadora cuando se producen conflictos transfronterizos por medio de las inspecciones coordinadas o conjuntas⁶. No se encargará, en cambio, de ciertas funciones por algunos sectores reclamadas para la misma, como son la dotación de carácter de Inspección de Trabajo o como sistema de mediación, conciliación y arbitraje, habiéndose optado finalmente por el primero de ellos como único mecanismo de resolución extrajudicial de conflictos en este nivel⁷.

Los datos del Eurobarómetro estándar de primavera de 2019 ponen de manifiesto que una gran mayoría de los ciudadanos de la UE apoyan la libre circulación de los ciudadanos, y así, que puedan vivir, trabajar, estudiar y hacer negocios en cualquier lugar de la UE, datos que demuestran que para los mismos la libertad de circulación se trata de uno de los principales logros del mercado

⁵ Resaltan las dificultades señaladas en el ámbito de la libre circulación y, por ello, consideran vital la consolidación de una Autoridad Laboral Europea, Monereo Pérez, J.L., Ortega Lozano, P.G., “Sobre unas condiciones laborales equivalentes en la Unión Europea: a propósito de la Directiva (UE) 2018/957 de desplazamiento de trabajadores y la propuesta de Reglamento por la que se crea la Autoridad Laboral Europea”, *La Ley Unión Europea*, n° 62, 2018. Consultado en versión digital, desde donde se cita, pp. 5 y 16.

⁶ Sobre el papel de la Administración laboral desde el enfoque estatal, aunque trasladable en menor medida al ámbito de la Unión Europea, Cuenca Alarcón, M., “La Autoridad Laboral Europea: presentación de la propuesta de la Comisión Europea de 13 de marzo de 2018”, *Foro, Nueva época*, vol. 21, n° 1, 2018, p. 341.

⁷ Sobre tales asuntos Vid. Velázquez, M., “La vigilancia y control de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre los desplazamientos transnacionales en el ámbito de la UE-EEE”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n° 128, 2017, pp. 247ss. Considera que a medio plazo la Autoridad debería incorporar el arbitraje como medio de solución de conflictos, Fernandes, S., “What is our Ambition for the European Labor Authority?”, *Policy Paper 219*, Institute Jacques Delors, 2018, disponible en http://www.delorsinstitut.de/2015/wp-content/uploads/2018/03/20180309_European-Labour-Agency_Fernandes.pdf. En esta misma línea se pronunciaron los representantes de los trabajadores en la consulta sobre la creación de la Autoridad Laboral Europea lanzada por la Comisión en 2018, mientras que los representantes de los empresarios se mostraron escépticos con respecto a la idea de atribuir funciones de resolución de disputas por las posibles interferencias con el TJUE. Vid. nota 6. No obstante, los representantes de los empresarios - Business Europe- indicaban que los mismos resultados pueden ser alcanzados sin necesidad de creación de la Autoridad, sino mejorando los mecanismos ya existentes, en “European Labour Authority and EU Social Security Business Europe View”, de 12 de enero de 2018. Destaca la debilidad de la Autoridad Laboral Europea para luchar contra los abusos derivados de las solas atribuciones de competencias de cooperación administrativa en lugar de proporcionar mayores garantías de control y complemento de las actividades de Inspección de Trabajo, Cremers, “Towards an European Labour Authority. Mandate, Main Tasks and Open Questions”, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2018, p. 13. También analiza la propuesta de creación de la Autoridad Laboral Europea en “The European labour authority and enhanced enforcement: Briefing requested by the EMPL committee”, Paper presentado en *Establishing a European Labour Authority*, Bruselas, Bélgica, 2018.

común europeo⁸. No obstante, buena parte de los *stakeholders* consultados tras la aprobación de la propuesta de Reglamento por el que se crea la Autoridad Laboral Europea admite que la existencia de cooperación entre autoridades nacionales no es suficiente para lograr empleo efectivo y la implementación de políticas de seguridad social en el marco de las situaciones transfronterizas, señalando en especial la falta de estándares comunes a nivel de la UE en materia de intercambio de información y cooperación transfronteriza sobre los asuntos señalados⁹. Son estos los principales retos con los que se enfrentará la Autoridad Laboral Europea.

2. ANTECEDENTES A LA APROBACIÓN DEL REGLAMENTO POR EL QUE SE CREA LA AUTORIDAD LABORAL EUROPEA

La aprobación de un pilar europeo de derechos sociales trajo consigo la adopción de numerosas iniciativas en el marco del mercado interior de la Unión Europea¹⁰. En aquel se fijaron un conjunto de derechos sociales acompañados por una serie de principios y derechos fundamentales que respaldan el funcionamiento paritario y adecuado de los mercados de trabajo.

El desarrollo de tales principios se ha tratado de materializar con una serie de iniciativas dirigidas a reforzar las garantías de una movilidad equitativa de los trabajadores en el seno de la Unión Europea, entre las que se incluye la creación de una Autoridad Europea¹¹.

Resulta reiterada la preocupación de las instituciones europeas por establecer una cooperación estrecha entre los Estados miembros e incluso entre autoridades regionales y locales, sin olvidar el papel que han de desempeñar Inspecciones de Trabajo e interlocutores sociales en materia de desplazamiento de trabajadores. De manera preferente se potencia el flujo de información que deben poseer las autoridades laborales de Estados cuyos empresarios desplacen trabajadores a otros Estados Miembros, la creación de instrumentos que faciliten a la Inspección de Trabajo y a la autoridad laboral la comprobación de los mismos o el incremento de la coordinación entre autoridades.

⁸ Más información en <http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm/survey/get-surveydetail/instruments/standard/surveyky/2253>.

⁹ Concretamente 2/3 de los consultados, de un total de 8.809 respuestas. Se recabaron 389 respuestas independientes frente a 8.420 idénticas respuestas fruto de una campaña lanzada por la Confederación Europea de Sindicatos (ETUC). SWD/2018/0080 Commission staff working document stakeholder consultation. Synopsis report Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a European Labour Authority.

¹⁰ Proclamado conjuntamente por el Parlamento, el Consejo y la Comisión en la «Cumbre social en favor del empleo justo y el crecimiento» celebrada en Gotemburgo el 17 de noviembre de 2017.

¹¹ Fernandes, S., “What is our Ambition for the European Labor Authority?”, op.cit., pp.3-4.

Entre tales instrumentos normativos sobre el particular podemos señalar la Directiva 2014/54/UE del sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores que dispone la obligación de garantizar no solo el acceso a sistemas extrajudiciales de solución de conflictos en materia de condiciones de trabajo, acceso a la formación o a la vivienda, entre otras, sino también a procesos judiciales para todos los trabajadores que ejerciten su derecho a la libre circulación¹². Para hacer efectivo tales derechos se exige poner en conocimiento las disposiciones adoptadas en virtud de la Directiva de las personas interesadas en el conjunto de su territorio, en particular los trabajadores y los empleadores de la Unión, por todos los medios adecuados. Poco más tarde fue aprobada Directiva 2014/67/UE relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores que reforma a su vez el Reglamento (UE) 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior –Reglamento IMI–, sistema a través del cual se ponen en práctica medidas de cooperación administrativa y de asistencia mutua entre las autoridades competentes. Como complemento al mismo, la Directiva contempla la necesidad de implementar garantías de cumplimiento adecuadas y eficaces como elementos clave para proteger a los trabajadores desplazados¹³.

Siguiendo en la línea de reforzar la protección de los trabajadores desplazados a otros Estados Miembros y conseguir el justo equilibrio en la garantía de condiciones de igualdad para empresas y trabajadores, en junio de 2018 se aprobó la Directiva que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

Posteriormente se ha aprobado una Directiva relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea basada en los principios 5 y 7 del pilar social europeo que sustituye a la precedente, aprobada en 1991¹⁴. En el primero de tales principios se consagra el derecho de los trabajadores al trato justo y equitativo en materia de condiciones de trabajo, acceso a la protección social, formación y fomento del empleo indefinido. El segundo se basa en el derecho de los trabajadores a ser informados por escrito sobre sus derechos, antes de iniciar la relación profesional o antes de finalizarla, conocer los motivos de la

¹² Directiva 2014/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores.

¹³ Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (Texto pertinente a efectos del EEE).

¹⁴ Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea que deroga la Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral con efectos de 1 de agosto de 2022.

extinción del contrato. La derogación de la Directiva a la que sustituye se debe a los cambios que han experimentado los mercados laborales debido a cambios demográficos y digitalización, fundamentalmente. Con ello se han creado nuevas formas de empleo que generan incertidumbre acerca de los derechos y la protección social aplicables para estos trabajadores.

La Directiva exige que los empleadores proporcionen información por escrito sobre las condiciones de trabajo tales como el lugar y tiempo de trabajo, descripción de las tareas, periodo de prueba, vacaciones, entre otras. Su artículo 7 exige proporcionar información adicional para los trabajadores enviados a otro Estado miembro o a un tercer país antes de su partida, como el lugar al que será desplazado, la divisa para el pago de la retribución, etc. En caso de ser trabajador desplazado, cubierto por la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, añade el deber de proporcionar información complementaria¹⁵, como la remuneración a la que tiene derecho con arreglo a la legislación del Estado miembro de acogida así como otros complementos a los que tendrá derecho por el desplazamiento y el enlace al sitio web oficial único a escala nacional desarrollado por el Estado miembro de acogida de conformidad con el art. 5.2 de la Directiva 2014/67/ UE relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE¹⁶.

En caso de no recibir la información pertinente, el trabajador tiene derecho a presentar una reclamación ante la autoridad u organismo competente –art.15.1 b)–. Importante será la determinación de cuál sea la autoridad competente especialmente en litigios que vinculen a trabajadores temporalmente desplazados. En todo caso, son los Estados miembros los encargados de establecer el régimen de sanciones aplicables a cualquier infracción de la Directiva que deberán tener el carácter de efectivas, proporcionadas y disuasorias –ex. art. 19–.

Finalmente, el Reglamento por el que se crea una Autoridad Laboral Europea fue anunciado por el presidente de la Comisión europea en 2017 y formalmente propuesto en marzo de 2018¹⁷, como uno de los resultados de la Declaración conjunta sobre las prioridades legislativas de la UE para 2018–2019 del Parlamento, Consejo y Comisión¹⁸. En ella, las instituciones de la Unión se comprometieron a reforzar la dimensión social de la misma a través de la mejora de los sistemas

¹⁵ Solo si la duración del periodo de trabajo fuera del Estado miembro en el que ejerce habitualmente su actividad el trabajador es de cuatro semanas consecutivas o más, art. 7.4.

¹⁶ Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI») Texto pertinente a efectos del EEE.

¹⁷ La califica de novedosa Ramos Quintana, M.I., “La Autoridad Laboral Europea: una nueva institución para robustecer la movilidad equitativa dentro de la UE”, Trabajo y Derecho, nº 52, 2019.

¹⁸ Diario Oficial de la Unión Europea C 446 de 29 de diciembre de 2017 (2018/C 12/11).

de seguridad social, el aumento de protección de los trabajadores frente a los riesgos para la salud y la garantía de un trato equitativo en el empleo mediante la modernización de las normas sobre desplazamiento y aplicación transfronteriza de la legislación de la Unión.

Los objetivos del Reglamento por el que se crea la Autoridad se centran principalmente en garantizar la movilidad laboral equitativa en la Unión, «núcleo duro» de su establecimiento¹⁹, cooperando con los Estados y la Comisión en la difusión de la información y la coordinación de los sistemas de seguridad social²⁰. Se pone en evidencia con su creación que tales retos, amén de ser combatidos con las normas a las que nos hemos referido, no pueden ser alcanzados de forma suficiente por parte de los Estados miembros de manera independiente dada la naturaleza transfronteriza de las actividades que se tratan de proteger. Por ello, y en base al principio de subsidiariedad establecido en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea (TUE) es esta la que se encuentra en la mejor posición para proponer medidas que redunden en la mejora de la movilidad en el mercado interior común, respetando, al mismo tiempo, el principio de proporcionalidad también consagrado en el citado artículo, así como los derechos fundamentales fijados en la CDFUE y los principios rectores de la Unión contemplados en el artículo 6 del TUE.

La ALE gira entorno a cuatro grandes áreas de trabajo, a saber, la prestación de información sobre la legislación aplicable en caso de movilidad de trabajadores—así como de los convenios colectivos universalmente aplicables—, apoyar el cumplimiento de la legislación, en especial en materia de trabajo no declarado y otras materias que comprometen el buen funcionamiento del mercado interior como las sociedades fantasma o el trabajo falso autónomo, favorecer la coordinación de los sistemas de seguridad social y proporcionar medios para resolver conflictos de esta índole mediante inspecciones coordinadas o conjuntas u ofrecer un servicio de mediación para facilitar la solución en caso de litigios transfronterizos.

Para el desarrollo de sus funciones, como veremos, la ALE deberá asumir funciones propias, absorbiendo en algunos casos las que hasta ahora llevaban a cabo otras instituciones u organismos, o se dejaban al arbitrio de los propios Estados, así como colaborar con otras instituciones de la Unión Europea cuyas competencias puedan lindar con aquellas que asumirá²¹. Esta cooperación interinstitucional no debe, en ningún caso, suponer ni la atribución de nuevas competencias

¹⁹ Así lo define Ramos Quintana, M.I., “La Autoridad Laboral Europea: una nueva institución para robustecer la movilidad equitativa dentro de la UE”, op.cit. p. 3 de la versión digital. P. 1 de la versión digital.

²⁰ Art. 1.2 del Reglamento (UE) 2019/1149.

²¹ Señala la debilidad de la cooperación entre autoridades como causante de la explotación laboral y la competencia en condiciones ilegales Fernandes, S., “What is our Ambition for the European Labor Authority?”, op.cit., p. 3.

no cedidas por los Estados miembros ni provocar una duplicidad de esfuerzos. Por ello, la ALE deberá respetar la diversidad de los sistemas nacionales de relaciones laborales así como la autonomía de los interlocutores sociales, teniendo en cuenta las obligaciones que aquellos hayan podido contraer con arreglo al sometimiento a otros convenios, en especial, aquellos adoptados en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo²². Tampoco podrá afectar a los derechos y obligaciones de las personas y empleadores que estuvieran consagrados a nivel de la Unión o nacional *ex art.* 1.6 del Reglamento.

Por último, en la medida en que sea necesario para la consecución de los objetivos fijados y sin perjuicio de la competencias de los Estados miembros e instituciones, podrá cooperar con las autoridades competentes de terceros países y con organizaciones internacionales²³.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y FUNCIONES

Como se ha avanzado en líneas anteriores, la Autoridad Laboral Europea trabajará para reforzar el cumplimiento de la legislación en materia de movilidad laboral y de seguridad social en el territorio de la Unión Europea, incluyendo en su ámbito de aplicación a los asalariados, trabajadores por cuenta propia y solicitantes de empleo, en virtud de lo dispuesto en el primero de los artículos del Reglamento por el que se crea. Entre los anteriores se incluyen ciudadanos de la Unión y también nacionales de terceros países que residen legalmente en la Unión, trabajadores desplazados, las personas trasladadas dentro de una empresa o los residentes de larga duración, así como los miembros de su familia²⁴. En ningún caso la Autoridad podrá interferir en el ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros y a escala de la Unión, incluido el derecho o la libertad de huelga o de emprender otras acciones de conflicto colectivo, así como el derecho a la negociación colectiva. Si bien, en relación a estos últimos, se podría valorar la intervención de la Autoridad a través del ejercicio de su facultad mediadora cuando se produzcan conflictos transnacionales, como ocurrió en el ya citado caso *Laval*²⁵

²² Se señala en particular el Convenio nº 81 sobre la inspección del trabajo en la industria y el comercio.

²³ Art. 42 Reglamento (UE) 2019/1149.

²⁴ Considerando 13 Reglamento (UE) 2019/1149.

²⁵ Recordemos que en la sentencia *Viking* se ventilaba un asunto que vinculaba a un sindicato finlandés y la Confederación Internacional de sindicato del sector del transporte y a la empresa finlandesa *Viking*, dedicada al transporte de mercancías mediante buques. La empresa pretendía fijar el pabellón en Estonia para beneficiarse de unas condiciones laborales más flexibles. Ante esta estrategia, los sindicatos amenazaron con llevar a cabo huelgas y boicots a la negociación con *Viking* si la empresa se negaba a mantener los niveles salariales. Por su parte en la sentencia *Laval*, se trataba de un asunto en el que

Las actividades desarrolladas por la ALE se enmarcan en el ámbito de los actos de la Unión relativos a cuatro grandes bloques: desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios; normas en materia de seguridad social, en especial las relativas a la coordinación de sistemas de seguridad social; libre circulación de trabajadores dentro de la Unión, con particular referencia al sector del transporte; lucha contra el trabajo no declarado.

Para desplegar las facultades así atribuidas a este organismo de la Unión, deberá desarrollar funciones dirigidas al cumplimiento de cuatro objetivos, como son, el de información sobre legislación aplicable en casos de movilidad transfronteriza, de aplicación de la misma, de mediación y de lucha contra el trabajo no declarado²⁶, a los que dedicaremos las siguientes líneas.

3.1. Información en materia de movilidad laboral transfronteriza

Se contempla, tanto por las instituciones como por diferentes sectores sociales como uno de los principales escollos de la libre circulación de trabajadores la carencia de información clara, accesible y disponible para cualquier ciudadano o empresario que decida trasladarse de manera fija o temporal a otro Estado miembro a desarrollar una actividad profesional y productiva, respectivamente. Para tratar de solventar o paliar esta situación, el primer objetivo a cumplir por la Autoridad será el de facilitar el acceso a la información sobre los derechos y obligaciones en materia de movilidad laboral en toda la Unión, así como a los servicios pertinentes en el territorio de cada Estado miembro..

Para alcanzar dicho objetivo, en primer lugar, la Autoridad deberá facilitar el acceso a la información necesaria a efectos de garantizar la movilidad interna de los ciudadanos de la Unión. Así, favorecerá la cooperación y el intercambio de la misma entre los Estados miembros con la finalidad de perseguir un cumplimiento coherente, eficiente y efectivo de la legislación aplicable.

El artículo 5 señala como prioridad a los efectos del cumplimiento de este objetivo ofrecer una información disponible, de calidad y accesible en relación con los derechos y obligaciones que se imponen a los principales afectados por la movilidad laboral transfronteriza, estos son, las personas, los empleadores y los interlocutores sociales. Por otro lado, facilitará la cooperación entre los organismos que se encargan de ofrecer a las personas y a empleadores la información, orientación y asistencia pertinentes sobre movilidad laboral en el mercado interior²⁷.

los sindicatos suecos de la construcción llevaron a cabo acciones de conflicto colectivo contra la letona empresa Laval, adjudicataria de la realización de una obra pública en Suecia, para lo que desplazó a trabajadores letones, ante la negativa de la empresa de adherirse al convenio colectivo del sector.

²⁶ Definidos someramente en el art. 2 del Reglamento (UE) 2019/1149.

²⁷ De conformidad con la Directiva 2014/54/UE antes citada.

Para hacer efectiva la accesibilidad a la información señalada, la Autoridad se servirá de un sitio web único para toda la Unión a través del cual se tendrá acceso a todas las fuentes de información tanto a nivel de la Unión como a nivel estatal y deberá estar disponible en todas las lenguas oficiales de la Unión²⁸. Esta web será la que ya fuera concebida en virtud del Reglamento (UE) 2018/1724²⁹. No se trata, por tanto, de crear un sitio web específico, sino que la información que debe ser puesta a disposición gracias por la Autoridad estará incluida en el portal único «Tu Europa», columna vertebral del portal digital único de la Unión Europea³⁰. En ella se hará remisión a las fuentes de información nacionales, como sitios webs en los que los Estados miembros hubieran incluido la información relacionada con la libre circulación de trabajadores, la coordinación en materia de seguridad social o con el desplazamiento de trabajadores, en cumplimiento de las obligaciones impuestas por las normas aplicables en cada caso.

Por otro lado, el art. 7 del Reglamento otorga la facultad a la ALE de cooperar para agilizar el intercambio de información entre Estados miembros a través de las siguientes acciones:

- a) a petición de uno o más Estados miembros, ayudará a las autoridades nacionales a identificar los puntos de contacto pertinentes de las autoridades nacionales en otros Estados miembros;
- b) a petición de uno o más Estados miembros, facilitará el seguimiento de las solicitudes y los intercambios de información entre autoridades nacionales, prestando apoyo logístico y técnico, incluidos servicios de traducción e interpretación, y mediante intercambios sobre la situación de los asuntos;
- c) promoverá, compartirá y contribuirá a la difusión de las mejores prácticas entre los Estados miembros;
- d) a petición de uno o más Estados miembros, facilitará y apoyará, cuando proceda, los procedimientos transfronterizos de ejecución relativos a sanciones y multas en el ámbito de aplicación del presente Reglamento;
- e) informará dos veces al año a la Comisión sobre las solicitudes no resueltas entre Estados miembros y, considerará someter o no dichas solicitudes a mediación.

²⁸ Los *Stakeholders* consultados por la Comisión previa aprobación definitiva del Reglamento por el que se constituye la Autoridad muestran claramente su apoyo a la constitución de esta como único portal disponible en todos los idiomas, accesible a sujetos individuales y colectivos que contenga toda la información requerida sobre movilidad y redirija a otros portales estatales específicos. Para algunos, esta recolección e intercambio de información puede tener resultados positivos en materia de empleo con mejores oportunidades de trabajos para todos. Vid. nota 6.

²⁹ Reglamento (UE) 2018/1724 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2 de octubre de 2018, relativo a la creación de una pasarela digital única de acceso a información, procedimientos y servicios de asistencia y resolución de problemas, y por el que se modifica el Reglamento (UE) 1024/2012 .

³⁰ Considerando 15 del Reglamento (UE) 2019/1149.

Para apoyar esta función de garantía del intercambio de información entre Estados y entre estos y la propia ALE, coordinará, desarrollará y aplicará marcos de interoperabilidad³¹. Además, proporcionará información a los Estados peticionarios en materia de aplicación de los actos de la Unión competencia de la ALE.

En esta tarea la Autoridad tratará de fomentar la utilización de herramientas y procedimientos electrónicos para el intercambio de mensajes entre las autoridades nacionales, incluido el Sistema de Información del Mercado Interior (IMI)³².

Finalmente, resta señalar que como instrumento al servicio del objetivo de proporcionar información adecuada, actualizada y eficaz, la Autoridad tiene la facultad, en cooperación con los Estados miembros –y con los interlocutores sociales cuando proceda– para evaluar los riesgos y llevar a cabo análisis en relación con la movilidad laboral y la coordinación de la seguridad social en la Unión. En este contexto se analizarán cuestiones relacionadas con los desequilibrios del mercado laboral, los desafíos sectoriales y otros problemas frecuentes³³. Los resultados obtenidos resultan pertinentes, además, al objeto de elaborar propuestas indicando posibles medidas para abordar las deficiencias encontradas, remitiendo tal información tanto a la Comisión como a los Estados afectados.

3.2. Aplicación de la legislación: inspecciones de trabajo concertadas y conjuntas

El segundo de los objetivos que ha de perseguir la Autoridad es el de facilitar y mejorar la cooperación entre los Estados miembros en la aplicación en toda la Unión de la legislación pertinente, sin ejercer propiamente las funciones propias de una Inspección de Trabajo a nivel Europeo.

Para alcanzar este objetivo debe facilitar el desarrollo de inspecciones concertadas y conjuntas, a fin de aumentar la capacidad de las inspecciones nacionales para garantizar la aplicación de la legislación en supuestos de dimensión transfronteriza³⁴. Este tipo de acciones coordinadas ya habían sido fomentadas años atrás por el Parlamento Europeo que subrayaba la necesidad de reforzar los intercambios de información entre las inspecciones de trabajo³⁵.

³¹ Art. 15 Reglamento (UE) 2019/1149.

³² El IMI es una herramienta electrónica de apoyo a la cooperación administrativa en el ámbito de la legislación relativa al mercado interior. Tiene por objeto abordar un determinado número de dificultades prácticas, reducir las obligaciones y mejorar la eficacia de la cooperación administrativa en Europa. A ella tienen acceso el conjunto de las administraciones de los treinta países integrantes del Espacio Económico Europeo (EEE). Para más información vid. https://ec.europa.eu/internal_market/imi-net/index_es.htm.

³³ Art. 10 del Reglamento (UE) 2019/1149.

³⁴ Arts. 8 y 9 del Reglamento (UE) 2019/1149.

³⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de enero de 2014, sobre el tema «Inspecciones de trabajo eficaces como estrategia para mejorar las condiciones laborales en Europa» [2013/2112(INI)].

Las inspecciones coordinadas o conjuntas se llevarán a cabo con el apoyo logístico, instrumental y personal de la Unión y en todo caso se han de respetar las competencias específicas de los Estados en esta materia, así como otras normas aplicables como es el Convenio de la OIT n.º 81 sobre la inspección del trabajo en la industria y el comercio de 1947³⁶.

Adicionalmente, la ALE deberá apoyar a los Estados en la creación de capacidades para la efectiva aplicación y cumplimiento de la legislación de la Unión Europea en materia de libre circulación de trabajadores. Para ello, en virtud de lo dispuesto en el art. 11 del Reglamento, deberá desarrollar actividades como la de orientar en las materias objeto de su ámbito aplicativo, incluidas las relacionadas con las inspecciones en casos de dimensiones transfronterizas; elaborar programas de formación sectoriales e intersectoriales, destinados entre otros a las inspecciones de trabajo, y material de formación específico, también mediante métodos de aprendizaje en línea; fomentar el intercambio y la difusión de experiencias y buenas prácticas, incluidos ejemplos de cooperación entre autoridades nacionales; o promover campañas de sensibilización para informar a las personas y los empleadores, especialmente las pymes, sobre sus derechos y obligaciones y oportunidades a su disposición.

Antes de entrar a detallar el contenido de cada una de las medidas de colaboración entre inspecciones nacionales se deben destacar dos premisas que confluyen en ambos casos. En primer lugar, las inspecciones coordinadas o conjuntas deberán llevarse a cabo a petición de los Estados miembros implicados o tras haber manifestado su acuerdo a la propuesta de la Autoridad Laboral— de oficio o previo aviso por parte de los interlocutores sociales³⁷—. Por lo tanto, siempre debe mediar la voluntad de los Estados involucrados, cuyo punto de partida ha de ser la celebración de un acuerdo previo de todos los Estados participantes³⁸. En segundo lugar, las funciones de la Autoridad en ningún caso deberán reemplazar o mermar las competencias de las autoridades nacionales en materia de inspecciones de trabajo.

Las inspecciones concertadas son aquellas que se llevan a cabo de forma simultánea en dos o más Estados miembros en supuestos relacionados en los que se encuentran involucradas las distintas inspecciones. Cada autoridad nacional actuará en su territorio pero con el apoyo, si resulta pertinente, del personal de la Autoridad Laboral.

Las inspecciones conjuntas son, en cambio, las realizadas en un solo Estado miembro y sobre un supuesto particular en la que participan las autoridades

³⁶ Convenio ratificado por España el 30 de mayo de 1960.

³⁷ La participación de los interlocutores sociales no estaba prevista en la propuesta originaria, siendo añadida posteriormente.

³⁸ La Autoridad establecerá un modelo de acuerdo de conformidad con el Derecho de la Unión y con la legislación o prácticas nacionales. Por el momento este modelo no ha sido fijado.

nacionales de otro u otros Estados miembros y, si procede, del personal de la Autoridad Laboral.

En ambos casos, los Estados participantes deberán informar acerca de los resultados de la inspección concertada o conjunta desarrollada en su territorio dentro de un plazo máximo de seis meses desde la conclusión de la misma.

Como se advertía, los Estados miembros no están obligados a llevar a cabo este tipo de actividades inspectoras coordinadas o conjuntas aunque deberán procurar participar en las mismas en aplicación del principio de cooperación leal entre instituciones. Si finalmente algún Estado involucrado decidiera no participar en una inspección concertada o conjunta habiendo sido requerido para ello, las autoridades nacionales de los demás Estados afectados solo podrán realizar las operaciones necesarias en los Estados miembros participantes. A pesar de renunciar a su participación en la misma a aquellos Estados que no decidan iniciar o continuar una actividad inspectora de esta índole se les somete a un doble límite. En primer lugar, se les exige la confidencialidad sobre la información relativa a la inspección. En segundo lugar, estarán sometidos a un seguimiento adecuado por parte de la Autoridad, debiendo informar a la misma y a los demás Estados afectados –de forma escrita–, sobre las razones de su decisión y, en su caso, sobre las medidas que prevé adoptar para resolver el caso. Posteriormente deberá informar acerca de los resultados obtenidos tras la aplicación de las mismas.

La información proporcionada por los Estados participantes en las inspecciones coordinadas o conjuntas, así como la obtenida directamente por la Autoridad Laboral, formará parte de los informes que deben presentarse al Consejo de Administración dos veces al año, así como al Grupo de partes interesadas, órganos de la Autoridad sobre los que nos centraremos más adelante. Además, cada año se elaborará un informe sobre inspecciones apoyadas por la Autoridad que se incluirá en el informe anual de actividades de la misma.

La cooperación con los Estados miembros para el cumplimiento eficaz de la normativa no finaliza con el planteamiento de las inspecciones coordinadas o conjuntas sino que, junto a ellas, la Autoridad también prestará apoyo a los Estados en la creación de las capacidades para promover así la aplicación legislativa, en virtud de lo dispuesto en el art. 11 del Reglamento. Para ello, podrá elaborar orientaciones comunes no vinculantes, con el apoyo de los Estados miembros y de los interlocutores sociales-en su caso-, por ejemplo en materia de inspecciones en casos de dimensión transfronteriza, así como establecerá definiciones compartidas y conceptos comunes. También fomentará el intercambio de personal, las actividades en grupo, que propicie la difusión de experiencias en materia de cooperación entre autoridades nacionales incluidos ejemplos de cooperación entre autoridades nacionales. Elaborará programas de formación destinados a las inspecciones de trabajo, incluso a través métodos de aprendizaje en línea. Junto a lo anterior, promoverá campañas de sensibilización para informar sobre los

derechos y las obligaciones tanto de todas las personas como, en particular de empresarios –en especial a las pymes–.

3.3. Resolución extrajudicial de controversias: Mediación

La Unión Europea carece, hasta el momento, de un mecanismo de mediación transfronterizo encargado de resolver disputas entre los Estados miembros en los ámbitos de la movilidad laboral y la coordinación de la seguridad social. Para suplir este vacío la Autoridad adquirirá funciones como organismo mediador para tratar de resolver las diferencias entre los puntos de vista convergentes de los Estados parte en un litigio de tales características, cuando no sea posible su resolución de manera bilateral. En cambio, los particulares no tendrán acceso a la misma si bien seguirán teniendo a su disposición los servicios nacionales o la red SOLVIT, a la que la ALE deberá remitir cualquier asunto que vincule a un particular con las autoridades de un Estado miembro³⁹. Si bien, por matizar lo anterior, se especifica que la red SOLVIT también debe poder remitir a la Autoridad para su consideración asuntos en los que el problema no puede resolverse debido a diferencias entre las administraciones nacionales en supuestos que tienen origen en asuntos entre particulares.

El procedimiento de mediación en el seno de la Autoridad se iniciará o bien a instancia de parte de uno o varios de los Estados implicados o bien de oficio, siempre que los Estados involucrados en el litigio presenten su conformidad. De nuevo, la negativa a formar parte de este procedimiento debe ser manifestada por escrito por el Estado parte, tanto a la Autoridad como a los demás Estados implicados, indicando las razones de su decisión.

El dictamen que se adopte en esta primera fase entre los Estados miembros apoyados por un mediador, tendrá el carácter de no vinculante. En ausencia de acuerdo, la Autoridad podrá iniciar una segunda fase de mediación ante el Consejo de Mediación –que deberá estar compuesto por expertos de los Estados miembros distintos a los que sean parte–, previo acuerdo de los Estados parte en el conflicto. El Consejo, tratando de conciliar los aspectos divergentes, adoptará un dictamen no vinculante⁴⁰.

³⁹ La red SOLVIT tiene por objeto arbitrar soluciones rápidas, eficaces e informales a los problemas que experimentan las empresas y los particulares cuando los derechos que les confiere la UE en el mercado interior se ven denegados por las autoridades públicas siempre y cuando dicho problema no sea objeto de procedimiento judicial a nivel nacional o de la Unión. Los principios por los que se rige SOLVIT se establecen en su base jurídica actual, la Recomendación 2013/461/UE de la Comisión, de 17 de septiembre de 2013. Considerando 23 Reglamento (UE) 2019/1149.

⁴⁰ El desarrollo reglamentario de la mediación en el seno de la ALE está encomendado al Consejo de Administración. Se regularán aspectos como el régimen de trabajo, la designación de mediadores, plazos, participación de expertos, de la Comisión y de la Autoridad y de la posibilidad de que el

Los Estados que sean parte de un litigio finalizado con la adopción de un dictamen dispondrán de tres meses para informar a la ALE sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento al mismo o bien las razones por las cuales no se han tomado medidas oportunas. No se advierten consecuencias jurídicas ante la inobservancia del dictamen, derivado previsiblemente de su carácter no vinculante⁴¹.

Las funciones de mediación se llevarán a cabo, en todo caso, salvando las competencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de interpretación del Derecho de la Unión, así como de los Tribunales internos. Por ello, si un procedimiento se encuentra bajo actuación judicial en curso a nivel nacional o de la Unión no será admisible la mediación y esta quedará suspendida si durante su procedimiento se emprenden actuaciones judiciales. También se deberán respetar las competencias asignadas a la Comisión Administrativa⁴², a la que deberá informar cuando el litigio esté relacionado con cuestiones sobre seguridad social⁴³, como por ejemplo, sobre la falta de acuerdo entre instituciones de dos Estados miembros sobre el contenido y vigencia del certificado A1⁴⁴, ni las propias de los Estados miembros.

Por último, la ALE tiene la obligación de informar dos veces al año a la Comisión tanto sobre los resultados de los asuntos sometidos a mediación como aquellos que finalmente no han sido sujetos a la misma.

3.4. Lucha contra el trabajo no declarado

El último de los objetivos generales que se fija el Reglamento mediante el que se crea la Autoridad Laboral Europea es el de apoyar la cooperación entre Estados

Consejo de Mediación se reúna en grupos compuestos por varios miembros. Art. 13.6 Reglamento (UE) 2019/1149.

⁴¹ No viene a colmar la preocupación por la falta de mecanismos de resolución de disputas preceptivos y vinculantes entre Estados señalada por Cuenca Alarcón, M., *La Autoridad Laboral Europea: presentación de la propuesta de la Comisión Europea de 13 de marzo de 2018*, op.cit. P. 346.

⁴² Precisamente a efectos de coordinación y de evitar duplicidades se deberá celebrar un acuerdo de cooperación entre la Comisión Administrativa y la Autoridad Laboral.

⁴³ Esta información se remitirá de oficio, a instancia de cualquier Estado parte o de la propia Comisión Administrativa, en aplicación del art. 74 bis, apartado 2 del Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (Texto pertinente a efectos del EEE y de Suiza). Sobre tales cuestiones la Comisión Administrativa puede pedir, previo acuerdo de los Estados miembros que sean parte en el litigio, que la Autoridad se las remita para su resolución.

⁴⁴ Nos referimos al certificado emitido por las instituciones del país de origen del trabajador desplazado temporalmente a otro Estado miembro en el que se acredita que durante dicho tiempo estará sometido y cubierto por la legislación del país de origen. Se encuentra regulado a través del art. 19 del Reglamento (CE) 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (Texto pertinente a efectos del EEE y de Suiza).

miembros en la lucha contra el trabajo no declarado. A tal fin la Autoridad debe tratar de «prevenir, desalentar y combatir» el trabajo clandestino o no declarado fomentando la cooperación entre los Estados miembros⁴⁵.

Cabe destacar las dificultades que encuentran los Estados para tener acceso a la documentación e información que posee el país de origen del trabajador desplazado en orden a verificar datos como la afiliación del sujeto la Seguridad social o la propia existencia de la organización empresarial en la que se integran⁴⁶. Por tales razones, y con el fin de paliar y erradicar tales inconvenientes, la Autoridad pasará a hacerse cargo de la Plataforma europea para reforzar la cooperación en materia de la lucha contra el trabajo no declarado, grupo de trabajo permanente en el que participarán los interlocutores sociales⁴⁷.

La Plataforma apoyará las actividades de la Autoridad mediante el refuerzo de la cooperación entre autoridades competentes y demás agentes involucrados en la lucha contra el trabajo no declarado o falsamente declarado, por cuenta ajena o propia. También mejorará la capacidad de tales autoridades y procurará el aumento de la concienciación pública sobre tales asuntos⁴⁸. Para cumplir tales objetivos también mejorará la cooperación entre Estados a través del intercambio de buenas prácticas e información, desarrollo de pericia y análisis y fomento y facilitación de enfoques innovadores en aras a una cooperación transfronteriza eficaz y eficiente.

En cuanto a su composición, estará presidida por un representante de la Autoridad e integrada por un alto representante designado por cada Estado miembro, un representante de la Comisión y un máximo de cuatro representantes de los interlocutores sociales a nivel de la Unión, en representación paritaria de sindicatos y asociaciones empresariales. Además, podrán asistir a sus reuniones en calidad de observadores otros interlocutores sociales de sectores con alto índice de trabajo no declarado –hasta un máximo de catorce–, un representante de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo (Eurofound)⁴⁹, la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (EU–Osha)⁵⁰, de la OIT, así como de los terceros países del Espacio Económico Europeo. Adicionalmente podrá invitarse a participar en estas reuniones a otros observadores.

⁴⁵ Art. 2.5 Reglamento (UE) 2019/1149.

⁴⁶ Fernandes, S., “What is our Ambition for the European Labor Authority?”, *op.cit.*, p. 5.

⁴⁷ Plataforma creada en virtud de la Decisión (UE) 2016/344 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016. Arts. 12, 16.2 y 48 del Reglamento (UE) 2019/1149.

⁴⁸ El Anexo al Reglamento (UE) 2019/1149 desarrolla las actividades específicas que deberá llevar a cabo la Plataforma.

⁴⁹ Reglamento (UE) 2019/127 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de enero de 2019, por el que se crea la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo (Eurofound) y se deroga el Reglamento (CEE) n.º 1365/75 del Consejo.

⁵⁰ Reglamento (UE) 2019/126 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de enero de 2019 por el que se crea la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (EU-OSHA) y se deroga el Reglamento (CE) 2062/94 del Consejo.

4. ORGANIZACIÓN DE LA AUTORIDAD LABORAL

4.1. Organización interna

La Autoridad Laboral Europea será un organismo con personalidad jurídica propia y naturaleza de Agencia descentralizada de la Comisión Europea⁵¹.

Su estructura administrativa y de gestión interna debe obedecer a la igualdad como principio fundamental del Derecho de la Unión y, por tanto, se ha de procurar una representación equilibrada entre mujeres y hombres en sus dos principales órganos de composición colectiva, estos son, el Consejo de Administración así como en el Grupo de partes interesadas.

4.1.1. Consejo de Administración

El Consejo de Administración estará integrado, como así ocurre en el resto de agencias descentralizadas, por un representante de cada Estado miembro y dos miembros de la Comisión. Entre los anteriores nombrarán un presidente y un vicepresidente con una duración en su mandato de tres años –salvo que su mandato como miembro del Consejo de Administración expire antes de agotar dicho plazo– y es renovable una sola vez. Es el presidente el encargado de convocar las reuniones del Consejo y organizar las deliberaciones en torno a los diferentes puntos del orden del día.

Además, el Parlamento Europeo nombrará como miembro del Consejo a un experto independiente y también formarán parte del Consejo de Administración cuatro miembros las organizaciones intersectoriales de sindicatos y organizaciones empresariales – en la medida de lo posible debería incluir representantes de las Pymes⁵²– a nivel de la Unión con distribución paritaria. Tanto el representante del Parlamento como de los interlocutores sociales carecen de derecho de voto.

Por último, podrán participar, en calidad de observadores, representantes de aquellos terceros países que apliquen las normas de la Unión en el ámbito de aplicación del Reglamento por el que se crea la ALE así como a un representante de Eurofound, un representante de UE-OSHA, un representante del Cedefop y un representante de la Fundación Europea de Formación (ETF) con la finalidad de aumentar la eficiencia de las agencias y las sinergias entre ellas.

La duración del mandato de los miembros titulares y suplentes del Consejo de Administración es de cuatro años, renovables, si bien el propio Reglamento

⁵¹ Su funcionamiento deberá regirse por la Declaración Conjunta del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión Europea de 19 de julio de 2012, sobre agencias descentralizadas.

⁵² Se trata de un propósito no vinculante, al que alude el considerando 29 del Reglamento (UE) 2019/1149.

insta a las partes proponentes de miembros representativos a evitar la rotación de los mismos—solo exige la movilidad de su presidente y vicepresidente, como se ha visto—.

El Consejo de Administración deberá actuar conforme a un programa anual de trabajo, siendo exigible que al menos se reúnan dos veces al año en sesión ordinaria, además de aquellas otras a petición del Presidente, de la Comisión o de al menos un tercio de sus miembros. En este punto no aclara si se refiere a la totalidad de sus miembros o solo a quienes tienen derecho de voto, de manera que podemos interpretar de manera extensiva que se refiere a todos. A estas reuniones también podrán asistir terceros cuya opinión pueda ser de interés, incluidos los miembros del Grupo de partes interesadas, si bien solo adoptarán acuerdos aquellos a quienes se reconoce derecho de voto, que se alcanzarán por mayoría.

Las principales funciones que deberá desempeñar este órgano serán las relativas a la aprobación del presupuesto de la ALE, la adopción de las normas financieras aplicables o la adopción de una estrategia de lucha contra el fraude. Deberá aprobar un reglamento interno propio junto con un reglamento interno de la mediación, de los grupos de trabajo que tenga a bien crear y del grupo de expertos. Asimismo, le corresponde el nombramiento de un director ejecutivo debiendo establecer procedimientos para la adopción de decisiones relacionadas con las tareas operativas de la Autoridad por parte del mismo.

Todas las actividades que lleve a cabo la ALE deberán estar previstas en un documento único de programación de la Autoridad —al que aludiremos a continuación— y posteriormente sus actuaciones quedarán reflejadas en un informe anual consolidado que deberá remitir al Parlamento Europeo, al Consejo, la Comisión y el Tribunal de Cuentas cuyo carácter deberá ser público⁵³.

4.1.2. Grupo de partes interesadas

También formará parte de la ALE como órgano colegiado, como antes anticipábamos, un Grupo de partes interesadas cuyos miembros serán representantes de los interlocutores sociales a nivel de la Unión, incluyendo a aquellos que representan a sectores particularmente afectados por la movilidad laboral (construcción, transporte, entre otros)⁵⁴. Concretamente estará constituido por dos representantes de la Comisión y diez representantes de los interlocutores sociales y además de respetar en su composición, en la medida de lo posible, un equilibrio de género adecuado, debe tratar de representar adecuadamente a las pymes. Sus componentes aprobarán por mayoría de dos tercios su Reglamento interno y a

⁵³ Arts. 17 a 21 Reglamento (UE) 2019/1149.

⁵⁴ Art. 23 Reglamento (UE) 2019/1149.

sus reuniones podrán ser invitados expertos o representantes de organizaciones internacionales.

La principal tarea de este Grupo será la de emitir dictámenes, previa solicitud del Consejo de administración o a iniciativa propia, sobre tres tipos de cuestiones. En primer lugar, las relacionadas con la aplicación y control de cumplimiento de la legislación de la Unión en los ámbitos cubiertos por el propio Reglamento, particularmente en materia de análisis de la movilidad laboral transfronteriza y evaluación de riesgo. Por otro lado, podrá presentar un dictamen sobre el proyecto de informe anual de actividades consolidado encomendado al Consejo de Administración. En último lugar, tiene capacidad para emitir su opinión sobre el proyecto de documento único de programación.

Para crearse una opinión propia sobre la que asentar sus decisiones, el Grupo se servirá de la experiencia del Comité Consultivo de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social y del Comité Consultivo sobre la Libre Circulación de Trabajadores en asuntos relacionados con sus ámbitos de actuación. Se tratará de un trabajo de retroalimentación dado que también se dispone en el Reglamento que crea a la Autoridad que esta podrá participar en las reuniones de los anteriores así como contribuir a su trabajo.

4.1.3. Director ejecutivo

Para representar legalmente a la Autoridad se dispone la figura del Director Ejecutivo que se encargará de la gestión administrativa de la misma así como de ejecutar aquellas funciones que esta tiene encomendadas⁵⁵.

Entre otras, es responsable de preparar el proyecto de documento único de programación y su ejecución, el proyecto de informe anual consolidado, la elaboración de un plan de acción sobre la base de las conclusiones, evaluaciones e informes de auditoría internos y externos así como de las investigaciones llevadas a cabo por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF). En esta línea, deberá preparar una estrategia antifraude para la Autoridad.

Se encarga también de preparar el proyecto de normas financieras y de estado y previsiones de ingresos y gastos. También debe gestionar los recursos humanos y las estructuras internas de la Autoridad y es responsable de la cooperación con agencias externas, incluido la elaboración de un acuerdo con las mismas. Por último es responsable de hacer llegar a la Comisión propuestas del Grupo de partes interesadas.

Por último se encuentra entre sus cometidos el de rendir cuentas acerca de la actividad que desarrolla informando al Parlamento europeo sobre la misma si se

⁵⁵ Su estatuto jurídico está regulado en los arts. 22 y 31 del Reglamento (UE) 2019/1149.

le requiere. También podrá ser convocado por parte del Consejo. En todo caso, está llamado a informar acerca de todas las actividades que tiene encomendadas al Consejo de Administración.

4.1.4. *Funcionarios de enlace nacionales, expertos nacionales adscritos y otros agentes*

Para desarrollar las funciones y tareas asignadas a la Autoridad, cada Estado miembro designará un funcionario de enlace nacional como experto en comisión de servicios en la Autoridad debiendo ser trasladado a la misma. Su principal cometido es el de facilitar la cooperación y el intercambio de información, así como el apoyo y coordinación de inspecciones coordinadas o conjuntas. Actuarán, además, como puntos de contacto nacionales para resolver preguntas planteadas por sus Estados y en relación con estos mismos. Para el correcto desempeño de sus funciones deberán poder solicitar y recibir de sus Estados la información pertinente así como respetar la legislación nacional o las prácticas de los mismos especialmente en lo referido a la protección de datos y normas sobre confidencialidad.

Junto a los anteriores, la Autoridad podrá recurrir a otros expertos nacionales adscritos o a agentes no contratados por la Autoridad⁵⁶.

4.2. Organización externa

Desde el punto de vista de la apertura hacia el exterior, la nueva Autoridad Laboral pasará a sustituir y asumir funciones de algunos organismos de la Unión, mientras que está llamada a cooperar con otros, respetando sus funciones originarias.

Así, asumirá la gestión de la Oficina Europea de Coordinación de la Red europea de servicios de empleo EURES, de la que se encarga actualmente la Comisión. Para llevar a cabo las funciones que esta tiene asignadas, la ALE deberá cooperar con los Estados para promover nuevas oportunidades de empleo de modo que se facilite la movilidad laboral en el territorio de la Unión mediante la puesta en correspondencia transfronteriza de las ofertas de trabajo, prácticas y aprendizaje con los currículums⁵⁷.

Por otro lado, en el marco de la libre circulación de trabajadores sustituirá al Comité Técnico de Libre Circulación de los Trabajadores y participará en

⁵⁶ Los puestos vacantes de la Autoridad Laboral Europea son publicados a través de <https://ela.europa.eu/vacancies.html>. Para las primeras seis vacantes de agentes temporales a la Autoridad Laboral Europea, se han recibido un total de 2.421 solicitudes válidas.

⁵⁷ La Autoridad no se hará cargo del funcionamiento técnico, del desarrollo del portal EURES y de los servicios TI conexos de la Oficina Europea de Coordinación, que continuará siendo gestionado por la Comisión. Art. 6 Reglamento (UE) 2019/1149.

las reuniones del Comité consultivo creado por la Directiva 492/2011 en calidad de observador⁵⁸. Asimismo asumirá las funciones del Comité de Expertos sobre Desplazamiento de Trabajadores⁵⁹. Por último, como ya advirtiéramos en páginas anteriores, asumirá las funciones de la Plataforma europea para reforzar la cooperación en materia de la lucha contra el trabajo no declarado.

En cambio, no sustituirá, como fuera previsto en la propuesta de Reglamento, a la Comisión Técnica de Tratamiento de la Información, la Comisión de Cuentas y el Comité de Conciliación de la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, sino que cooperará con estos organismos pertenecientes a la Comisión Administrativa, previsiblemente en virtud de lo dispuesto en el acuerdo de cooperación que debe entablar con la misma⁶⁰.

Por otro lado la ALE deberá cooperar y colaborar con otras agencias como EU–Osha, Eurofound, el Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional (Cedefop)⁶¹, así como, en lo referido a la lucha contra la delincuencia organizada y la trata de seres humanos, con la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol) y la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust)⁶². Con todas las anteriores la ALE podrá celebrar acuerdos de cooperación en virtud de lo dispuesto en el art. 14 del Reglamento.

También cooperará con otros organismos e iniciativas como el SOLVIT, la Red Europea de Servicios Públicos de Empleo⁶³, la Red Europea para las Empresas, el Centro de Cuestiones Fronterizas, o el Comité de Altos Responsables de la Inspección de Trabajo y con los servicios nacionales para la promoción de la igualdad de trato y apoyo a los trabajadores de la Unión y los miembros de sus familias⁶⁴. No está prevista de manera expresa la posibilidad de celebrar acuerdos de cooperación

⁵⁸ El Comité técnico fue creado y regulado en los arts. 29 a 34 del Reglamento (UE) 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, derogado por el art. 46.2 del Reglamento (UE) 2019/1149; por su lado, el Reglamento por el que se crea la nueva Autoridad Laboral modifica mediante el art. 46.1, el artículo 26 del Reglamento (UE) 492/2011 que establece las normas de funcionamiento de Comité Consultivo.

⁵⁹ Decisión de la Comisión de 19 de diciembre de 2008 por la que se crea el Comité de expertos sobre desplazamiento de trabajadores.

⁶⁰ Considerando 12 del Reglamento (UE) 2019/1149.

⁶¹ Reglamento (UE) 2019/128 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de enero de 2019, por el que se crea un Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional (Cedefop) y se deroga el Reglamento (CEE) n.º 337/75 del Consejo.

⁶² Reglamento (UE) 2016/794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol) y por el que se sustituyen y derogan las Decisiones 2009/371/JAI, 2009/934/JAI, 2009/935/JAI, 2009/936/JAI y 2009/968/JAI del Consejo y Reglamento (UE) 2018/1727 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust) y por la que se sustituye y deroga la Decisión 2002/187/JAI del Consejo, respectivamente.

⁶³ Establecida en virtud de la Decisión No 573/2014/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014.

⁶⁴ Creado a instancias de la Directiva 2014/54/UE antes citada.

con los anteriores, sin que de ello se deduzca la imposibilidad de llevarlos a cabo.

Finalmente, desaparece de entre las funciones asignadas en la propuesta de Reglamento a la ALE la de facilitar la cooperación entre grupos de interés y agentes sociales en casos de transformación o reestructuración transnacionales⁶⁵.

5. FUNCIONAMIENTO DE LA AUTORIDAD LABORAL EUROPEA

El devenir de la ALE, cuya puesta en marcha se produjo el 16 de octubre de 2019 y que tendrá sede en Bratislava⁶⁶, se ciñe a unas pautas de programación y desarrollo de las actividades explícitamente prefiguradas.

Para llevar a cabo sus funciones y a fin de garantizar su autonomía e independencia le será concedido un presupuesto autónomo. No obstante el ejercicio autónomo de sus prerrogativas, deberá garantizar la transparencia en su funcionamiento, de acuerdo con el Reglamento relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión⁶⁷.

Por otro lado, para facilitar las labores de coordinación y transparencia, se deberá crear un sitio web único, al que aludíamos en páginas anteriores que incluya todas las páginas web pertinentes de la Unión así como aquellas de los Estados miembros establecidas conforme a la Directiva 2014/67/UE.

Finalmente, resta por destacar que en el transcurso de su actividad deberá garantizar que el tratamiento de datos personales a los que tiene acceso se lleve a cabo de conformidad con la normativa en materia de protección de datos⁶⁸.

5.1. Programación anual y plurianual

El funcionamiento de la Autoridad se estructura en la elaboración de programas de actuación con distinta vigencia o duración: uno de carácter anual y otro de tipo plurianual. Así, cada año deberá ser elaborado por el director ejecutivo un proyecto de documento único de programación, que deberá contener los de-

⁶⁵ Originariamente previsto en el art. 14 de la Propuesta de Reglamento por el que se crea la Autoridad Laboral Europea.

⁶⁶ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_19_6063.

⁶⁷ Reglamento (CE) 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001.

⁶⁸ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) y Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos, y por el que se derogan el Reglamento (CE) 45/2001 y la Decisión 1247/2002/CE

nominados programas de trabajo anual y plurianual cuyos detalles precisa el art. 24 del Reglamento.

Previa elaboración de los programas de actuación tanto anual como plurianual, la Autoridad Laboral asume la función de evaluar los riesgos y realizar un análisis en relación con la movilidad laboral y la coordinación de la seguridad social en toda la Unión, en colaboración con los Estados Miembros y, cuando proceda, con los interlocutores sociales.

En tales estudios previos se abordarán cuestiones relacionadas con los desequilibrios del mercado laboral, los desafíos sectoriales y los problemas recurrentes, además de otras cuestiones específicas. Al llevar a cabo esta labor empleará datos estadísticos pertinentes y actualizados procedentes de encuestas existentes, garantizando además la complementariedad con la experiencia de las agencias o servicios de la Unión y de autoridades, organismos o servicios nacionales con los que coopera. Se alimentará, en particular de la experiencia de los anteriores en los ámbitos del fraude, la explotación, la discriminación, la previsión de capacidades y la salud y la seguridad en el trabajo⁶⁹.

Para solventar las carencias detectadas la Autoridad podrá o bien fijar medidas concretas o bien usar la programación de actividades para actuar a corto y medio plazo en la resolución de las problemáticas que hayan podido ser señaladas tras la evaluación de riesgos de la movilidad laboral en el ámbito de actuación de la misma.

El primero de los documentos de programación anteriormente referidos está llamado a establecer los objetivos de manera detallada, así como los resultados esperados con las acciones programadas en el mismo. Estas, deberán prever su coste financiero así como los recursos económicos y humanos que precisará su desarrollo. El programa anual debe ser presentado cada año por parte del Consejo de Administración al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión y no será definitivo hasta la adopción final del presupuesto general de la Unión. En caso de incorporación de una modificación sustancial en el mismo, se debe adoptar con el mismo procedimiento que el programa inicial. En cambio, si la modificación no es sustancial, el Consejo de Administración podrá delegar en el Director Ejecutivo la facultad de adoptarlas.

Por su lado, el programa de trabajo plurianual es el instrumento en el que se fijará la programación estratégica, incluyendo los objetivos, resultados esperados y los indicadores de rendimiento, sin que sea necesario ser actualizado cada año sino cuando proceda. En particular se revisará para estudiar los resultados de la evaluación de la Autoridad en relación con sus objetivos, su mandato y sus tareas. También este programa de trabajo deberá presentar los recursos financieros y humanos necesarios para cada actividad propuesta.

⁶⁹ Art. 10 Reglamento (UE) 2019/1149.

5.2. Presupuesto de la Autoridad

Para el desarrollo de las funciones que tiene encomendadas y que son objeto de programación, como se ha visto, la Autoridad contará con un presupuesto de elaboración propia, si bien previamente aprobado por las instituciones Europeas⁷⁰.

De manera provisional, cada año el Director Ejecutivo deberá elaborar un proyecto de ingresos y gastos de la Autoridad para el ejercicio siguiente que estará basado en los objetivos y resultados esperados del documento de programación anual. Tales presupuestos deben estar fundamentados en los resultados que se pretenden alcanzar. Sobre el mismo, el Consejo de Administración adoptará un proyecto de previsiones de ingresos de la Autoridad para el siguiente ejercicio presupuestario, que deberá remitir a la Comisión antes del 31 de enero de cada año. La Comisión, a su vez, lo remitirá a la Autoridad Presupuestaria, junto con el presupuesto general de la Unión.

El presupuesto de la Autoridad es finalmente aprobado por el Consejo de Administración pero solo será definitivo tras la aprobación del presupuesto general de la Unión, al que se debe adaptar en todo caso.

La estructura del presupuesto se compone de ingresos y gastos. Entre los primeros se incluye una contribución de la Unión, cualquier contribución financiera voluntaria por parte de los Estados o de terceros países que participen en trabajos de la Autoridad, además de una posible financiación de la Unión en forma de convenios de delegación o subvenciones *ad hoc* así como de las tarifas de publicaciones y otros servicios prestados por la Autoridad. Los gastos, por su parte, comprenderán la retribución del personal adscrito, los gastos administrativos, de infraestructura y de funcionamiento de la Autoridad.

De la ejecución del presupuesto responde el Director Ejecutivo, sin perjuicio de que el contable de la Autoridad es quien remitirá las cuentas provisionales del ejercicio presupuestario al contable de la Comisión y al Tribunal de Cuentas.

5.3. Responsabilidad

La Autoridad, a la que se otorga personalidad jurídica propia, será responsable contractual y extracontractual de sus actos, en virtud de lo establecido en el art. 39 del Reglamento. La responsabilidad contractual de la Autoridad se rige por el Derecho aplicable al contrato en cuestión, correspondiendo la resolución de los litigios que versen sobre cualquier cláusula compromisoria contenida en un contrato celebrado por la Autoridad al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

70 Arts. 26 a 29 Reglamento (UE) 2019/1149.

Por otro lado, si la autoridad ocasiona daños y perjuicios por sus servicios o a causa de su personal, en el ejercicio de sus funciones, responderá extracontractualmente, de conformidad con los principios generales comunes a las legislaciones de los Estados miembros. También es competente para resolver este tipo de conflictos relativos a la indemnización de daños y perjuicios el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

5.4. Evaluación y revisión

Por último se prevé por el Reglamento que crea la Autoridad Europea un mecanismo de fiscalización de la misma, mediante las tareas de evaluar y revisar la efectividad de las actuaciones que lleve a cabo la autoridad y someterlas, en su caso, a ciertas modificaciones. Para ello, la Comisión, de manera periódica, deberá evaluar la actuación de la Autoridad en relación con sus objetivos, mandato y tareas⁷¹. Evaluará también si resulta necesario modificar el mandato de la misma y el ámbito de sus actividades con miras a su posible ampliación para cubrir determinadas necesidades sectoriales.

Basándose en esta evaluación la Comisión podrá presentar propuestas legislativas para revisar el ámbito de aplicación del propio Reglamento por el que se crea la Autoridad Laboral e incluso proponer que se modifique o derogue en vista a la falta de justificación de la Autoridad en función de sus objetivos, mandato o tareas.

Las actividades de la Autoridad no solo serán sometidas a escrutinio por parte de la Comisión sino que, además, el defensor del Pueblo Europeo tiene capacidad para investigarlas⁷².

6. CONCLUSIONES

No es tarea fácil la que corresponde a la Unión Europea en materia social. Permanece siempre presente en la mentalidad de quienes elaboran las normas, políticas y estrategias en el seno de las instituciones europeas el origen económico y político del pacto por el que se creó aquella Comunidad Europea que solo se fijaba entonces, en lo que concierne a protección de las personas, en la libre circulación de trabajadores y en la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad y de sexo –y en este último caso solo en lo que respecta a la divergencia salarial entre hombres y mujeres–.

⁷¹ El primer plazo fijado es el 1 de agosto de 2024. Con posterioridad, la evaluación se llevará a cabo cada cinco años. Art. 40 Reglamento (UE) 2019/1149.

⁷² De conformidad con lo que establece el art. 228 TFUE. Art. 41 Reglamento (UE) 2019/1149.

La creación de una Autoridad Laboral Europea no viene a culminar un sistema de protección de relaciones laborales perfectamente acabado pero sí contribuye a la búsqueda de la equidad laboral entre todos los ciudadanos de la Unión, o al menos a ello está llamado.

Tampoco se obvia que entre sus fundamentos se halla el de reforzar un mercado único europeo. No obstante, tras la superación de una etapa de excesiva protección de las libertades económicas de la Unión, ahora la Unión trata de salvaguardarlas en armonía con la protección de derechos sociales, estos últimos potenciados mediante el establecimiento del pilar europeo de derechos sociales que ha propiciado numerosas reformas dirigidas a los mismos fines.

Ello origina la necesidad de unificar en una sola institución, la Autoridad Europea, funciones como la de clarificar la legislación aplicable, solventar posibles controversias que se originen, por medio de inspecciones de trabajo coordinadas o conjuntas así como la posibilidad de resolver conflictos a nivel extrajudicial, sin perjuicio de las competencias estatales ni de las asumidas por los tribunales internos y de la Unión Europea, o la lucha conjunta contra el trabajo no declarado. Tales funciones, no obstante, deberán servir para progresar en la materia y no, en cambio, para duplicar esfuerzos y aumentar la carga administrativa o burocrática que a la postre ahonde aún más en los problemas que frecuentemente cita la población sobre la insuficiencia de la información que reciben de las instituciones o la dificultad de ejecutar su derecho a la libre circulación derivado de las limitaciones administrativas.

En este contexto la Autoridad se constituye, en nuestra opinión, como instrumento adecuado de fomento de las sinergias entre instituciones en el ámbito de las relaciones de mercado transfronterizas que implican el desplazamiento temporal o permanente de trabajadores de un Estado miembro a otro. Sus competencias, tanto de simple informador de las normas aplicables como de operador central y gestor de asuntos de índole laboral y de seguridad social en materia de gestión y coordinación entre instituciones para la correcta aplicación de las normas, la lucha contra el fraude y la puesta a disposición de instrumentos prácticos que resuelvan litigios sobre los asuntos que se encuentran bajo su ámbito de actuación, suponen un acicate al progreso social, a pesar de que finalmente no acometa funciones de fiscalización obligatoria o imperativa, sino que precisa en todo caso la aquiescencia de los Estados miembros –inspecciones coordinadas o conjuntas, mediación–.

2

Informes y
Documentos

ACTUACIONES DEL SERCLA EN LOS CONFLICTOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS EN 2019 (AVANCE)

CONFLICTOS COLECTIVOS (Datos a 30/09/2019)

Hasta el mes de septiembre de 2019 el SERCLA registró un total de **656** solicitudes de mediación en conflictos colectivos en Andalucía, los cuales extendían sus efectos a **12.612** empresas y **290.403** trabajadores. El número total de conflictos interpuestos ante este Sistema extrajudicial, en el período referido, es ligeramente superior al registrado en 2018 (**649**).

Hay que destacar la provincia de Cádiz, que supera a la de Málaga en número de conflictos colectivos.

Un total de **179** mediaciones en conflictos colectivos concluyeron con acuerdo, lo que supone el **39,00%** del global de los tramitados, dato ligeramente inferior al registrado para el año 2018 (39,08).

Por Sedes destaca Algeciras, con un 61,76% de avenencia, muy por encima de la media, seguida por Jaén con un 50,00% y Granada con un 45,71%.

En este periodo se logró acuerdo en los procedimientos previos a huelga en un **58,82%**, de modo que la actuación mediadora del SERCLA propició evitar un total de **60** huelgas. El número de horas recuperadas ascienden a 335.024 horas. Desde que en 1999 inició sus actuaciones, el SERCLA ha logrado evitar la pérdida de un total de 40.721.632 horas de trabajo en nuestra Comunidad Autónoma.

PRINCIPALES DATOS

Ámbito	Expedientes	%	Empresas	%	Trabajadores	%
Almería	78	11.89	79	0.63	11.048	3.8
Cádiz	110	16,77	715	5,66	20296	6,99
Cádiz	46	7.01	657	5.21	12.095	4.16
Algeciras	40	6.1	38	0.3	5.497	1.89
Jerez de la Fra	24	3.66	20	0.16	2.704	0.93
Córdoba	44	6.71	395	3.13	71.445	24.6
Granada	69	10.52	374	2.96	5.208	1.79
Huelva	35	5.34	36	0.29	6.246	2.15
Jaén	46	7.01	9.990	79.15	20.266	6.98
Málaga	108	16.46	124	0.98	15.014	5.17
Sevilla	159	24.24	754	5.97	123.373	42.48
Interprovincial	7	1.07	155	1.23	17.507	6.03
	656		12.622		290.403	

Tramitaciones efectivas

Tramitación	Expedientes	%
Concluido con avenencia	179	39,00
Concluido sin avenencia	280	61,00
Total	459	100,00

Resultados por ámbito geográfico

Sedes	Expedientes con Avenencia	%	Expedientes sin Avenencia	%
ALGECIRAS	21	61.76	13	38.24
ALMERIA	14	29.79	33	70.21
CÁDIZ	16	45.71	19	54.29
CÓRDOBA	13	39.39	20	60.61
GRANADA	19	43.18	25	56.82
HUELVA	8	32,00	17	68,00
JAÉN	16	50,00	16	50,00
JEREZ	11	50,00	11	50,00
MÁLAGA	30	42.86	40	57.14
SEVILLA	30	26.79	82	73.21
	179	39,00	280	61,00

Resultados por modalidades procedimentales

Modalidades	Expedientes Con Avenencia	%	Expedientes Sin Avenencia	%
GENERAL	33	68.75	15	31.25
PREVIO A LA HUELGA	60	58.82	42	41.18
PREVIO A VIA JUDICIAL	85	27.60	223	72.40
	178	39,00	280	61,00

Expedientes previos a huelga: concluidos con avenencia

Número Expedientes	Empresas	Trabajadores	Hora de Trabajo Recuperadas
60	236	15.138	

Resultado tramitación no efectiva

Tramitación	Expedientes	%
Anulado	10	1.52
Aplazado por acuerdo de la CCM	3	0.46
Arbitraje concluido	1	0.15
Archivado por falta de subsanación	7	1.07
Archivado por incumplimiento de plazos	4	0.61
Citado	1	0.15
Concluido con avenencia	179	27.29
Concluido sin avenencia	280	42.68
Desistimiento por desconvocatoria de huelga	3	0.46
Desistido: incomparecencia de la parte actora	5	0.76
Desistido: petición de la parte actora	35	5.34
Imposib. Celebración: excepciones procedimentales	4	0.61
Intentado sin efecto	69	10.52
No competencia SERCLA	5	0.76
Pendiente	36	5.49
Requerido	3	0.46
Suspendido	11	1.68
Total	656	100,00

CONFLICTOS INDIVIDUALES (Datos a 30/09/2019)

PRINCIPALES DATOS

Hasta el octavo mes del año 2019 se presentaron ante el SERCLA un total de **1.534** expedientes de conflictos individuales, lo que supone un ascenso del **348%** respecto al dato registrado en las mismas fechas del año anterior (440).

La distribución provincial de los expedientes presentados es la que sigue: Almería **140**, Cádiz **242**, Córdoba **46**, Granada **143**, Huelva **91**, Jaén **63**, Málaga **488**, Sevilla **321**. La sede de Málaga asume casi el 32% del total de los expediente presentados hasta la fecha.

La mayor parte de las motivaciones de estos conflictos se refieren a Régimen Disciplinario (987), siguiéndole Modificación sustancial condiciones de trabajo (199) y Clasificación Profesional (190).

Si se atiende al carácter preceptivo o no de este trámite ante el SERCLA, se observa que la intervención de este Sistema es trámite obligatorio en **1.225** de los conflictos presentados (**79,86%**), siendo voluntaria en los **309** restantes (**20,24%**).

La tramitación efectiva de los expedientes se extiende hasta el **65,12%** del total de los presentados.

El porcentaje global de avenencias, en conflictos individuales, se sitúa en un **24,52%** de los asuntos en que se desarrolló actuación mediadora. Si desagregamos los conflictos por sanciones, el porcentaje de avenencia asciende a **30,77%** lo que significa una disminución de **4,01** puntos porcentuales respecto al mismo mes del año anterior (**34,78%**). Respecto a las sanciones el nivel de avenencia se sitio en el 21,51.

Expedientes presentados

Provincia	Expedientes	%	Trabajadores
ALMERÍA	140	9,13	162
CÁDIZ	242	15,78	259
CÓRDOBA	46	3,00	46
GRANADA	143	9,32	160
HUELVA	91	5,93	91
JAÉN	63	4,11	63
MÁLAGA	488	31,81	488
SEVILLA	321	20,93	350
Total	1.534	100,00	1.619

Expedientes de la provincia de Cádiz

Ámbito por Sedes	Expedientes
Algeciras	63
Cádiz	74
Jerez de la Frontera	105

Expedientes presentados mensualmente:

Ámbito Temporal	Expedientes 2018	Expedientes 2019
Enero	52	184
Febrero	44	166
Marzo	50	178
Abril	48	187
Mayo	55	187
Junio	63	175
Julio	53	175
Agosto	29	132
Septiembre	46	150
Total	440	1.534

Sectores económicos de los expedientes presentados

Sector	Expedientes
Activ. administrativas y servic. auxiliares	130
Activ. artíst. recreativas y entretenimiento	21
Activ. profesionales, científicas y técnicas	27
Activ. sanitarias y de servicios sociales	90
Actividades financieras y de seguros	20
Actividades inmobiliarias	4
Admón.Pública y Defensa.Seg.Soc.obligatoria	17
Agricultura, ganadería, silvicultura y pesca	59
Comercio mayor y menor, reparación vehiculos	210
Construcción	41
Educación	20
Hogares emplead.y product. bienes uso propio	4
Hostelería	187
Industria manufacturera	55
Industrias extractivas	13
Información y comunicaciones	65
Otros	172
Otros servicios	271
Sumin. agua, saneam. residuos, descontaminación	53
Sumin. energ. eléct.,gas,vapor, aire acondic.	8
Transporte y almacenamiento	67

Motivación de los expedientes presentados

Motivaciones	Expedientes
Clasificación profesional	190
Conciliación vida personal, familiar y laboral	63
Excedencias	4
Licencias y Permisos	8
Modificación sustancial de condiciones	199
Movilidad funcional	7
Reducciones de jornada	21
Régimen Disciplinario	987
Trabajos de superior o inferior categoría	12
Traslados y desplazamientos	22
Vacaciones	21
	1.534

Sector privado/público de expedientes presentados

Provincia	Privado	Público
ALMERÍA	140	0
CÁDIZ	241	1
CÓRDOBA	43	3
GRANADA	142	1
HUELVA	91	0
JAÉN	63	0
MALAGA	488	0
SEVILLA	318	3
Total	1526	8

Expedientes presentados. Desglose de tipo de promotor

Provincia	Em-presas	Conjunto Empresas y Trabajadores	Trabajador	Repre-sentantes Unitarios	Sindica-tos	Repre-sentantes Unitarios y Sindicatos	CCOO	UGT	Otros Sindica-tos	UGT y CCOO
ALMERÍA	0	0	132	0	0	0	0	1	3	0
CÁDIZ	2	0	184	0	1	0	12	4	11	0
CÓRDOBA	0	0	46	0	0	0	0	0	0	0
GRANADA	0	0	137	0	0	0	0	0	0	0
HUELVA	0	0	86	0	0	0	0	0	0	0
JAÉN	0	0	61	0	0	0	0	0	2	0
MALAGA	3	0	380	3	1	0	19	11	1	0
SEVILLA	2	0	218	35	0	0	23	3	36	0
Total	7	0	1.244	38	2	0	54	19	53	0

TRAMITACIÓN DE EXPEDIENTES

Estado de tramitación de los expedientes

Provincia	En Tramitación	Tramitación No Efectiva	Tramitación Efectiva
ALMERÍA	2	31	103
CÁDIZ	7	57	171
CÓRDOBA	2	11	33
GRANADA	1	48	93
HUELVA	1	26	60
JAÉN	2	27	34
MALAGA	38	130	316
SEVILLA	20	105	189
	73	435	999

Tramitaciones no efectivas

Causa	Expedientes
Archivado por falta de subsanación	1
Archivado por incumplimiento de plazos	1
Desistido: incomparecencia de la parte actora	43
Desistido: petición de la parte actora	50
Intentado sin efecto	334
No competencia SERCLA	6
	435

Expedientes presentados (Obligatorios/Facultativos)

Carácter Obligatorio	Expedientes	%
Clasificación profesional	190	15,51
Movilidad funcional	7	0,57
Trabajos de superior o inferior categoría	12	0,98
Licencias y Permisos	8	0,52
Reducciones de jornada	21	1,71
Régimen disciplinario	987	80,57
	1.225	79,86

Carácter Facultativo (voluntarios)	Expedientes	%
Modificación sustancial de condiciones	199	64,40
Traslados y desplazamientos	22	7,12
Vacaciones	21	6,80
Conciliación vida personal, familiar y laboral	63	20,39
Excedencias	4	1,29
	309	20,24

RESULTADOS OBTENIDOS

Resultados globales

Causa	Expedientes	%
Concluido con avenencia	245	24.52
Concluido sin avenencia	754	75.48
Total	999	100,00

Resultados por provincias

Almería:

Causa	Expedientes	%
Concluido con avenencia	13	12.62
Concluido sin avenencia	90	87.38

Cádiz:

Causa	Expedientes	%
Concluido con avenencia	51	29.82
Concluido sin avenencia	120	70.18

Algeciras:

Causa	Expedientes	%
Concluido con avenencia	10	22.22
Concluido sin avenencia	35	77.78

Cádiz:

Causa	Expedientes	%
Concluido con avenencia	19	34.55
Concluido sin avenencia	36	65.45

Jerez:

Causa	Expedientes	%
Concluido con avenencia	22	30.99
Concluido sin avenencia	49	69.01

Córdoba:

Causa	Expedientes	%
Concluido con avenencia	5	15.15
Concluido sin avenencia	28	84.85

Granada:

Causa	Expedientes	%
Concluido con avenencia	17	18.28
Concluido sin avenencia	76	81,72

Huelva:

Causa	Expedientes	%
Concluido con avenencia	19	31.67
Concluido sin avenencia	41	68.33

Jaén:

Causa	Expedientes	%
Concluido con avenencia	7	20.59
Concluido sin avenencia	27	79.41

Málaga:

Causa	Expedientes	%
Concluido con avenencia	93	29.43
Concluido sin avenencia	223	70.57

Sevilla:

Causa	Expedientes	%
Concluido con avenencia	40	21.16
Concluido sin avenencia	149	78.84

Resultados por sectores económicos

Con avenencia:

Sector	Expedientes	%
Activ. administrativas y servic. auxiliares	14	5.98
Activ. artíst. recreativas y entretenimiento	3	1.28
Activ. profesionales, científicas y técnicas	5	2.14
Activ. sanitarias y de servicios sociales	18	7.69
Actividades financieras y de seguros	1	0.43
Actividades inmobiliarias	2	0.85
Agricultura, ganadería, silvicultura y pesca	3	1.28
Comercio mayor y menor, reparación vehículos	41	17.52
Construcción	9	3.85
Educación	3	1.28
Hostelería	27	11.54
Industria manufacturera	5	2.14
Industrias extractivas	2	0.85
Información y comunicaciones	4	1.71
Otros	40	17.09
Otros servicios	34	14.53
Sumin. agua, saneam. residuos, descontam.	9	3.85
Sumin. energ. eléct.,gas,vapor, aire acondic.	2	0.85
Transporte y almacenamiento	12	5.13

Sin Avenencia:

Sector	Expedientes	%
Activ. administrativas y servic. auxiliares	46	6.43
Activ. artíst. recreativas y entretenimiento	12	1.68
Activ. profesionales, científicas y técnicas	16	2.24
Activ. sanitarias y de servicios sociales	38	5.31
Actividades financieras y de seguros	13	1.82
Actividades inmobiliarias	1	0.14
Admón.Pública y Defensa.Seg.Soc.obligatoria	8	1.12
Agricultura, ganadería, silvicultura y pesca	46	6.43
Comercio mayor y menor, reparación vehículos	93	13.01
Construcción	20	2.8
Educación	10	1.4
Hogares emplead.y product. bienes uso propio	3	0.42
Hostelería	78	10.91
Industria manufacturera	39	5.45
Industrias extractivas	7	0.98
Información y comunicaciones	18	2.52
Otros	84	11.75
Otros servicios	116	16.22
Sumin. agua, saneam. residuos, descontaminación	36	5.03
Sumin. energ. eléct..gas,vapor, aire acondic.	2	0.28
Transporte y almacenamiento	29	4.06

Resultados por motivaciones

Con avenencia:

Motivaciones	Expedientes	%
Clasificación profesional	14	5.71
Conciliación vida personal, familiar y laboral	12	4.9
Licencias y Permisos	2	0.82
Modificación sustancial de condiciones	52	21.22
Movilidad funcional	2	0.82
Reducciones de jornada	5	2.04
Régimen disciplinario	145	59.18
Trabajos de superior o inferior categoría	3	1.22
Traslados y desplazamientos	5	2.04
Vacaciones	5	2.04

Sin Avenencia:

Motivaciones	Expedientes	%
Clasificación profesional	85	11.29
Conciliación vida personal, familiar y laboral	26	3.45
Excedencias	1	0.13
Licencias y Permisos	4	0.53
Modificación sustancial de condiciones	76	10.09
Movilidad funcional	2	0.27
Reducciones de jornada	8	1.06
Régimen disciplinario	529	70.25
Trabajos de superior o inferior categoría	6	0.8
Traslados y desplazamientos	9	1.2
Vacaciones	7	0.93

RESULTADOS EXPEDIENTES RÉGIMEN DISCIPLINARIOS

Expedientes presentados

Provincia	Expedientes	%
ALMERÍA	99	10.03
CÁDIZ	147	14.89
CÓRDOBA	21	2.13
GRANADA	86	8.71
HUELVA	61	6.18
JAÉN	40	4.05
MALAGA	280	28.37
SEVILLA	253	25.63
	987	100,00

Resultados por provincia

Provincia	Con avenencia	%	Sin avenencia	%
Almería	8	9,88	73	90,12
Cádiz	30	29,13	73	70,87
Córdoba	1	6,25	15	93,75
Granada	13	21,31	48	78,69
Huelva	12	27,91	31	72,09
Jaén	1	4,17	23	95,83
Málaga	50	25,91	143	74,09
Sevilla	30	19,61	123	80,39
Total	145	21,51	529	78,49

**RESULTADOS EXPEDIENTES DESAGREGADOS LOS DATOS
DE EXPEDIENTES SANCIONADORES**

Provincia	Expedientes	%
ALMERÍA	41	7,50
CÁDIZ	95	17,37
CÓRDOBA	25	4,57
GRANADA	57	10,42
HUELVA	30	5,48
JAÉN	23	4,20
MÁLAGA	208	38,03
SEVILLA	68	12,43
Total	547	100,00

Resultados por provincia

Ámbito	Con avenencia	%	Sin avenencia	%
Almería	5	22,73	17	77,27
Cádiz	21	30,88	47	69,12
Córdoba	4	23,53	13	76,47
Granada	4	12,50	28	87,50
Huelva	7	41,18	10	58,82
Jaén	6	60,00	4	40,00
Málaga	43	34,96	80	65,04
Sevilla	10	27,78	26	72,22
Total	100	30,77	225	69,23

3

Comentarios
de Jurisprudencia

**LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES
QUE APOYAN A UNA VÍCTIMA DE DISCRIMINACIÓN
LABORAL POR RAZÓN DE SEXO***

Sentencia del Tribunal de Justicia UE de 20 junio 2019 (ECLI:EU:C:2019:523)

M.^a TERESA VELASCO PORTERO**

SUPUESTO DE HECHO: La Sra. V. estaba empleada por la cadena de ropa WTG Retail como gerente de una de sus tiendas de ropa. En su condición de gerente el 25 de junio de 2015 entrevistó a la Sra. H. con vistas a una posible contratación como vendedora a partir del 1 de agosto de 2015, manifestando esta última que estaba embarazada de tres meses. El 5 de julio de 2015, la Sra. V. informó a la empresa que había encontrado una candidata adecuada en la persona de la Sra. H. No obstante, la responsable de recursos humanos de esa empresa le hizo saber, mediante correo electrónico de 6 de julio de 2015, su intención de no contratar a la Sra. H. debido a su embarazo. Mediante correo electrónico de 7 de julio de 2015, la Sra. V. contestó a la empresa indicando que la ley prohibía que se rechazara la contratación por razón de embarazo. No obstante, el 12 de agosto de 2015 supo que su empresa confirmaba la negativa a contratar a la Sra. H. por el mismo motivo. El mismo día, la Sra. V. informó a la Sra. H. de que su candidatura no había sido seleccionada debido a su embarazo. Acto seguido, la Sra. H. se puso en contacto con WTG Retail para abordar su no contratación, indicándole que pretendía presentar una reclamación contra esa empresa ante el Instituto belga para la igualdad. Como, a continuación, WTG Retail no modificó su postura, la Sra. H. presentó una reclamación, e informó de ello a la empresa el 26 de septiembre de 2015. El 5 de octubre de 2015, la Sra. V. tuvo una entrevista con la responsable de WTG Retail relativa a la no contratación de la Sra. H., durante la cual se le reprochó ser la causa de la reclamación presentada por esta. El 12 de noviembre de 2015, el Instituto para la Igualdad informó a WTG Retail de que había recibido reclamación de la Sra. H. a lo que la empresa contestó negando formalmente que esa hubiera sido la causa de no haberla contratado.

* El presente comentario forma parte de los resultados del proyecto “Retos del Derecho del Trabajo español ante la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de política social y derechos fundamentales”, del Programa I+D+I Retos 2018, investigadores principales Gárate Castro y Maneiro Vázquez.

** Profesora titular de Área. Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

Unos meses más tarde, el 6 de abril de 2016, WTG Retail rescindió el contrato de trabajo de la Sra. V. El 13 de abril de 2016, esta presentó una reclamación también ante el Instituto para la Igualdad. Al preguntar a la empresa por los motivos de su despido, WTG Retail se los comunicó de manera pormenorizada mediante escrito de 10 de junio de 2016. Entre esos motivos figuraban, en particular, la ejecución incorrecta de las tareas confiadas, el incumplimiento de las consignas de seguridad, el mantenimiento insuficiente de la tienda y la falta de orden, motivos que fueron impugnados por el sindicato al que pertenecía la trabajadora.

Dado que la empresa se negó a llegar un acuerdo con la trabajadora entregándole una indemnización, ésta acude a los tribunales, solicitando que se le aplicara la protección contra las medidas de represalia garantizadas en la Ley de Género belga. Sin embargo, el art. 22 de la Ley para la lucha contra la discriminación entre mujeres y hombres, de 10 de mayo de 2007, dispone en su apartado 1 que “Cuando una reclamación es presentada por una persona o en su favor debido a una infracción de la presente Ley que se ha producido en el ámbito de las relaciones de trabajo y de los regímenes complementarios de seguridad social, el empresario no podrá tomar medidas perjudiciales contra esa persona, salvo por motivos ajenos a esa reclamación”, y en el apartado 3 que “La reclamación motivada mencionada en el apartado 1, guiones primero a tercero, consistirá en un escrito fechado, firmado y notificado por correo certificado en el que se expondrán las imputaciones formuladas contra la persona que haya incurrido en la supuesta discriminación”, reiterándose en el apartado 9 que “La protección mencionada en el presente artículo será igualmente aplicable a las personas que actúen en calidad de testigos al poner en conocimiento de la persona ante la que se presenta la reclamación mencionada en el apartado 3, en el marco de la investigación de dicha reclamación, mediante un documento firmado y fechado, los hechos que ellas mismas han visto u oído y que están relacionados con la situación que constituye el objeto de la reclamación, o bien al comparecer como testigos en un procedimiento judicial”. Siendo así que la Sra. V no había presentado dicho documento fechado y sellado, no le era de aplicación la protección legal. Ante esta situación, el órgano jurisdiccional nacional se dirige al Tribunal de Justicia preguntando si la protección prevista en el artículo 22, apartado 2, de la Ley de Género no es más restrictiva que la establecida en el artículo 24 de la Directiva 2006/54 (LCEur 2006, 1696), adelantando su opinión de que la protección no debe circunscribirse a los testigos oficiales, sino que debe también extenderse a las personas que defienden o apoyan a la persona que ha presentado una reclamación por discriminación por razón de sexo.

RESUMEN: El Tribunal de Justicia reflexiona en el cuerpo de la sentencia sobre los límites subjetivos de la garantía de indemnidad en el ámbito de la Directiva 2006/54, considerando que para que se cumplan los objetivos de la Directiva

de garantizar la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de empleo y ocupación es necesario que se interprete de forma amplia quiénes son los trabajadores que deben estar protegidos frente a medidas de represalia del empresario. Por ello, la protección debe incluir a todos los trabajadores que de manera formal o informal hayan defendido al trabajador discriminado, e incluso a aquellos que denunciaron o pusieron de manifiesto la discriminación.

ÍNDICE:

1. LA PROTECCIÓN CONTRA LAS MEDIDAS DE REPRESALIA EN DERECHO COMUNITARIO Y DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA SOBRE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA
2. EL CUERPO DE LA SENTENCIA Y TRASCENDENCIA DE LA INTERPRETACIÓN QUE REALIZA DEL ART. 24 DE LA DIRECTIVA
3. BIBLIOGRAFÍA

1. LA PROTECCIÓN CONTRA LAS MEDIDAS DE REPRESALIA EN LO RELATIVO A IGUALDAD DE TRATO EN EL DERECHO COMUNITARIO Y DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA SOBRE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

La normativa comunitaria no es ajena a la necesidad de proteger a la persona trabajadora frente a posibles represalias por parte del empleador derivadas del ejercicio de sus acciones judiciales. Esta cuestión está presente en la propia Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), por medio de la cual se intenta garantizar la igualdad de trato y al mismo tiempo ofrecer una protección eficaz contra la discriminación por razón de sexo¹. El considerando 29 de la Directiva señala que la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato requiere la aplicación de procedimientos judiciales o administrativos adecuados para el cumplimiento de las obligaciones que en ella se establecen, y su artículo 17.1 recoge que dichos procedimientos deben ser accesibles a todas las personas que se consideran lesionadas por no haberseles aplicado el principio de igualdad de trato.

Se trata por tanto de la consagración en la propia directiva del principio de tutela judicial efectiva, presente en las Constituciones de los estados miembros y particularmente en nuestro país, y que está igualmente consagrado en los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 así

¹ Vid. Maneiro Vázquez, Y. “La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación”, *NREDT*, N° 191, 2016.

como en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Más concretamente, el artículo 24 de la misma Directiva 2006/54/CE establece lo siguiente: “Los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas que resulten necesarias para proteger a los trabajadores, incluidos los que sean representantes de los trabajadores según las leyes y/o prácticas nacionales, contra el despido o cualquier otro trato desfavorable del empresario como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato”.

El Tribunal de Justicia también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema, y lo HA hecho en concreto en la Sentencia de 22 de septiembre de 1998, caso *Belinda Jane Coote contra Granada Hospitality Ltd.* sentencia de 22 septiembre 1998. En dicha sentencia, con respecto a la obligación de los estados miembros de establecer las medidas necesarias para que cualquier persona pueda valer sus derechos por vía jurisdiccional, se estableció que dentro de dichas medidas se incluía la obligación de garantizar la protección jurisdiccional a un trabajador cuyo empresario, tras la extinción de la relación laboral, se negaba a proporcionar referencias como reacción a una acción judicial ejercitada en el sentido de la Directiva.

Sin embargo, ni la literalidad del artículo de la Directiva ni la anterior jurisprudencia del TJ se refieren de manera expresa y contundente a la protección del trabajador que sufre represalias por participar en defensa del trabajador discriminado, como es el caso que nos ocupa; de ahí el interés de la sentencia que comentamos.

2. EL CUERPO DE LA SENTENCIA Y TRASCENDENCIA DE LA INTERPRETACIÓN QUE REALIZA DEL ART. 24 DE LA DIRECTIVA

Parte el Tribunal de Justicia de dos cuestiones básicas: la primera, que el hecho de que no se contratase a la Sra. H por motivo de su embarazo es una discriminación directa por razón de sexo que supone una clara vulneración de la Directiva; la segunda, que aunque el despido de la gerente se produjo pasados seis meses, el tribunal nacional parece considerar que está vinculado con la oposición que manifestó frente a la conducta discriminatoria de la empresa.

Partiendo de ello, analiza la protección que se consagra en el artículo 24 de la Directiva y afirma que, a pesar de no mencionar expresamente a trabajadores terceros implicados, “(27) de los propios términos del citado artículo 24 se desprende que la categoría de trabajadores que pueden acogerse a la protección prevista en el mismo debe entenderse en sentido amplio e incluye a todos los trabaja-

dores que puedan ser objeto de medidas de represalia tomadas por el empresario como reacción a una reclamación presentada por una discriminación basada en el sexo, sin que por otra parte se delimite tal categoría.(28). De ese modo, del tenor del artículo 24 de la Directiva 2006/54 resulta que este no limita la protección únicamente a los trabajadores que han presentado una reclamación o a sus representantes, ni a los que cumplan determinados requisitos formales a los que está supeditado el reconocimiento de cierta condición, como la de testigo, como las previstas por la Ley de Género controvertida en el litigio principal.”

Considera que esta interpretación amplia se ve corroborada por el objetivo de la Directiva, que según su artículo 1 es garantizar la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de empleo y ocupación. Si no se protegiese a los trabajadores que de manera formal o informal hubieran defendido a la persona protegida o hubiesen declarado como testigo en su favor, la efectividad de la Directiva no quedaría garantizada. Por el mismo motivo deben quedar también protegidos quienes detecten o pongan de manifiesto las discriminaciones, se hayan cumplido o no requisitos formales para ello.

“(35) En consecuencia, procede interpretar el artículo 24 de la Directiva 2006/54 en el sentido de que los trabajadores contemplados en ese artículo, distintos de la persona que ha sido discriminada por razón de sexo, deben estar protegidos en la medida en que el empresario pueda causarles un perjuicio por el apoyo prestado, de manera formal o informal, a la persona que ha sido discriminada.” Es muy interesante esta interpretación, que va más allá de la cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional nacional, y que fija de manera bastante clara los amplios términos subjetivos de la tutela judicial efectiva en materia de igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Finalmente, y en congruencia con la amplia interpretación del artículo 24 que se ha defendido, el Tribunal responde a la cuestión prejudicial planteada “que el artículo 24 de la Directiva 2006/54 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, en virtud de la cual, en una situación en la que una persona que se considera víctima de una discriminación por razón de sexo ha presentado una reclamación, un trabajador que le ha prestado apoyo en ese contexto únicamente está protegido contra las medidas de represalia tomadas por el empresario si ha intervenido como testigo en el marco de la instrucción de esa reclamación y su testimonio cumple los requisitos formales previstos por dicha normativa.”

3. BIBLIOGRAFÍA

- MANEIRO VÁZQUEZ, Y. “La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación”, *NREDT*, Nº 191, 2016.
- ROJO TORRECILLA, E., “Discriminación por razón de sexo y tutela judicial efectiva. Las formas (necesidad de presentar un documento por escrito) no pueden prevalecer sobre el fondo (existencia de una actuación contraria a derecho por la empresa). Notas a la sentencia del TJUE de 20 de junio de 2019 (asunto C-404/18).” *El blog de Eduardo Rojo*, 21 de junio de 2018.

**LA AUSENCIA DE INDEMNIZACIÓN A LA FINALIZACIÓN
DE LOS CONTRATOS DE LOS INVESTIGADORES
Y PROFESORES UNIVERSITARIOS: FIN DEL DEBATE
JURISPRUDENCIAL, NECESIDAD DE NUEVAS
SOLUCIONES**

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2019

JOSEP MORENO GENÉ*

SUPUESTO DE HECHO: Nos encontramos ante la extinción del contrato de trabajo de un profesor universitario que había mantenido una larguísima trayectoria contractual con la universidad contratante, que se había extendido desde el año 1997 hasta el año 2016, habiéndose combinado al respecto diferentes contrataciones administrativas y laborales y, en este último caso, diferentes contratos de Asociado, Interinidad y de Profesor Ayudante Doctor. El objeto del contrato había sido durante toda la vigencia del mismo la realización de unas mismas tareas docentes. Disconforme con la decisión extintiva el profesor interpone demanda contra la misma, solicitando que fuera declarada como un despido improcedente y, subsidiariamente, que se le reconociera el derecho a percibir una indemnización por finalización del contrato en base a la aplicación de la doctrina “De Diego Porras”. Ambas pretensiones, sin embargo, fueron desestimadas en instancia, al considerarse que no cabía apreciar fraude en la contratación ni aplicar al caso la doctrina “De Diego Porras”. Disconforme con esta decisión, e interpone el correspondiente recurso de suplicación que es resuelto mediante STSJ de Galicia de 6 de marzo de 2018, que estima parcialmente el recurso, reconociéndole el derecho percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio. Disconforme ahora la Universidad con esta decisión, interpone recurso de casación finalmente resuelto mediante la STS de 25 de septiembre de 2019, que procede a revocar la referida sentencia del TSJ de Galicia, eliminando el derecho al percibo de cualquier indemnización a la finalización del contrato de los profesores universitarios.

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Miembro del grupo de investigación consolidado (Generalitat de Catalunya) “Social and Business Research Laboratory” (SBRLab). Ref. 2017 SGR 1572.

RESUMEN: En el actual contexto de elevadas tasas de temporalidad y de precariedad laboral que acompañan al colectivo de los investigadores y profesores de universidad, no es de extrañar que se intentara recurrir a las amplias posibilidades que introdujo la STJUE de 14 de septiembre de 2016, para conseguir que aquellos investigadores y profesores universitarios que hubieran desarrollado su actividad en el seno de las universidades públicas a través de alguna de las modalidades contractuales específicas, pudieran obtener algún tipo de indemnización cuando vieran extinguida su relación por expiración del tiempo convenido, ya fuera la de veinte o la de doce días de salario por año de servicio. En este contexto se incardina la STS de 25 de septiembre de 2019¹, que pone fin a la aplicación de la doctrina “De Diego Porras” en el ámbito universitario y, por extensión, a la posibilidad de que la extinción de los contratos de trabajo de los profesores universitarios pueda dar lugar a algún tipo de indemnización a favor de los mismos.

ÍNDICE:

1. EL RECURSO A LA DOCTRINA “DE DIEGO PORRAS” COMO VÍA DE ATRIBUCIÓN DE INDEMNIZACIÓN A LA FINALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS DE LOS PROFESORES UNIVERSITARIOS
2. LA STS DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 2019
 - 2.1. Supuesto enjuiciado y sentencia de instancia
 - 2.2. La sentencia de suplicación recurrida en casación: la STSJ de Galicia de 6 de marzo de 2018
 - 2.3. La doctrina contenida en la STS de 25 de septiembre de 2019
3. PUNTO Y FINAL DE LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA “DE DIEGO PORRAS” A LOS CONTRATOS DE INVESTIGADORES Y PROFESORES UNIVERSITARIOS: NECESIDAD DE NUEVAS SOLUCIONES
4. BIBLIOGRAFÍA

1. EL RECURSO A LA DOCTRINA “DE DIEGO PORRAS” COMO VÍA DE ATRIBUCIÓN DE INDEMNIZACIÓN A LA FINALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS DE LOS PROFESORES UNIVERSITARIOS²

Como es bien conocido, la STJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto Diego Porras³, concluía que “La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el

¹ ECLI: S:TS:2019:3165

² Este trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación RTI2018-097947-B-I00, concedido por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades que lleva por título “Nuevas tecnologías, cambios organizativos y trabajo: una visión multidisciplinar” (www.tecnologiaytrabajo.com).

³ TJCE/2916/111.

trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y la CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de “condiciones de trabajo” incluye la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada. La cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permite justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización”.

En definitiva, la referida sentencia del TJUE declaraba que la normativa española sobre extinción del contrato de interinidad no se ajustaba a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y la CEEP sobre el trabajo de duración determinada (en adelante, Directiva 1999/70/CE), puesto que no era admisible que se tratara de peor manera a estos trabajadores que a los trabajadores indefinidos que fueran comparables. En consecuencia, la sentencia parecía indicar que los trabajadores interinos debían tener derecho a una indemnización a la finalización de su contrato, si bien, no se indicaba de forma expresa cuál debía ser la cuantía de esta indemnización, si la correspondiente a otros contratos de trabajo de duración determinada –actualmente, doce días de salario por año de servicio– o la correspondiente a un trabajador indefinido comparable que viera extinguido su contrato por causas objetivas –veinte días de salario por año de servicio–.

Como no podía ser de otro modo, esta doctrina enseguida provocó importantes efectos en el modelo español de contratación temporal. A tal efecto, si bien, es cierto que la STJUE de 14 de septiembre de 2016 únicamente se refería a los trabajadores interinos, desde el mismo momento en que se dictó dicha resolución se constató que la misma iba a tener un impacto indudable sobre todas las relaciones de trabajo de carácter temporal⁴. En este punto, se produjo un intenso debate sobre la aplicación de la referida sentencia a toda la contratación temporal regulada en la normativa española, y no solo a la contratación interina.

Los efectos de este “tsunami derivado de la STJUE de 14 de septiembre de 2016”, finalmente, también alcanzaron a la contratación de los investigadores y

⁴ Vid. Rojo Torrecilla, E.: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el impacto de su reciente jurisprudencia en la regulación de la contratación temporal en España y el derecho a indemnización por extinción del contrato (notas a tres sentencias y tres autos)”, *Lan Harremanak*, núm. 36, 2017.

profesores de universidad. A tal efecto, en un contexto de elevadas tasas de temporalidad y de precariedad laboral que acompañan a este colectivo, no es de extrañar que se intentara recurrir a las amplias posibilidades que introdujo la STJUE de 14 de septiembre de 2016, para conseguir que aquellos investigadores y profesores universitarios que hubieran desarrollado su actividad en el seno de las universidades públicas a través de alguna de las modalidades contractuales específicas del ámbito universitario, pudieran obtener algún tipo de indemnización cuando vieran extinguida su relación laboral por expiración del tiempo convenido. No olvidemos al respecto que en la práctica totalidad de las modalidades contractuales específicas del ámbito universitario y del ámbito de la investigación, no se prevé el derecho a percibir indemnización alguna a la finalización del contrato.

Esta extensión de la doctrina “De Diego Porras” a los investigadores y profesores de universidad, sin embargo, se hizo esperar más de un año. Sin lugar a dudas, este retraso se debió a que en relación con este colectivo fue necesario extender la doctrina “De Diego Porras” a supuestos ni remotamente contemplados por la STJUE de 14 de septiembre de 2016, en particular, a las modalidades particulares de contrato de trabajo previstas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (en adelante, LOU) y en la Ley 14/2011, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (en adelante, Ley de la Ciencia). Por el contrario, sí había sido más rápida la aplicación de la doctrina “De Diego Porras” cuando los contratos suscritos por las universidades u otros centros de investigación con sus profesores e investigadores eran los previstos en el Estatuto de los Trabajadores, siendo paradigmática al respecto la STSJ del País Vasco de 18 de octubre de 2016⁵, que extendía la referida doctrina a los investigadores contratados mediante un contrato por obra o servicio determinado para la realización de un proyecto de investigación.

Hasta la irrupción de la doctrina “De Diego Porras”, en el ámbito universitario las controversias se habían centrado más en analizar la propia adecuación de las modalidades particulares de contrato de trabajo previstas en la LOU a lo dispuesto en la Directiva 1999/70/CE, pero en relación con los límites a la contratación temporal del profesorado universitario por parte de las universidades públicas y, en particular, al encadenamiento de diferentes contratos temporales específicos del ámbito universitario para cubrir unas mismas funciones docentes durante un dilatado espacio de tiempo. A tal efecto, cabe recordar que la Cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE, bajo la rúbrica de “medidas destinadas a evitar la utilización abusiva”, establece que “a efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada de los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacio-

5 AS\2016\1445.

nales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas: a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; y c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales”.

Esta controversia fue resuelta, en principio, por la STJUE de 13 de marzo de 2014 (asunto Márquez Samohano)⁶, dictada a propósito de una cuestión prejudicial también planteada por un órgano judicial español, que consideró que la normativa española en materia de contratación del profesorado universitario se ajustaba a la Cláusula 5 del Acuerdo Marco. Sin embargo, la respuesta un tanto ambigua que se contiene en dicha resolución comportó que los diferentes órganos judiciales hubieran adoptado posicionamientos diversos, por no decir contradictorios, al respecto, de modo que mientras que algunas resoluciones judiciales eran muy tolerantes con dejar al margen de las reglas generales sobre estabilidad laboral a estos contratos de trabajo particulares del ámbito universitario, otras resoluciones judiciales se mostraban mucho más restrictivas al respecto. En este contexto, sin embargo, las SSTS de 1 y de 22 de junio de 2017⁷ vinieron a poner un cierto orden en la materia al establecer que la contratación temporal del profesorado por parte de las universidades públicas resulta admisible siempre que tales contrataciones cumplan con los requisitos exigidos por la ley y respondan a los fines e intereses protegidos por la norma legal que habilita la correspondiente contratación temporal. Por el contrario, cuando la contratación temporal de profesores universitarios no cumple con los requisitos exigidos, ni responde a los fines e intereses protegidos por la ley y, además, tiene por finalidad la cobertura de necesidades docentes regulares y estructurales de la universidad, lo que se produce es una situación de fraude en la utilización de la modalidad contractual de que se trata, con el consiguiente efecto de la conversión automática del referido contrato temporal en un contrato indefinido no fijo, de forma que la extinción empresarial basada en la finalización del supuesto carácter temporal del vínculo contractual debe merecer la calificación de despido improcedente.

Centradas las controversias en el carácter fraudulento o no de la contratación de los profesores universitarios, la aplicación a estos supuestos de la doctrina “De Diego Porras” ocupó inicialmente un lugar muy secundario, por no decir marginal, en los litigios suscitados en este ámbito. Además, en las primeras ocasiones en que esta pretensión de había planteado había sido desestimada por los tribunales. A tal efecto, cabe destacar la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 11 de mayo de

⁶ TJCE/2014/108.

⁷ RJ/2017/2889 y RJ/2017/3830, respectivamente.

2017⁸, que conoció de una pretensión planteada en base a la aplicación de la doctrina “De Diego Porras”, en virtud de la cual se solicitaba que a la extinción de un contrato de trabajo de un profesor universitario se reconociera una indemnización calculada a razón de veinte días de salario por año de servicio. En esta ocasión, sin embargo, el TSJ de Castilla y León no reconoció la indemnización reclamada por no considerar aplicable al supuesto la doctrina “De Diego Porras”.

Pese a que, como se acaba de exponer, el ámbito universitario había permanecido inicialmente “como territorio inmune a la doctrina De Diego Porras”⁹, enseguida surgieron voces en el seno de la doctrina previendo la posible extensión de la misma a la contratación de profesores universitarios¹⁰ e, incluso, reclamándola para solventar de algún modo la situación de injustificada precariedad laboral en la que se encuentra este colectivo¹¹. Ello sucedió, por ejemplo, con la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 18 de septiembre de 2017¹², la cual procedió a aplicar la doctrina contenida en la STJUE de 14 de septiembre de 2016 al supuesto de un Profesor Ayudante Doctor y, en consecuencia, se concluyó que al no concurrir causa objetiva que justificase el trato desigual a los efectos indemnizatorios en la extinción del contrato de una profesora universitaria de esta categoría respecto de un trabajador fijo comparable de la misma Universidad, debía reconocerse su derecho a percibir la indemnización prevista en el art. 53 ET, por importe de veinte días de salario por año de servicio realizado.

En parecidos términos se pronunció la STSJ de Andalucía (Málaga) de 1 de marzo de 2018 que concluye que “pocas dudas le surgen a la Sala puesto que las labores desempeñadas por el trabajador recurrente –Profesor Ayudante Doctor–, en atención a la naturaleza de la actividad desarrollada en la Universidad de Málaga son plenamente equiparables a las del resto de trabajadores fijos que desarrollan su actividad en la misma”. Tras lo cual se indica que “(...) al no concurrir causa ob-

⁸ AS\2017\678.

⁹ Así lo ponía de manifiesto Molina Navarrete, C.: “La doctrina “Diego Porras” desatada: su reciente aplicación judicial nacional ¿“noble sueño” o “nueva pesadilla”?”, *La Ley*, núm. 9053, de 3 de octubre, 2016.

¹⁰ A tal efecto, Molina Navarrete, C.: “La doctrina “Diego Porras” desatada...” cit. ya advertía de que esta inicial exclusión “no permite lanzar demasiadas albricias para los gestores público-universitarios”.

¹¹ De modo muy expresivo Menéndez Sebastián, P.: “El falso profesor universitario asociado. Por fin el gato tiene cascabel”, *Trabajo y Derecho*, núm. 33, 2017, pág. 87, afirmaba que “no parece de recibo (...) que prescindir de quien ha prestado servicios durante años para una institución pública tenga coste cero. (...) El Tribunal Supremo ha conseguido rescatar el derecho a indemnización, al menos, para los casos de uso desviado del contrato. Queda ahora buscar el modo de compensar a quienes, con escrupuloso respeto de la legalidad, durante largo tiempo ponen al servicio del mundo académico sus conocimientos y su experiencia práctica. Pero eso le corresponde al legislador, aunque quizá no esté de más que alguien le recuerde la tan hallada y traída doctrina de Diego Porras, pues es posible que, a la luz de la STJUE de 14 de septiembre (...) la contratación temporal lícita de los asociados también dé derecho a la indemnización por despido objetivo cuando se ha prolongado en el tiempo más allá de lo razonable”.

¹² JUR\2017\251763.

jetiva que justifique el trato desigual a los efectos indemnizatorios en la extinción del contrato de trabajo del recurrente (Profesor Ayudante Doctor) respecto de un trabajador fijo comparable de la Universidad de Málaga, la Sala declara el derecho del trabajador recurrente al percibo de una indemnización por finalización de su contrato por importe de 20 días de salario por año de servicio realizado (...)”¹³. Igualmente, la STSJ de Galicia de 6 de marzo de 2018 también aplicó la doctrina “De Diego Porras” a la extinción de un contrato de Profesor Ayudante Doctor¹⁴.

El cumplimiento de los requisitos exigidos para la aplicación de la doctrina “De Diego Porras”, sin embargo, planteó mayores dudas en relación con otras modalidades contractuales de profesor universitario. Así, por ejemplo, se cuestionó si los tribunales llegarían a la misma conclusión si en lugar de Profesores Ayudantes Doctores se tratara de Ayudantes de Universidad. En esta dirección, la STSJ de Madrid de 25 de septiembre de 2017¹⁵, sin entrar a deliberar sobre esta materia por no haber sido atacada por la parte actora, hace suya la conclusión de la instancia de no considerar aplicable al supuesto enjuiciado la Directiva 1999/70/CE ni la STJUE de 14 de septiembre de 2016, y, en consecuencia, mantiene que no sería aplicable a este supuesto la doctrina “De Diego Porras”.

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 1 de marzo de 2018¹⁶, sin embargo, acabó admitiendo también la aplicación de la doctrina “De Diego Porras” a estos supuestos. Para ello, el Tribunal identificó la figura del Profesor Contratado Doctor como “un trabajador fijo comparable” a la figura del Ayudante y, a partir de esta premisa, al no concurrir causa objetiva que justificara el trato desigual a los efectos indemnizatorios en la extinción del contrato de Ayudante respecto de un trabajador fijo comparable de la misma universidad, reconoció su derecho a percibir la indemnización prevista en el art. 53 ET, por importe de veinte días de salario por año de servicio realizado.

También plateaba dudas la aplicación de la doctrina “De Diego Porras” a los Profesores Asociados de Universidad. Respecto a este colectivo, tuvo la oportunidad de pronunciarse la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 7 de junio de 2017¹⁷. Esta resolución judicial constata que “aunque en principio la legislación específica del contrato temporal especial del Profesorado Asociado no prevé indemnización alguna para el caso de extinción de la relación laboral por haber llegado a su término pactado, debe la Sala entrar a conocer de oficio si procede reconocer a la recurrente una indemnización por la extinción de la relación laboral en aplicación de la doctrina comunitaria establecida a raíz de la Sentencia del Tribunal de Justi-

¹³ JUR\2018\136584.

¹⁴ JUR\2018\135609.

¹⁵ JUR\2017\256945.

¹⁶ AS\2018\967.

¹⁷ AS\2017\1570.

cia de la Unión Europea de fecha 14 de septiembre de 2016”. Bajo estas premisas, concluye que “por lo que, a fin de evitar la desigualdad de trato que la legislación nacional española contiene, debe aplicarse a las extinciones de la relación laboral de los Profesores Asociados de Universidad no la exclusión indemnizatoria de su legislación específica, ni la del art. 49.1. c) ET, sino la indemnización prevista para los trabajadores en situación comparable que vean extinguido su contrato por las causas objetivas del art. 52 del mismo texto legal. En este caso, al igual que en el de la sentencia comunitaria citada, debe entenderse que la situación laboral de la recurrente es comparable a la de un profesor con vinculación indefinida en cuanto en principio no se aprecia que deba realizar funciones, tareas y cometidos distintas de los de aquéllos con vinculación fija o indefinida”.

Todavía resultaba más clara la aplicación de la doctrina “De Diego Porras” cuando las Universidades Públicas a la hora de contratar a sus profesores acudían a los contratos ordinarios previstos en el Estatuto de los Trabajadores, especialmente, al contrato para obra o servicio determinados y al contrato de interinidad (art. 15.1 a) y c) ET, respectivamente), no en vano, en estos casos había que estar a la doctrina general que sobre la aplicabilidad de la doctrina “De Diego Porras” a estas modalidades contractuales habían elaborado los diferentes tribunales de justicia¹⁸.

Un ejemplo de ello lo encontramos en la STSJ de Cataluña de 13 de noviembre de 2017¹⁹, que conoció de la extinción de un contrato de Profesor Agregado Interino previsto en la normativa catalana de universidades –equivalente a un Profesor Contratado Doctor Interino de la LOU–. Esta resolución judicial constataba, en un primer momento, que al no haber obtenido la profesora después del correspondiente concurso la plaza que ocupaba interinamente y, en consecuencia, ver extinguido su contrato de trabajo de Profesor Agregado Interino, en principio, no tendría derecho a ningún resarcimiento o indemnización. Pero el Tribunal, inmediatamente acudió a la doctrina de “Diego Porras” y, a partir de la misma, consideró que “equiparada la situación de la trabajadora con una relación laboral indefinida en la que se produjera un exceso de mano de obra y concurriera, en definitiva, una causa de las correspondientes a la figura del despido objetivo, la indemnización devengada no sería otra y distinta que la prevista en la regulación legal de dichos despidos, los arts. 51 y ss del ET, y que es la reconocida, en definitiva, por el órgano judicial de instancia”. A partir de estas premisas, la STSJ de Cataluña de 13 de noviembre de 2017 reconoció a la profesora universitaria una indemnización en la cuantía establecida por el art. 53 ET, a saber, de veinte días de salario por año de servicios²⁰.

¹⁸ Luján Alcaraz, J.: “La temporalidad “permanente” del profesorado universitario en régimen laboral”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 203, 2017, pág. 205.

¹⁹ JUR\2018\36133.

²⁰ En esta misma dirección, Luján Alcaraz, J.: “La temporalidad “permanente”...” cit. 2017, pág. 2015, considera que “tras la STJUE de 14 de septiembre de 2016 (De Diego Porras), la extinción

En esta misma dirección, como ya se ha indicado, también se había aplicado desde un primer momento la doctrina “De Diego Porras” a investigadores y profesores contratados por universidades y centros de investigación mediante la modalidad contractual del contrato para obra o servicio determinados. Valga como ejemplo paradigmático de dicha aplicación la STSJ del País Vasco de 18 de octubre de 2016 que procedió a aplicar dicha doctrina al contrato formalizado con un investigador para la ejecución de un proyecto de investigación²¹.

Igualmente, todo hacía presagiar que el mismo tratamiento dispensado a las diferentes modalidades contractuales específicas del ámbito universitario previstas en la LOU que se acaba de exponer, podía acabar dispensándose a las modalidades contractuales específicas del ámbito universitario previstas en la Ley de la Ciencia, no en vano, se trata de modalidades contractuales en cierto modo paralelas. A título de ejemplo, el Contrato Predoctoral sería asimilable al contrato de Ayudante, el Contrato de Acceso al Sistema de Ciencia y Tecnología sería equiparable al contrato de Profesor Ayudante Doctor o el contrato de Investigador Distinguido sería similar al contrato de Profesor Visitante.

En definitiva, de todo lo expuesto se desprende que, tras unos titubeos iniciales, la contratación de los investigadores y profesores universitarios también acabó siendo un terreno totalmente abonado para la aplicación de la doctrina “de Diego Porras”²².

En este contexto, sin embargo, el TJUE llevó a cabo una drástica revisión de la doctrina “De Diego Porras” mediante sendas sentencias de 5 de junio de 2018 (asuntos *Montero Mateos* y *Grupo Norte Facility*)²³. A tal efecto, en la primera de ellas, el TJUE concluye que “la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del mencionado puesto, como el contrato de interinidad de

por cumplimiento de los contratos de interinidad ajustados a Derecho confiere a los trabajadores el derecho a una indemnización de veinte días de salario por año de servicio no prevista en el Estatuto de los Trabajadores”.

²¹ AS\2016\1445. Para un estudio de esta resolución puede consultarse: Moreno Gené, J.: “La aplicación de la doctrina “De Diego Porras” a investigadores y a profesores universitarios: ¿extensión de derechos o consolidación de carencias?”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 48, 2018.

²² Vid. Moreno Gené, J.: “La aplicación de la “efímera” doctrina “de Diego Porras” a las modalidades contractuales específicas del ámbito universitario, en Romero Burillo, A.M.; Bello Paredes, S.A. y Caro Muñoz, A.I. (Coords.): *La articulación de la gestión universitaria a debate*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, págs. 293 a 326.

²³ TJCE\2018\65 y TJCE\2018\64, respectivamente.

que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva”. Y, en la segunda de ellas, se concluye que “la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional según la cual la indemnización abonada a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir la jornada de trabajo dejada vacante por un trabajador que se jubila parcialmente, como el contrato de relevo controvertido en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, es inferior a la indemnización concedida a los trabajadores con contratos de duración indefinida con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva”.

En esta misma dirección, posteriormente se dictó la STJUE de 21 de noviembre de 2018 (asunto de Diego Porras 2)²⁴, mediante la cual se revocaba definitivamente la doctrina “De Diego Porras”, al establecerse, respecto a la cuestión controvertida que “La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para sustituir a un trabajador con derecho a reserva del puesto de trabajo, como el contrato de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva”.

No cabe duda que una revisión tan profunda de la doctrina “De Diego Porras” tenía que impactar de un modo decisivo en el tratamiento que hasta el momento estaban llevando a cabo los tribunales respecto a los efectos que cabía atribuir a la extinción de los contratos de los profesores universitarios por su cumplimiento. En este contexto se incardina, precisamente, la STS de 25 de septiembre de 2019²⁵ que viene a poner fin, de un modo definitivo, a la aplicación de la doctrina “De Diego Porras” en el ámbito universitario y, por extensión, a la posibilidad de que la extinción de los contratos de trabajo de los profesores universitarios de lugar a algún tipo de indemnización a favor de los mismos.

²⁴ TJCE\2018\209.

²⁵ JUR\2019\285038.

2. LA STS DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 2019

2.1. Supuesto enjuiciado y sentencia de instancia

En el supuesto enjuiciado nos encontramos ante la extinción del contrato de trabajo de un profesor universitario que había prestado sus servicios para la Universidad de Vigo mediante las siguientes contrataciones:

- Un contrato administrativo de colaboración temporal, como Profesor Asociado T2/TC a tiempo completo en el área de conocimiento “ingeniería mecánica” del departamento “ingeniería mecánica máquinas y motores técnicos y fluidos”, de la Escuela Técnica Superior (en adelante, ETS) de Ingenieros Industriales, desde el 24/11/1997 hasta, tras diversas prórrogas, el 30/09/2005.
- Un contrato administrativo de colaboración temporal, como Profesor Asociado T2/TC a tiempo completo en el área de conocimiento en el mismo departamento y área de conocimiento de la ETS de Ingenieros Industriales, desde el 1/10/2007 hasta, tras diversas prórrogas, el 30/09/2009.
- Un contrato de duración determinada de interinidad, como Profesor Contratado Interino TC, de 1/10/2009 a 30/09/2010, en el mismo departamento y área de conocimiento de la ETS de Ingenieros Industriales.
- Un contrato de duración determinada de interinidad, como Profesor Contratado Interino TC, de 8/10/2010 a 31/07/2011, en el mismo departamento y área de conocimiento de la ETS de Ingenieros Industriales.
- Un contrato laboral de Profesor Ayudante Doctor, en el mismo departamento y área de conocimiento de la ETS de Ingenieros Industriales, de 13/10/2011 a 31/08/2012, prorrogado de 1/09/2012 a 31/08/2013, de 1/09/2013 a 31/08/2014, de 1/09/2014 a 31/08/2015 y de 1/09/2015 a 31/08/2016.

Tras interrupción del cómputo del contrato por incapacidad temporal iniciada el 9/09/2016, se celebró nuevo contrato retomando dicho período interrumpido, que se concretó del 7/11/2016 al 21/12/2016.

A la finalización de la última prórroga del contrato de Profesor Ayudante Doctor suscrito entre el profesor universitario y la Universidad de Vigo, ésta última le comunica la extinción de su contrato con efectos de 21/12/2016.

Posteriormente, en fecha de 25/01/2017 el profesor universitario suscribe un nuevo contrato de trabajo con la Universidad de Vigo con la categoría de Profesor Contratado Interino, en la misma área y departamento de la ETS de Ingenieros Industriales con vigencia hasta el 25 de julio de 2017.

Disconforme con la decisión extintiva empresarial de fecha de 21/12/2016, el profesor universitario interpone demanda contra la misma, solicitando que sea

declarada como un despido improcedente y, subsidiariamente, que se le reconozca el derecho a percibir una indemnización por finalización del contrato en base a la aplicación de la doctrina “De Diego Porras”. Estas pretensiones, sin embargo, fueron desestimadas íntegramente en instancia. Disconforme con esta decisión, el profesor universitario interpone el correspondiente recurso de suplicación que es resuelto mediante STSJ de Galicia de 6 de marzo de 2018, que posteriormente es objeto de recurso de casación, resuelto mediante la STS de 25 de septiembre de 2019 objeto de este comentario.

2.2. La sentencia de suplicación recurrida en casación: la STSJ de Galicia de 6 de marzo de 2018

Por lo que respecta al objeto de este estudio, entre los distintos motivos alegados por el profesor universitario contra la sentencia de instancia, se encontraba la infracción de la cláusula 3.1 y 4.1 de la Directiva 1999/70/CE, de conformidad con la interpretación dada por la STJUE de 14 de septiembre de 2016, con el fin de solicitar de la Universidad el abono de una indemnización correspondiente a veinte días por año trabajado en aplicación de la doctrina “De Diego Porras”.

El TSJ de Galicia acoge esta pretensión del profesor universitario distinguiendo al efecto entre el supuesto de fraude en la contratación, en cuyo caso procedería la declaración de improcedencia del despido, y en este caso la indemnización se regiría por lo dispuesto en el art. 56.1 ET, y el supuesto enjuiciado en que únicamente se reclama una indemnización por finalización de contrato en base a la doctrina “De Diego Porras”. A tal efecto, el Tribunal indica que como ya había indicado en otras resoluciones, aunque la STJUE de 14 de septiembre de 2016 se refiere al concreto caso de una trabajadora interina, su doctrina debe ser aplicada a otros supuestos, incluido el ahora enjuiciado.

En este punto, la sentencia de suplicación lleva a cabo un sucinto resumen de la doctrina “De Diego Porras”. A tal efecto, recuerda que, de conformidad con la misma, el objetivo de la Directiva es la mejora de las situaciones laborales de los contratados temporales. Para lo cual se establecen derechos equiparables con el objeto “de impedir que una relación laboral de esta naturaleza sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida”.

En este punto, también recuerda que el TJUE considera que la indemnización por fin de contrato se integra dentro de las “condiciones de trabajo”, objeto del juicio de comparación entre trabajadores indefinidos y temporales, al estar vinculada con el “empleo”, “es decir, la relación laboral entre un trabajador y su empresario”, en tanto que la misma “se concede al trabajador por razón de la finalización del contrato de trabajo que le vincula a su empresario”.

A partir de estas premisas, el TSJ de Galicia constata que el TJUE concluye que la legislación española incurre en un trato diferenciado entre trabajadores temporales e indefinidos “en la medida que, a diferencia de los trabajadores con contrato de trabajo por tiempo indefinido, los trabajadores con contrato de interinidad no tienen derecho a indemnización alguna al finalizar su contrato, con independencia de la duración de los servicios prestados”. Por el contrario, no puede llegarse a la misma conclusión respecto al resto de modalidades contractuales temporales que se apuntan en la cuestión prejudicial (obra o servicios, eventual e indefinidos no fijos), en tanto que la Directiva no prevé cláusula antidiscriminatoria entre los diferentes contratos temporales”.

Finalmente, el tribunal gallego recuerda que el TJUE aún analiza si concurre o no una causa justificada para el trato desigual expuesto entre trabajadores temporales e indefinidos, siendo la conclusión que se alcanza por dicho órgano judicial negativa por las siguientes razones: el concepto de “razones objetivas” que da lugar a la concurrencia de causa justificativa requiere “que la desigualdad de trato apreciada esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto. Estos elementos, pueden encontrar su origen “en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro”. A tal efecto, la existencia de una norma nacional que establezca el trato diferenciado no puede ser considerada como causa justificadora, como tampoco lo son las peculiaridades del empleo en las Administraciones públicas.

Una vez expuesta la doctrina “De Diego Porras”, el TSJ de Galicia la aplica al supuesto enjuiciado, concluyendo que el profesor universitario que ha visto extinguido su contrato de Profesor Ayudante Doctor tiene derecho a recibir una indemnización por fin de contrato, “máxime cuando en el presente caso se trata de una Universidad Pública, que de forma abusiva, y con el objeto de evitar una contratación indefinida, ha utilizado sucesivas contrataciones, que aunque contaban con adecuado marco legal, tenían una duración siempre determinada y temporal, privándose con dichas contrataciones obtener derechos reconocidos por ley a los trabajadores indefinidos. Y a diferencia de otras modalidades contractuales temporales, como en el contrato de obra o servicio, eventuales, indefinidos no fijos, en los contratos empleados por la Universidad demandada ninguno de ellos contaba con derecho de indemnización, produciéndose un evidente trato discriminatorio”.

2.3. La doctrina contenida en la STS de 25 de septiembre de 2019

Disconforme con lo dictaminado por la STSJ de Galicia de 6 de marzo de 2018, la Universidad de Vigo interpone el correspondiente recurso de casación, que es resuelto mediante STS de 25 de septiembre de 2019, objeto de este comentario.

El Tribunal supremo empieza el análisis de la cuestión recordando que la STJUE de 14 de septiembre de 2016 ha dado lugar a un ingente número de pronunciamientos de los tribunales de suplicación sosteniendo que de ella cabía extraer la conclusión de que la extinción de los contratos temporales no podía quedar huérfana de indemnización. A tal efecto, algunos órganos judiciales han optado por equiparar a todos los contratos de duración determinada con la indemnización prevista en el art. 49.1.c) ET, mientras que otros se han decantado por elevar la indemnización a veinte días para todos los supuestos.

Sin embargo, el Tribunal Supremo también recuerda que la citada STJUE de 14 de septiembre de 2016 ha sido rectificada por las SSTJUE de 5 de junio de 2018, asuntos Grupo Norte Facility y Montero Mateos y, posteriormente, por la STJUE de 21 de noviembre de 2018, asunto de Diego Porras II y el Auto del TJUE de 19 de marzo de 2019, asunto CCOO.

Esta nueva doctrina del TJUE, a su vez, ya ha sido recogida por la STS de 13 de marzo de 2019²⁶, seguida de muchas más, en la que el Alto Tribunal considera que en la STJUE de 14 de septiembre de 2016, se contenían razonamientos que suscitaban serias dudas de interpretación, al considerar el TJUE que existía una diferencia de trato entre los trabajadores con contrato de duración determinada y los trabajadores fijos, en la medida que, a diferencia de los trabajadores con contrato de trabajo por tiempo indefinido, los trabajadores con contrato de interinidad no tienen derecho a indemnización alguna al finalizar su contrato, con independencia de la duración de los servicios prestados. Estos errores de interpretación hacían dudar sobre si la Directiva exigía que, en todo caso, la extinción de un contrato temporal por cumplimiento de su finalidad llevara aparejado el derecho a una indemnización y, en este punto, si dicha indemnización debía establecerse de forma análoga a la que el mismo ordenamiento fija para las demás causas de extinción de los contratos de trabajo. Todo ello abocaba, según el Alto Tribunal, a extender la indemnización de veinte días no solo para el caso de los contratos de interinidad por sustitución, que era el supuesto enjuiciado en el asunto de Diego Porras, sino a otros supuestos de contratación temporal, entre las que se encontraban las modalidades contractuales de profesorado universitarios contenidas en la LOU.

Sin embargo, tras la rectificación de esta doctrina por parte del TJUE, la STS de 13 de marzo de 2019 ya constata que el diseño querido por el legislador im-

²⁶ RJ\2019\1164.

pide “confundir entre distintas causas de extinción contractual y transformar la finalización regular del contrato temporal en un supuesto de despido objetivo que el legislador no ha contemplado como tal”. A tal efecto, se mantiene que “el régimen indemnizatorio del fin de los contratos temporales posee su propia identidad, configurada legalmente de forma separada, sin menoscabo alguno del obligado respeto al derecho de no discriminación de los trabajadores temporales”.

Además, el Alto Tribunal recuerda que en su sentencia de 13 de marzo de 2019 ya ha abordado también la cuestión de la exclusión del contrato de interinidad del esquema indemnizatorio del art. 49.1.c) ET, supuesto que puede equipararse al ahora enjuiciado, puesto que, en ambos supuestos, el contrato de interinidad y la contratación universitaria, la norma no contempla el derecho a percibir indemnización alguna a la finalización del contrato. A tal efecto, en la referida resolución judicial se indicaba que “no parece que pueda entenderse que la fijación de la indemnización constituya una medida acorde con la finalidad que deben garantizar aquéllas a adoptar con arreglo a la (...) cláusula 5 de la Directiva. Ciertamente, la mera imposición de una indemnización, como la establecida para los contratos temporales, no sólo no constituye una sanción por el uso abusivo, sino que ni siquiera posee, por sí sola, el efecto disuasorio frente a esa utilización abusiva de la contratación temporal en tanto que la misma, precisamente por partir de la regularidad de estos contratos, se configura como una indemnización inferior a la que se reconocería al contrato temporal fraudulento”. De lo que se desprende que “la medida adoptada en nuestro ordenamiento nacional para satisfacer la obligación de la cláusula 5 de la Directiva se halla en la conversión en indefinido de todo contrato celebrado de modo abusivo o en fraude de ley, lo que provoca una sanción para el empresario mucho más gravosa que la de la indemnización de 12 días”.

Por todo lo expuesto, la STS de 25 de septiembre de 2019 concluye negando que en los supuestos, como el enjuiciado, quepa otorgar indemnización alguna por el cese regular del contrato que carece de tal previsión legal, no sólo la de veinte días por año de servicio, propia del despido objetivo, que se contenía en la STSJ de Galicia de 6 de marzo de 2018, sino tampoco los doce días que el art. 49.1.c) ET fija para los contratos para obra o servicio y por acumulación de tareas, por ser esta la voluntad del legislador que ofrece una respuesta distinta a situaciones que no son plenamente equiparables.

3. PUNTO Y FINAL DE LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA “DE DIEGO PORRAS” A LOS CONTRATOS DE INVESTIGADORES Y PROFESORES UNIVERSITARIOS: NECESIDAD DE NUEVAS SOLUCIONES

No cabe duda que la STS de 25 de septiembre de 2019, como ha sucedido en tantos otros ámbitos, ha puesto fin, de un modo definitivo, a los efectos que se derivaban de la aplicación de la doctrina “De Diego Porras” a la finalización de los contratos de los profesores universitarios y, por extensión, a la posibilidad de que los mismos pudieran percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicios tras la extinción de sus contratos por su cumplimiento. A tal efecto, como se acaba de exponer, la referida sentencia concluye que el diseño querido por el legislador impide confundir entre distintas causas de extinción contractual y transformar la finalización regular del contrato temporal en un supuesto de despido objetivo que el legislador no ha contemplado como tal. A lo que se añade que “el régimen indemnizatorio del fin de los contratos temporales posee su propia identidad, configurada legalmente de forma separada, sin menoscabo alguno del obligado respecto al derecho de no discriminación de los trabajadores temporales”.

Llegados a este punto, aún cabía la posibilidad de que se considerara que, en estos supuestos, los profesores universitarios pudieran percibir la indemnización más reducida prevista en el art. 49.1.c) ET para la extinción por su cumplimiento de los contratos para obra o servicios determinados y eventual, es decir, la de doce días de salario por año de servicio. Esta posibilidad, había sido incluso recogida por alguna resolución judicial que había extendido a la extinción de los contratos de los profesores de universidad la indemnización prevista por el art. 49.1 c) ET, en tanto que norma de aplicación supletoria por expresa remisión del art. 48.2 LOU. A tal efecto, la STSJ de Madrid de 15 de marzo de 2017, al conocer de la extinción del contrato de un Profesor Ayudante Doctor, y pese a reconocer que en la regulación propia de esta modalidad de contratación no se contempla ni regula ninguna indemnización, concluía que resulta de aplicación el art. 49.1. c) ET, en cuanto a la indemnización prevista por finalización de contrato²⁷. La STSJ de Madrid de 25 de septiembre de 2017²⁸, sin embargo, al abordar la aplicación supletoria del art. 49.1.c) ET a un Ayudante de Universidad, en base a la aplicación supletoria del Estatuto de los Trabajadores, no consideró que la misma resultara posible, “pues el citado precepto estatutario se vincula al art. 15.1.a) ET y éste no se aplica al actor, conforme al art. 21 del convenio colectivo que le es aplicable, que fija un régimen específico de extinción que no incluye ninguna indemnización”.

Dicha posibilidad, sin embargo, tampoco ha sido finalmente admitida por el Tribunal Supremo que, como ya se ha indicado, ha concluido al respecto que

²⁷ JUR\2017\101518.

²⁸ JUR\2017\256945.

tampoco corresponde a la extinción del contrato de trabajo de los profesores universitarios la indemnización de los doce días que el art. 49.1.c) ET fija para los contratos para obra o servicio y por acumulación de tareas, por ser esta la voluntad del legislador que ofrece una respuesta distinta a situaciones que no son plenamente equiparables.

En este contexto debe añadirse, además, el fin también de la aplicación de la doctrina “De Diego Porras” al personal investigador contratado que se ha producido tras el Auto del TJUE de 19 de marzo de 2019, asunto C-293/18, dictado al amparo de la posibilidad prevista en el art. 99 del Reglamento de procedimiento del TJUE, que dispone que “cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el Tribunal haya resuelto, cuando la respuesta pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a la cuestión prejudicial no suscite ninguna duda razonable, el Tribunal podrá decidir en cualquier momento, a propuesta del Juez Ponente y tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado”.

El citado Auto del TJUE se dicta a propósito de una cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Galicia en la que, acudiendo una vez más a la doctrina “De Diego Porras”, se cuestiona si la situación del personal con Contratos Predoctorales es comparable a la del personal con contratos de trabajo por tiempo indefinido y, en consecuencia, si privar a dicho colectivo tras la extinción del contrato Predoctoral de una indemnización equiparable a la fijada por el art. 53 ET para la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas podría vulnerar lo previsto en la Directiva 1999/70/CE.

Pues bien, el citado Auto del TJUE resuelve la cuestión planteada en el sentido siguiente:

- “1) El Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada (...) –y concretamente la cláusula 2, apartado 1, y la cláusula 3, punto 1–, debe interpretarse en el sentido de que se aplica a trabajadores como los que forman parte del personal empleado mediante Contratos Predoctorales de que se trata en el litigio principal.
- 2) La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco (...) debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con Contratos Predoctorales al vencimiento del término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva”.

A partir de la respuesta dispensada por el Auto del TJUE de 19 de marzo de 2019 a la cuestión prejudicial planteada, la STSJ de Galicia de 11 de abril

de 2019²⁹ desestima la pretensión principal consistente en que se reconociera el derecho del personal con Contrato Predoctoral a percibir una indemnización por el cese o finalización de su contrato, equivalente a la indemnización legalmente fijada para el despido objetivo de veinte días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades. Pese a ello, el TSJ de Galicia sí acaba reconociendo al investigador el derecho a percibir en estos supuestos una indemnización de doce días de salario por año de servicio, en base a la equiparación de esta modalidad contractual con el contrato para obra o servicio determinado³⁰, apartándose de este modo del criterio adoptado en otras resoluciones judiciales del TSJ del País Vasco que niegan el derecho a percibir esta indemnización al no estar prevista en la normativa específica de esta modalidad contractual³¹.

No cabe duda que la doctrina contenida en el Auto del TJUE de 19 de marzo de 2019 resulta extensible a todas las modalidades de contratación específicas del ámbito de la investigación, excluyéndose, por tanto, para todos estos supuestos, el derecho a percibir a la finalización del contrato la indemnización de veinte días de salario por año de servicios que se podía derivar de la anterior doctrina “De Diego Porras”. Además, todo hace pensar que el Tribunal Supremo también acabará rechazando la posibilidad de que las modalidades de contratación específicas del ámbito de la investigación puedan beneficiarse de la indemnización de doce días de salario por año de servicio prevista en el art. 49.1.c) ET.

A pesar de la lógica frustración que la revocación de la doctrina “De Diego Porras” ha podido provocar en el colectivo de los investigadores y profesores de universidad, dadas las posibilidades que la misma comportaba para que dicho colectivo pudiera obtener una cierta protección, en forma de indemnización, en aquellos supuestos en que tras prestar sus servicios durante un largo período de tiempo para una universidad veían extinguidos sus contratos de trabajo, no debe olvidarse que la aplicación de esta doctrina también comportaba el riesgo de que con la misma se legitimaran, en cierto modo, determinados abusos en la contratación de los investigadores y profesores universitarios y, en particular, el recurso a la formalización de sucesivos contratos temporales para cubrir tareas docentes e investigadoras de carácter estructural de la universidad. A tal efecto, podía pensarse que en la medida en que los investigadores y profesores universitarios afectados

²⁹ JUR\2019\159623.

³⁰ Un comentario de esta resolución judicial en Moreno Gené, J.: “Naturaleza jurídica y efectos indemnizatorios del contrato predoctoral: el debate continua. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 11 de abril de 2019”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 436, 2019, págs. 111-118.

³¹ Vid. STSJ del País Vasco de 15 de mayo de 2018 (JUR\2018\13874). Un comentario de esta resolución en Moreno Gené, J.: “La ambigua naturaleza jurídica del contrato predoctoral y su incidencia a efectos indemnizatorios. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 1064/2018, de 15 de mayo”, *Revista del Trabajo y de la Seguridad Social. CEF*, núm. 431, 2019, págs. 160 a 168.

por estas prácticas ya recibían una indemnización significativa a la finalización del contrato, no era necesario ser especialmente rigurosos en estos supuestos en la aplicación de la doctrina del fraude de ley y, en consecuencia, a la hora de declarar estas contrataciones como indefinidas, con los efectos que de ello se desprenden. En esta dirección, de un modo muy descriptivo, al poco tiempo de la irrupción de la doctrina “De Diego Porras” ya se había indicado que “no tardaremos demasiado en comprobar si (...) la doctrina De Diego Porras puede convertirse en una solución intermedia entre la plena aplicación de la ley laboral común (estabilidad obligacional) o el blindaje del privilegio universitario (temporalidad *ex lege*), consistente en una tercera vía de protección jurisprudencialmente modulada (derecho indemnizatorio *ex De Diego Porras* o *ex principio de igualdad de trato*)”³².

La propia STSJ de Galicia de 6 de marzo de 2018, posteriormente casada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de septiembre de 2019, objeto de este comentario, constituía una clara muestra de este peligro, no en vano, la larguísima trayectoria contractual del profesor universitario con la Universidad de Vigo, que se extiende desde el año 1997 hasta el año 2016, combinándose al respecto diferentes contrataciones administrativas y laborales y, en este último caso, diferentes contratos de Asociado, Interinidad y de Profesor Ayudante Doctor, para realizar durante este período unas mismas tareas docentes, permitía cuestionar, cuanto menos, la legitimidad de esta cadena de contratos y, en su caso, declarar el carácter fraudulento de la misma y, en última instancia, el carácter indefinido de la relación laboral que unía a ambas partes.

No compartió este criterio, sin embargo, la STSJ de Galicia de 6 de marzo de 2018 que consideró que en el supuesto enjuiciado no se había puesto de manifiesto la concurrencia de una situación de fraude de ley por abuso en la contratación ni que se pretendiese disimular una prestación de servicios de carácter permanente y habitual, sino que se trataba de una relación laboral que se inició con cobertura contractual administrativa y finiquitó con un contrato laboral de Profesor Ayudante Doctor que, por cumplimiento del plazo establecido en la normativa al efecto, en concreto, el art. 50 LOU, se extinguió en la fecha en que la universidad comunicó al profesor su cese por la causa indicada.

Pese a llegar a esta conclusión, de un modo sorprendente y como preámbulo a la aplicación al supuesto enjuiciado de la doctrina “De Diego Porras”, el TSJ de Galicia considera que “no nos parece ajustado a Derecho que el actor dedique casi 20 años a la impartición de la docencia y en una universidad pública, siempre en la misma asignatura, a través de distintas modalidades contractuales, y que al

³² Vid. Molina Navarrete, C.: “La doctrina “Diego Porras” desatada...” cit. En parecidos términos, el mismo autor considera que “por lo que se refiere al PDI, una vez más, la doctrina Diego Porras está sirviendo para abrir una “tercera vía tutelar” entre la solución de conservación obligacional (calificación del cese como improcedente, al ser la relación indefinida no fija), y la regla del nudo cese (extinción por mandato legal sin indemnización)”. Vid. Molina Navarrete, C.: *Indemnización por cese en el empleo público. Crónicas y críticas de su actividad judicial*, Bomarzo, Albacete, 2017, pág. 38.

término de la última contratación, se extinga la relación laboral sin derecho a indemnización de ninguna clase”. Y, posteriormente, una vez ya se había decidido la aplicación de la doctrina “De Diego Porras” al supuesto enjuiciado, concluye que con la aplicación de la misma se consigue que el profesor obtenga una indemnización a la finalización del contrato, “máxime cuando en el presente caso se trata de una universidad pública, que de forma abusiva, y con el objeto de evitar una contratación indefinida, ha utilizado sucesivas contrataciones, que aunque contaban con un adecuado amparo legal, tenían una duración siempre determinada y temporal, privándose con dichas contrataciones obtener derechos reconocidos por ley a los trabajadores indefinidos. Y a diferencia de otras modalidades contractuales temporales (...) en los contratos empleados por la universidad demandada ninguno de ellos contaba con derecho a indemnización, produciéndose un evidente trato discriminatorio”.

Ante estas consideraciones, siempre nos quedará el interrogante de si en el supuesto enjuiciado, de no haber sido posible acudir a la aplicación de la doctrina “De Diego Porras”, el Tribunal no hubiera afinado más las posibilidades que le ofrece la doctrina del fraude de ley en las diferentes contrataciones efectuadas al profesor universitario en cuestión y, en última instancia, si se hubiera acabado declarando su vínculo contractual con la universidad como indefinido no fijo. En todo caso, si acudimos a resoluciones judiciales del TSJ de Galicia posteriores a la revocación de la doctrina “De Diego Porras” observamos como en la sentencia de 31 de julio de 2019 se reconoce el carácter fraudulento de la contratación de un profesor asociado por parte de la Universidad de Santiago de Compostela entre otros motivos por considerar que “(...) la larga prestación de servicios desde 1992 –si bien inicialmente con contrato administrativo (...), y siempre en el mismo departamento y área, viene a ser un indicio de que la contratación se realizó para cubrir necesidades permanentes y duraderas en materia de contratación de personal docente”³³.

Actualmente, tras la revisión de la doctrina “De Diego Porras”, resulta todavía más necesario acudir a la doctrina dictada por el Tribunal Supremo en esta materia, recogida en sus sentencias de 1 y 22 de junio de 2017, de 15 de febrero de 2018 y de 28 de enero de 2019³⁴, según la cual, las sucesivas contrataciones realizadas con un mismo profesor universitario que no cumplan con los requisitos,

³³ JUR \2019\265469.

³⁴ Vid un análisis de estas resoluciones en Moreno Gené, J.: “El uso y abuso de la contratación temporal del profesorado universitario: ¿el fin del “estado de excepción laboral” en las universidades públicas?. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2017”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 46, 2017, págs. 154 y ss.; Moreno Gené, J.: “Los efectos jurídico-laborales de la contratación irregular de los profesores asociados de universidad: A propósito de la STS de 22 de junio de 2017”, *Revista de Información Laboral*, núm. 11, 2017, págs. 132 y ss.; Moreno Gené, J.: “Los profesores asociados “permanentes” de universidad y su peculiar encaje en la normativa laboral: STS de 15 de febrero de 2018”, *Temas Laborales*, núm. 143, 2018, págs. 265 y ss. y Moreno Gené, J.: “Un nuevo paso en la delimitación de la figura de los profesores asociados de universidad (STS de 28 de enero de 2019)”, *Revista de Derecho Social*, núm. 86, 2019, págs. 185 y ss.

ni respondan a los fines e intereses propios de cada una de las modalidades contractuales específicas del ámbito universitario empleadas y que, además, tengan por finalidad la cobertura de actividades permanentes y estructurales de la universidad, deben reconducirse, por aplicación supletoria de la normativa laboral prevista por la propia LOU, a la figura del fraude de ley, con el consecuente efecto de transformar la contratación laboral del profesor universitario en indefinida, de forma que la posterior extinción empresarial basada en la finalización del supuesto carácter temporal del vínculo contractual merecerá la calificación de despido improcedente, con los efectos jurídicos aparejados a esta declaración³⁵.

Únicamente cuando la contratación de los investigadores y profesores universitarios cumpla con los requisitos previstos y responda a los fines e intereses propios de la concreta modalidad contractual específica del ámbito universitario empleada, puede considerarse que tanto la formalización del contrato como su posterior extinción se ajustan a derecho. Es precisamente para estos supuestos donde debe reclamarse que, con independencia de cuál sea el mecanismo elegido, se establezca alguna vía para compensar a todos aquellos investigadores y profesores universitarios que habiendo cumplido escrupulosamente con la legalidad han venido prestando sus servicios en el ámbito docente e investigador, en ocasiones, durante muchos años, a través de uno o varios contratos temporales y que finalmente ven extinguida su relación laboral. Esta compensación debería alcanzar, cuanto menos, la indemnización de doce días de salario por año de servicio prevista para determinados contratos de duración determinada. En este punto, lo deseable sería una actuación del legislador que previera una indemnización justa y adecuada en todos aquellos supuestos en que los investigadores y profesores de universidad contratados temporalmente vieran finalizada su relación laboral³⁶.

En todo caso, más allá de la previsión de una indemnización justa y adecuada para todos estos supuestos, también resulta conveniente efectuar una profunda reflexión sobre la propia actividad docente e investigadora que se desarrolla en las universidades y, en particular, sobre si resultan aceptables las elevadas tasas de temporalidad existentes en las mismas, no en vano, los usos de la contratación temporal que se llevan a cabo en estos ámbitos chirrían con cualquier concepción que se pueda tener de la estabilidad en el empleo. A tal efecto, sería conveniente repensar el diseño actual de la carrera docente e investigadora, en la que el investigador y/o profesor universitario va pasando, durante largos períodos de tiempo,

³⁵ Con carácter general, Pérez Rey, J.: “Por una reformulación de nuestro modelo de contratación temporal: reflexiones sobre las consecuencias de la sentencia Porras en nuestro ordenamiento y la eficacia de la Directiva 99/70”, *Revista de Derecho Social*, núm. 76, 2016, pág. 240, ya indicó en su momento que la doctrina vigente sobre contratación temporal en fraude de ley no debe cambiar con la sentencia “De Diego Porras”. Aún más, el autor consideraba que debían introducirse consecuencias más severas del uso abusivo de los contratos temporales.

³⁶ De esta opinión, Menéndez Sebastián, P.: “El falso profesor universitario asociado...” cit. pág. 87.

en no pocas ocasiones durante más de una década, por una sucesión de contratos temporales previstos en la LOU y en la Ley de la Ciencia, muchas veces de forma irracional y abusiva, hasta poder alcanzar, si finalmente se alcanza, la tan anhelada estabilidad laboral³⁷. Con ello, se conseguiría evitar que, como sucede en la actualidad, la contratación temporal de investigadores y profesores universitarios tienda a perpetuarse a lo largo del tiempo, generándose una cierta confianza en los mismos de continuidad de la relación laboral y, por tanto, perdiéndose de algún modo la percepción de la previsibilidad de la extinción del contrato que caracteriza a la contratación temporal frente a la indefinida y que, en última instancia, permite justificar sus distintos regímenes indemnizatorios en caso de extinción de la relación laboral³⁸.

No olvidemos al respecto que la citada STJUE de 5 de junio de 2018, asunto *Montero Mateos*, en su apartado 64, emplazaba al juzgado remitente a examinar “si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo”. Ello parece abrir la puerta a que los tribunales nacionales puedan recalificar como contratos fijos/indefinidos a aquellos contratos temporales cuya duración sea inusualmente larga y cuya finalización sea imprevisible, lo cual acontece, en no pocas ocasiones, en el ámbito universitario y, muy especialmente, en el investigador.

Habrà que ver si los tribunales nacionales acaban actuando esta posibilidad en el ámbito universitario e investigador y, en su caso, cómo lo hacen. En este punto, se han planteado reflexiones muy sugerentes sobre el impacto de las últimas resoluciones judiciales dictadas por el TJUE en estos ámbitos, cuestionándose al respecto si los tribunales tendrán que revisar su actual doctrina o, para situaciones de larga duración podrán mantenerla; o si, por el contrario, si en base a dicha resolución, los tribunales podrán ir más allá y recalificar en estos casos la relación de duración determinada de muy larga duración, que por lo tanto hace imprevisible el momento de terminación al inicio del contrato, como si se tratara de indefinidos no fijos³⁹.

³⁷ En esta dirección, al analizar los efectos que podía tener la irrupción de la doctrina “De Diego Porras”, Cruz Villalón, J.: “El impacto de la jurisprudencia europea sobre la contratación temporal”, *IUSLabor*, núm. 1, 2017, pág. 3, indicaba que “a la vista de todo lo anterior, sería conveniente reconducir el debate a lo que continúa siendo la distorsión principal de nuestro mercado de trabajo: su elevada rotación a resultas de la excesiva tasa de temporalidad. La respuesta sólo puede ser, a nuestro juicio, sobre la premisa de establecer un régimen de intensa separación de tratamiento entre la contratación temporal justificada y la abusiva, con amplia permisión de la primera y contundente penalización de la segunda”.

³⁸ De un modo muy expresivo, Luján Alcaraz, J.: “La temporalidad “permanente” del profesorado...” cit. pág. 192, pone de manifiesto al respecto que “lo que debería ser la excepción (la temporalidad), se ha hecho “estable”, generalizándose en este ámbito –como en otros del sector público, ciertamente– el oxímoron de la “temporalidad permanente”.

³⁹ Vid. Molina Navarrete, C.: “La indemnización extintiva de los interinos (y demás temporales): ¿fin de la historia o nuevo capítulo sin fin?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 424, 2018.

4. BIBLIOGRAFÍA

- CRUZ VILLALÓN, J.: “El impacto de la jurisprudencia europea sobre la contratación temporal”, *IUSLabor*, núm. 1, 2017.
- LUIJÁN ALCARAZ, J.: “La temporalidad “permanente” del profesorado universitario en régimen laboral”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 203, 2017.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: “El falso profesor universitario asociado. Por fin el gato tiene cascabel”, *Trabajo y Derecho*, núm. 33, 2017.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “La doctrina “Diego Porras” desatada: su reciente aplicación judicial nacional ¿“noble sueño” o “nueva pesadilla”?”, *La Ley*, núm. 9053, de 3 de octubre, 2016.
- MOLINA NAVARRETE, C.: *Indemnización por cese en el empleo público. Crónicas y críticas de su actividad judicial*, Bomarzo, Albacete, 2017.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “La indemnización extintiva de los interinos (y demás temporales): ¿fin de la historia o nuevo capítulo sin fin?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 424, 2018.
- MORENO GENÉ, J.: “El uso y abuso de la contratación temporal del profesorado universitario: ¿el fin del “estado de excepción laboral” en las universidades públicas?. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2017”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 46, 2017.
- MORENO GENÉ, J.: “Los efectos jurídico-laborales de la contratación irregular de los profesores asociados de universidad: A propósito de la STS de 22 de junio de 2017”, *Revista de Información Laboral*, núm. 11, 2017.
- MORENO GENÉ, J.: “La aplicación de la doctrina “De Diego Porras” a investigadores y a profesores universitarios: ¿extensión de derechos o consolidación de carencias?”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 48, 2018.
- MORENO GENÉ, J.: “Los profesores asociados “permanentes” de universidad y su peculiar encaje en la normativa laboral: STS de 15 de febrero de 2018”, *Temas Laborales*, núm. 143, 2018.
- MORENO GENÉ, J.: “La aplicación de la “efímera” doctrina “de Diego Porras” a las modalidades contractuales específicas del ámbito universitario, en ROMERO BURILLO, A.M.; BELLO PAREDES, S.A. y CARO MUÑOZ, A.I. (Coords.): *La articulación de la gestión universitaria a debate*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.
- MORENO GENÉ, J.: “La ambigua naturaleza jurídica del contrato predoctoral y su incidencia a efectos indemnizatorios. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 1064/2018, de 15 de mayo”, *Revista del Trabajo y de la Seguridad Social. CEF*, núm. 431, 2019.
- MORENO GENÉ, J.: “Naturaleza jurídica y efectos indemnizatorios del contrato predoctoral: el debate continua. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 11 de abril de 2019”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 436, 2019.
- MORENO GENÉ, J.: “Un nuevo paso en la delimitación de la figura de los profesores asociados de universidad (STS de 28 de enero de 2019)”, *Revista de Derecho Social*, núm. 86, 2019.

- PÉREZ REY, J.: “Por una reformulación de nuestro modelo de contratación temporal: reflexiones sobre las consecuencias de la sentencia Porras en nuestro ordenamiento y la eficacia de la Directiva 99/70”, *Revista de Derecho Social*, núm. 76, 2016.
- ROJO TORRECILLA, E.: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el impacto de su reciente jurisprudencia en la regulación de la contratación temporal en España y el derecho a indemnización por extinción del contrato (notas a tres sentencias y tres autos)”, *Lan Harremanak*, núm. 36, 2017.

**SUBROGACIÓN DE LOS TRABAJADORES
EN EL ÁMBITO DE LA SUCESIÓN DE CONTRATAS
EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. SUBROGACIÓN
EX PLIEGOS DE CONDICIONES DE CONTRATAS
Y CONCESIONES ADMINISTRATIVAS**

Sentencia del Tribunal Supremo (C-A), de 18 de junio de 2019

M.^a LUISA PÉREZ GUERRERO*

SUPUESTO DE HECHO: La mercantil adjudicataria del contrato del “servicio de Auxiliares de Servicio para la Universidad Rey Juan Carlos” recurre el expediente de convocatoria de nueva adjudicación de dicho contrato de servicios ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACP), interesando que se anule y deje sin efecto, y se oferte otro concurso con la obligatoriedad de subrogación del personal existente. El TACP resuelve desestimando el recurso de la entidad contra el pliego de cláusulas administrativas particulares, frente a cuyo Acuerdo, la entidad interpone recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid alegando vulneración de los principios de igualdad y no discriminación; de los principios de confianza legítima y el de seguridad jurídica, así como la doctrina de actos propios. Dicho Tribunal, en Sentencia de 9 de diciembre de 2015, desestima, de nuevo, la pretensión de la mercantil que recurre en casación ante el Tribunal Supremo. El Alto Tribunal confirma la Sentencia del TSJ de Madrid desestimando el recurso.

RESUMEN: La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 18 de junio de 2019¹ confirma la imposibilidad de imponer a las empresas adjudicatarias de un servicio, a través de contratos del sector público, la subrogación de los trabajadores de la anterior adjudicataria en el mismo. El Tribunal Supremo admite esta posibilidad sólo si se encontraba prevista en una

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Grupo de investigación SEJ-322. Este comentario se realiza en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad DER 2015-64752-P, *Sostenibilidad y responsabilidad en el ámbito deportivo: análisis jurídico y propuestas de reforma normativa ante los retos fiscales y laborales de los deportistas*.

¹ ECLI: ES:TS:2019:1988

norma legal o pactada, como el convenio colectivo o acuerdo. De otro modo, dice el TS, no se puede incluir en el pliego de condiciones la subrogación ya que eso excede del ámbito subjetivo propio de los pliegos –administración contratante y adjudicatario–, en la medida en que dicha cláusula supondría establecer en un contrato administrativo estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria.

ÍNDICE:

1. CUESTIÓN PLANTEADA: LA SUBROGACIÓN DEL PERSONAL DE LAS CONTRATAS PÚBLICAS EN CASO DE CAMBIO DEL CONTRATISTA. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 44 ET A LAS CONTRATAS DEL SECTOR PÚBLICO
2. LAS VÍAS DE SUBROGACIÓN DE LOS CONTRATOS LABORALES EN LA SUCESIÓN DE CONTRATAS DEL SECTOR PÚBLICO
 - 2.1. La vía legal
 - 2.2. La vía convencional
 - 2.3. La subrogación por asunción de parte importante de la plantilla del anterior contratista o concesionario
 - 2.4. La sucesión derivada de los pliegos de cláusulas administrativas particulares
3. LA PROHIBICIÓN DE INCLUIR CLÁUSULAS DE SUBROGACIÓN EN LOS PLIEGOS DE CONDICIONES. CONDICIONES Y REQUISITOS JURISPRUDENCIALES
4. CONCLUSIONES

1. CUESTIÓN PLANTEADA: LA SUBROGACIÓN DEL PERSONAL DE LAS CONTRATAS PÚBLICAS EN CASO DE CAMBIO DEL CONTRATISTA. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 44 ET A LAS CONTRATAS DEL SECTOR PÚBLICO

La cuestión de fondo que aquí se plantea es la aplicación de las garantías que recoge la figura regulada en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), es decir, la subrogación de los trabajadores, cuando nos encontramos en el ámbito de las contratas del sector público. Es decir, cómo y cuándo se pueden aplicar estas garantías. Y, en particular, si una Administración Pública puede imponer, a través del mecanismo de la inclusión de condiciones particulares de carácter social en el pliego de condiciones, la subrogación del nuevo contratista en los contratos de trabajo del anterior, si no existe una ley o convenio colectivo que lo imponga.

Hemos de recordar que dicho precepto contiene un mandato destinado a la protección de los trabajadores, sobre la base de la existencia de una sucesión empresarial. Y que es consecuencia de la transposición de la Directiva 2001/23/

CE², sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad. Directiva que resulta aplicable tanto a empresas públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro.

En su artículo 1.2, dicha Directiva exige, para que resulten aplicables las garantías en ella contenidas, que el traspaso sea de una “entidad económica que mantenga identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuese esencial o accesorio”. De este modo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, en adelante) ha interpretado este precepto, estableciendo tres requisitos para la aplicación de la Directiva:

- Que la transmisión ocasione un cambio de empresario,
- Que se refiera a una empresa, un centro de actividad o una parte de un centro de actividad;
- Y que resulte de un contrato³.

Y este carácter contractual de la transmisión, puede venir originado por una norma sectorial de carácter convencional, como es el convenio colectivo. Siendo para el Tribunal indiferente la causa por la que se lleve a cabo la transmisión.

Estos requisitos son recogidos en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, de forma que se considera que existe sucesión de empresa “cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio”. La cuestión está en determinar cuándo el cambio de contratista en las contratas del sector público puede considerarse una sucesión de empresas de las reguladas en este precepto.

El Tribunal Supremo ha ido elaborando el criterio jurisprudencial para identificar estos supuestos en el ámbito de la contratación administrativa, afirmando que, como indica la Directiva, el objeto de la transmisión ha de ser “un conjunto organizado de personas y elementos que permita el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio”⁴. Este ha sido el criterio que tradicionalmente ha venido aplicando también a las contratas del sector público el Alto Tribunal desde los años 90, de forma que, en palabras del TS, “ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a los efectos del

² DOCE nº 82, de 22 de marzo de 2001 (DOUE-L-2001-80646), que vino a modificar la anterior Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero.

³ Vid. Fita Ortega, F., “El artículo 44 ET y las cláusulas de estabilidad en el empleo previstas en normativa sectorial, o en los pliegos de condiciones de contratas y concesiones administrativas”, *Revista de Derecho Social*, nº76, 2016, pág. 190.

⁴ STS de 9 de diciembre de 2014 (rec. 109/2014), fundamento jurídico tercero.

artículo 44 ET, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación”⁵. Por tanto, habrá que estar al resultado del cambio de contratista o concesionario para determinar la aplicación de dicho precepto o no. Y por ello, descarta nuestro Tribunal que la subrogación opere en virtud del artículo 44 ET “si no se ha producido una transmisión de activos patrimoniales o una “sucesión de plantillas” en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra”⁶.

No obstante, podemos advertir que ello no fue siempre así, pudiendo encontrar algunos pronunciamientos jurisprudenciales, anteriores a esta fecha, donde el Tribunal Central de Trabajo y el propio Tribunal Supremo se pronunciaban a favor de la aplicación de la figura de la subrogación en las contrataciones y concesiones administrativas⁷.

En la actualidad, en cambio, la posición del Tribunal Supremo, se centra en el tratamiento separado de los conceptos de “contrata” y transmisión de empresa o centro de trabajo, entendidos estos últimos como unidades productivas autónomas, de forma que la mera sucesión de contrataciones no puede considerarse *per se* un supuesto de hecho contemplado en el artículo 44 ET, si no existe transmisión de activos patrimoniales necesarios para la explotación contratada⁸.

Este es el punto de partida. Por tanto, sólo si en la sucesión de contratistas, el contratista entrante conserva un conjunto organizado de elementos del contratante saliente, podríamos considerar la aplicación de la regla de la subrogación que permita la continuidad de las relaciones laborales de los trabajadores, ahora sí, con el nuevo contratista como empresario. De lo contrario, no sería posible.

2. LAS VÍAS DE SUBROGACIÓN DE LOS CONTRATOS LABORALES EN LA SUCESIÓN DE CONTRATAS DEL SECTOR PÚBLICO

Cuando nos situamos en el ámbito de las Administraciones Públicas, hemos afirmado que existe una consolidada jurisprudencia que considera que el artículo 44 ET no se puede aplicar, al menos automáticamente, al supuesto de cambio de empresario en las contrataciones públicas o concesiones administrativas. Debiendo analizar los pormenores de la operación para conocer si se dan o no los presupuestos necesarios para que se produzca la subrogación⁹.

⁵ Vid. STS de 5 de abril de 1993, citada por el propio TS en las Sentencias de 24 de julio de 2013 (rec.ud. 3328/2012) y 7 de junio de 2016 (rec. 2911/2014).

⁶ Vid. STS de 27 de octubre de 2004 (rec. 899/02).

⁷ Vid. un interesante recorrido por la jurisprudencia citada en Calvo Gallego, F.J., “Transmisión de empresas, sucesión de contrataciones y sector público”, en *Temas Laborales*, nº 114, 2012, págs. 208 y 209.

⁸ Vid. STS de 7 de junio de 2016 (rec. 2911/2014).

⁹ Vid. Rodríguez-Piñero Royo, M., “Gestión privada, contratación temporal y calidad en el empleo”, en *Temas Laborales*, nº 135, 2016, p. 133.

Las razones por las que se produzca la subrogación pueden ser, por tanto, de naturaleza legal –que reúna los requisitos recogidos en el artículo 44 ET, es decir, la transmisión de una unidad autónoma con un conjunto de medios organizados que pueda llevar a cabo una actividad económica–; o convencional –recogida en la negociación colectiva sectorial–. Sin embargo, además de estas dos causas, la jurisprudencia lleva admitiendo tradicionalmente que el mandato por el que se produce la subrogación, provenga de una cláusula contractual reflejada en el pliego de condiciones de contratación; y por sucesión de plantillas, cuando el empresario entrante asume una parte significativa de la plantilla del empresario saliente, en actividades que descansan principalmente en la mano de obra, ya sea de forma voluntaria u obligada porque se halle previsto en un convenio colectivo¹⁰.

Y son precisamente estas dos últimas formas de subrogación las que mayores problemas han planteado, primero por no reconocer inicialmente el Tribunal Supremo la aplicación del artículo 44, en el segundo caso, y por no admitir la imposición de este tipo de cláusulas por parte de la Administración, si no están previstas en un convenio colectivo, en el primero.

Pero veamos más detenidamente las cuatro vías, por las que puede producirse la subrogación en el ámbito de las contratas del sector público.

2.1. La vía legal

Ya hemos dicho que la subrogación prevista en el artículo 44 ET no se produce, al menos automáticamente, cuando tiene lugar una sucesión de contratas públicas o concesiones administrativas de gestión de servicios públicos. De esta forma, para que el empresario entrante se subroge en la posición del empresario saliente en relación con las relaciones laborales existentes con sus trabajadores, es preciso que se den los dos presupuestos reconocidos por la jurisprudencia del TS:

- Que se transmita una organización productiva, es decir, una serie de medios organizados susceptibles de llevar a cabo una actividad económica.
- Que dicha actividad sea esencial o accesoria.

Así, dice el TS, “lo determinante para saber si se produce o no sucesión empresarial, no depende tanto de que el nuevo empresario, el que continúa la actividad, sea o no propietario de los elementos patrimoniales necesarios para su desa-

¹⁰ Vid. de nuevo Rodríguez-Piñero Royo, M., *ibidem*, para quien estos son los cuatro supuestos de subrogación que ha identificado el Tribunal Supremo. Aunque algunos autores resumen en tres las vías por las que se produce la subrogación, excluyendo esta última de la asunción de plantillas. Vid. en este último sentido Fernández Fernández, R., *La Sucesión de Empresa en los supuestos de transmisión de concesiones administrativas de gestión de servicios públicos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2008, p. 99.

rollo, y al margen también de que existiera o no un negocio jurídico entre cedente y cesionario, lo decisivo, decíamos, es que se produzca realmente un cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma y que la transmisión afecte a una entidad económica que continúe manteniendo su propia identidad¹¹. Estos son, por tanto, los dos requisitos necesarios para que se produzca la subrogación en este ámbito.

Sin embargo, la aplicación de esta regla, no siempre es clara desde el punto de vista de nuestra jurisprudencia, ya que son bastante conocidos los pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo sobre la necesidad de interpretar extensivamente estos criterios, admitiendo que no es preciso que esos medios organizados, objeto de transmisión, tengan que ser de carácter material, sino que puede tratarse, en aquellas actividades que descansan fundamentalmente sobre mano de obra – como es el caso de la limpieza, la vigilancia y la seguridad – de una sucesión de plantillas, en cuyo caso, también estaremos ante un fenómeno subrogatorio, como veremos más adelante.

En todos estos supuestos, una vez constatado el supuesto de hecho consistente en la transmisión de la organización productiva, entrará en juego la aplicación del artículo 44 ET, con todas sus garantías.

2.1. La vía convencional

Aclarados los criterios que la jurisprudencia exige para la aplicación de la subrogación en la sucesión de contratas públicas, podemos indicar que dicha subrogación, podría venir contemplada, como de hecho sucede, en una ley o en una norma convencional. Tal es el caso del convenio o acuerdo colectivo.

En el caso de las contratas administrativas, el TS venía considerando, en una línea jurisprudencial bastante consolidada que se trataba de un supuesto que se encontraba fuera del régimen jurídico del artículo 44 ET, ya que ni la contrata ni la concesión administrativa, decía el Tribunal, son unidades productivas autónomas¹², requisito fundamental en la determinación de la aplicación de las garantías recogidas en el artículo 44. Por lo que una forma de lograr la estabilidad en el empleo, y conseguir una mayor protección de los trabajadores era incluir en los convenios colectivos sectoriales cláusulas que regularan la subrogación del personal en estos supuestos de sucesión de contratas. Imponiendo así, por vía convencional, a la empresa entrante la obligación de subrogarse en los trabajadores de la contrata saliente.

Esta opción sí ha sido ampliamente admitida por la doctrina y la jurisprudencia.

¹¹ STS de 28 de febrero de 2013 (rec. ud. 542/2012).

¹² STS de 5 de abril de 1993 (rec. 702/92) entre otras.

cia, si el objetivo es la consecución de la estabilidad en el empleo¹³. Es clara la jurisprudencia que considera la legalidad de las cláusulas de los convenios colectivos sectoriales que imponen la subrogación de los trabajadores en los supuestos de sucesión de empresas, ya sean públicas o privadas¹⁴.

Es frecuente, por tanto, encontrar este tipo de cláusulas de mantenimiento del empleo en convenios sectoriales de actividades que con frecuencia se realizan para las Administraciones Públicas¹⁵. Y la legalidad de estas cláusulas ha sido aceptada con normalidad tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Siendo, según el TS “perfectamente válido que la autonomía colectiva favorezca la continuidad de las relaciones laborales afectas a un servicio que permanece y que ese favorecimiento se realice en unas concretas y determinadas condiciones que son fruto del acuerdo logrado a través de la negociación colectiva”¹⁶. Sirviendo estas cláusulas, además, a un segundo aspecto de interés en las relaciones laborales, como es el de reducir la conflictividad de las partes, evitando las reclamaciones que se deducirían tras la pérdida de sus empleos por parte de los trabajadores, tratando de que les sea reconocida una relación laboral con la Administración o alguna de las dos empresas¹⁷, o extender las responsabilidades recogidas en el artículo 42 ET a través del reconocimiento de la figura de la cesión ilegal¹⁸.

Es posible encontrar, por tanto, un considerable número de convenios colectivos, generalmente de sector, en cuyo articulado aparecen cláusulas de subrogación de plantillas¹⁹. Pero particularmente es frecuente encontrarlos en convenios de actividades o sectores especializados en prestar servicios con regularidad para las Administraciones Públicas²⁰.

Ahora bien, dos son las cuestiones que debemos plantear al respecto y que

¹³ Vid. en extenso el estudio de De Soto Rioja, S., “Sucesión de empresas y de contratas: puntos críticos de la regulación legal y del tratamiento convencional”, en el libro colectivo *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral*, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 601 a 674.

¹⁴ Así lo afirma el TS en su sentencia de 7 de abril de 2016, en unificación de doctrina (rec. 2269/2014), en relación al convenio de las empresas de seguridad. También lo ha afirmado el TJUE en sentencias como la de 24 de enero de 2002, Asunto C-51/2000, “Temco”.

¹⁵ En la mayoría de los casos actividades del sector terciario de los servicios, aunque también se puede observar una cierta extensión de este tipo de garantías de permanencia o conservación del empleo a otros sectores productivos. En este sentido se expresa De Soto Rioja, S., op. cit. p. 605.

¹⁶ De nuevo STS de 7 de abril de 2016 (rec. ud. 2269/2014).

¹⁷ Vid. Fernández Fernández, R., *La Sucesión de Empresa en los supuestos de transmisión de concesiones administrativas de gestión de servicios públicos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2008, p. 101.

¹⁸ Vid. Rodríguez-Piñero Royo, M., “Gestión privada...”, op. cit. p. 137.

¹⁹ Vid. el estudio de los convenios y las cláusulas subrogatorias que recoge De Soto Rioja, S., “Sucesión de empresas...”, op. cit. pp. 661 y ss.

²⁰ Tal es el caso de los Convenios de limpieza de edificios públicos, transporte de enfermos y accidentados en ambulancias, etc... Un recorrido por los principales convenios podemos encontrarlo Rodríguez-Piñero Royo, M., op cit. págs. 137 y ss.

han tenido diferentes respuestas desde nuestra jurisprudencia y legislación. En primer lugar, qué tipo de norma convencional podrá contener este tipo de cláusulas, es decir, si se trata de convenios colectivos estatutarios o también acuerdos de empresa, y de qué alcance, empresa o sector²¹. Y, en segundo lugar, qué grado de autonomía puede tener dicha regulación convencional, es decir, si debe limitarse a regular la aplicación de la figura de la subrogación o puede determinar también el grado de aplicación de las garantías recogida en el artículo 44 ET, por ejemplo, en relación con la asunción de deudas salariales y de seguridad social.

Pues bien, ambas cuestiones han sido abordadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido siguiente.

Por lo que se refiere, en primer lugar, al tipo de norma convencional que puede contener un mandato subrogatorio, podemos decir que, al ser la vía convencional un procedimiento que no se encuentra regulado en la ley, sino admitido por la jurisprudencia a lo largo de los años, no podemos hacer referencia a ninguna norma laboral para resolver este interrogante. Sí existen, no obstante, normas administrativas que se han referido a este fenómeno subrogatorio, como es el caso del artículo 130 de la Ley de Contratos del Sector Público, según el cual “cuando una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación...”²². De este modo, dicha norma, al hilo de la regulación de un derecho de información recogido en la norma administrativa, hace referencia al convenio colectivo o a un “acuerdo de negociación colectiva de eficacia general”, sin precisar si se trata de convenios sectoriales o de empresa, como sí ha sucedido en otros preceptos, especialmente los referidos a los costes salariales aplicables en caso de subrogación, donde sí se especifica la referencia a los convenios de sector²³.

Por tanto, no parece que la ley quiera limitar a determinados tipos de convenios la regulación de las cláusulas subrogatorias, si bien, parece lógico que, si la figura de la subrogación se va a extender de una empresa a otra que le sucede en la contrata o cesión administrativa, el convenio colectivo que aplique la regla de la subrogación haya sido suscrito por ambas, a nivel sectorial, por tanto. Pues no parece que tenga sentido que un convenio de empresa trate de garantizar la esta-

²¹ En relación con esta problemática, vid. De Soto Rioja, S., “Sucesión de empresas...”, op. cit. pp. 613 y ss.; y Lahera Forteza, J., “Convenio colectivo sectorial o de empresa aplicable en los contratos públicos tras la Ley 9/2017”, en *Temas Laborales*, nº 144, 2018, pp. 43 a 52.

²² Hay más preceptos en la LCSP que se refieren al convenio sectorial, si bien, en relación con los costes salariales aplicables a los trabajadores de la contrata o empresa concesionaria del servicio.

²³ Vid. al respecto, el estudio realizado por Lahera Forteza, J., op. cit. pp. 45 y 46

bilidad en el empleo de sus trabajadores, a través de la previsión de la transmisión de su plantilla a otra empresa.

Y ello no impide que la nueva empresa decida voluntariamente asumir la plantilla de la anterior adjudicataria, de forma que produciría el mismo efecto subrogatorio, pero sin que exista, en este caso, la vía convencional que lo imponga.

En relación con la segunda cuestión planteada, podemos afirmar que la tipología de cláusulas subrogatorias que es posible encontrar en los convenios colectivos sectoriales es bastante variada, admitiéndose ampliamente y de forma pacífica, al menos tradicionalmente, que estas cláusulas pudieran reunir requisitos específicos que limitasen la aplicación del efecto subrogatorio a un determinado grupo de trabajadores. Tal es el caso, por ejemplo, de cláusulas que exijan una determinada antigüedad en la empresa, o la sucesión tan sólo de una parte de dicha plantilla²⁴.

Sin embargo, también en relación con estos supuestos, el TS ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente, en supuestos de reducción del volumen de la contrata, es decir, cuando el servicio objeto de contratación sufre una disminución y existe una obligación de subrogación impuesta por un convenio colectivo. En este caso, el TS ha rectificado su anterior línea interpretativa, considerando que dicha reducción de la contrata no puede ser causa que excuse o impida la aplicación de la garantía de subrogación previstas en el artículo 44 ET, de forma que “en caso de dificultades para cumplir ese deber, no se permite la rescisión del contrato por fin del mismo, o por terminación de obra, sino que sólo cabe acudir a la vía de un despido por causas objetivas o a la reducción de jornada por vía del artículo 41 ET”²⁵. Reforzando, como vemos, el Alto Tribunal la aplicación del efecto subrogatorio e impidiendo limitar su efecto en estos casos.

Otra cuestión es que, como consecuencia de estas limitaciones incluidas en la negociación colectiva, se pueda condicionar la aplicación de las garantías del artículo 44 ET a los trabajadores de la empresa cedente. A favor de esta idea y sobre la base de que se trataba de un supuesto de subrogación obligatoria impuesta por un convenio colectivo sectorial, se pronunció el TS en su Sentencia de 7 de abril de 2016 (rec. ud. 2269/2014), considerando legítimo que fuera la autonomía colectiva la que determinase cómo se llevaría a cabo dicha subrogación, pudiendo limitar, por tanto, el número de trabajadores a los que se aplicaría la garantía de subrogación.

²⁴ Aunque podrían plantearse dudas acerca de la compatibilidad de estas cláusulas con la prohibición de discriminación por razón de la duración del contrato de trabajo, recogida en las normas comunitarias, como apunta De Soto Rioja, S., “Sucesión de empresas...”, op. cit. p. 670, si bien, también nos recuerda este autor que el objetivo de estas cláusulas “aunque no llegue a decirse de forma explícita”, es el de evitar un “posible fraude... por parte del empresario cedente, consistente en aumentar de modo artificial el volumen de plantilla realmente adscrita a la empresa o a la contrata”.

²⁵ STS de 8 de enero de 2019 (rec. ud. 2833/2016), de 5 de marzo de 2019 (rec. 2892/2017) y de 8 de mayo de 2018 (rec. ud. 3484/2016), entre otras, que vienen a rectificar la doctrina contenida en la STS de 21 de septiembre de 2012 (rec. 2247/2011).

Sorprendió esta sentencia a gran parte de la doctrina²⁶, ya que no parecía seguir los mandatos interpretativos del TJUE²⁷, como destacaba el voto particular que podía leerse en la citada Sentencia. Sin embargo, esta había sido la línea seguida por el TS desde 2012, año en el que podemos encontrar sentencias donde se hace hincapié en que lo relevante a la hora de determinar si debemos aplicar o no el artículo 44 ET no es el análisis de las condiciones que impone el respectivo convenio colectivo para que se produzca la subrogación de trabajadores, como es el caso de la antigüedad exigida a los mismos, sino si, como consecuencia de la aplicación de estas reglas, el resultado final es al asunción de una parte importante o no de la plantilla²⁸.

Sin embargo, la Sentencia del TS de 27 de septiembre de 2018 vino a introducir un importante “cambio de rumbo” en la doctrina del TS sobre esta materia²⁹, provocado por la Sentencia del TJUE de 11 de julio de 2018 (C-60/17)³⁰, conocida como Sentencia Somoza Hermo, y que es analizada por el Tribunal en su fundamentación, afirmando que el hecho de que la asunción de una parte significativa de la plantilla tenga un origen convencional no puede servir para excluir u obviar los efectos de la subrogación empresarial. Así, el TS reconoce que debe modificar las premisas que apoyaban la anterior doctrina y afirmar, alineándose con la jurisprudencia del TJUE, que el hecho de que la subrogación de plantilla sea consecuencia de lo previsto en un convenio colectivo, no puede determinar la solución del problema, siendo, por tanto, este aspecto irrelevante a efectos de aplicar el régimen de garantías previsto en el artículo 44 ET. Ya que es el concepto de “entidad económica el único que puede erigirse en definidor de la existencia de una transmisión empresarial a efectos subrogatorios”. De este modo, dice el TS, en línea con lo apuntado por el TJUE, que “siempre que haya transmisión de

²⁶ Vid. Cruz Villalón, J., “Claves laborales de la participación privada en la actuación pública”, *Temas Laborales*, nº 135/2016, p. 40.

²⁷ Vid. Fita Ortega, F., op. cit. p. 196, para quien, según esta jurisprudencia, no cabe admitir que la continuidad laboral de los contratos esté en manos del convenio colectivo.

²⁸ Vid. STS de 27 de abril de 2012 (rec. 3524/2011), 16 de julio de 2014 (rec. 2440/2013) y 7 de abril de 2016.

²⁹ Así lo expresan García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.R., “Nuevos escenarios de futuro para la subrogación convencional: la STS 27 de septiembre de 2018”, en *Revista de Información Laboral*, nº 12/2018.

³⁰ Asunto Somoza Hermo e Ilunion Seguridad. En esta Sentencia el TJUE deja constancia de la doctrina comunitaria al respecto, afirmando que el hecho de “que la asunción de personal venga impuesta por convenio colectivo no afecta al hecho de que la transmisión se refiere a una entidad económica” y aclarando que “el artículo 1.1. de la Directiva 2001/23/CE, del Consejo de 12 de marzo de 2001... debe interpretarse en el sentido de que esta Directiva se aplica a una situación en la que un arrendatario de servicios ha resuelto el contrato de prestación de servicios de vigilancia de instalaciones celebrado con una empresa y, a efectos de la ejecución de la prestación, ha celebrado un nuevo contrato con otra empresa que se hace cargo, en virtud de un convenio colectivo, de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que la primera empresa destinaba a la ejecución de dicha prestación, siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas”.

un conjunto de medios organizados impera el régimen legal de transmisión y subrogación laboral, debiendo considerarse ilegal el convenio que lo desconozca”.

2.3. La subrogación por asunción de parte importante de la plantilla del anterior contratista o concesionario

Considerando la jurisprudencia que acabamos de resumir sobre la aplicación a las contratas del sector público de la subrogación prevista en el artículo 44 ET, hemos de analizar un aspecto particular que también ha sido tratado por la jurisprudencia, si bien de forma algo controvertida. Se trata del supuesto en que un convenio colectivo contuviera la obligación de traspasar sólo una parte (significativa) de la plantilla.

En este caso, donde el nuevo contratista asume una parte de la plantilla, podemos plantear si se da el presupuesto de hecho de la figura de la subrogación, es decir, la transmisión de ese conjunto organizado de medios susceptible de llevar a cabo una actividad económica.

El TJUE se ha pronunciado a favor de la subrogación y de la aplicación de la Directiva, afirmando que “ en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión, cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea”³¹. En estos casos, la razón por la que el TJUE considera aplicable la Directiva se debe a que se trata de actividades que descansan principalmente en la mano de obra, de forma que, al producirse la “transmisión” de una parte esencial de la plantilla de la empresa anterior, “el nuevo empresario adquiere el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable”.

Así lo ha venido admitiendo recientemente nuestro Tribunal Supremo, para quien es fundamental el criterio de que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, siendo crucial a la hora de determinar si estamos o no ante un supuesto de transmisión del artículo 44 ET³². Tal es el caso de actividades, como

³¹ Vid. STJUE de 20 de enero de 2011 (asunto 463/09). Vid. también un comentario de esta sentencia en Calvo Gallego, F.J., “Transmisión de empresas, sucesión de contratas y sector público”, en *Temas Laborales*, nº 114, 2012.

³² Vid. por todas SSTS de 9 de diciembre de 2014 (rec. 109/2014), 28 de febrero de 2013 (rec. 542/2012), que recoge doctrina del mismo Tribunal en Sentencias anteriores, como la de 27 de junio de 2008 (rec. 4773/2006).

se ha dicho, de limpieza, vigilancia y seguridad, donde el TS ha venido apreciando esta sucesión de empresas.

Por tanto, es posible apreciar, según nuestro Alto Tribunal, el fenómeno de la subrogación empresarial cuando lo que se produce es lo que se ha venido denominando una “sucesión de plantillas”, en supuestos en los que la actividad descansa esencialmente en el factor humano, es decir, “en la organización y dirección de la actividad del personal cualificado que se emplea en la ejecución del servicio contratado, en la ejecución de la contrata”³³. Pues, dice el Tribunal, “un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera esa actividad común, puede constituir una entidad económica que mantenga su identidad cuando se produce la transmisión y el nuevo empresario, quizá salvo que se trate del principal, no sólo continúa con la actividad de la que se trata, sino que también se hace cargo de una parte cuantitativamente importante de la plantilla anterior”³⁴. De esta forma, en estos supuestos, las obligaciones del artículo 44 ET, operan “en el ámbito en que esta sucesión tenga lugar, esto es, a nivel de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma en la que se asuma la mayor parte de la plantilla”³⁵.

Ahora bien, la “sucesión de plantilla” no tendrá el efecto subrogatorio si la actividad no descansa fundamentalmente en la mano de obra, aunque se produzca la continuidad de la actividad, salvo que se transmitan los elementos materiales necesarios para el desarrollo de la actividad³⁶. Porque, como nos recuerda el TS, analizando a su vez la doctrina del TJUE, la mera asunción de un conjunto de personas no equivale a la transmisión de una unidad productiva en todos los casos, debiendo atender al resultado de la operación. De forma que sólo habrá subrogación empresarial “cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas”³⁷.

Por otro lado, el TS, aceptando la doctrina del TJUE, aclara que es irrelevante, para la aplicación de las garantías de la Directiva 2001/23/CE y, por tanto, del artículo 44 ET, si esa asunción de plantilla de la empresa cedente se produce de forma voluntaria o no, es decir, por mandato legal o convencional³⁸.

³³ Vid. STS de 7 de junio de 2016 (rec. 2911/2014).

³⁴ Vid. STS de 28 de febrero de 2013 (rec. 542/2012).

³⁵ Vid. STS de 7 de junio de 2016 (rec. 2911/2014).

³⁶ Vid. STS de 28 de febrero de 2013 (rec. 542/2012).

³⁷ STS de 27 de septiembre de 2018 (rec. ud. 2747/2016), citando la STJUE de 11 de julio de 2018 (Somoza Hermo).

³⁸ Vid. de nuevo, SSTS 28 de febrero de 2013 (rec. 542/2012) y 27 de septiembre de 2018 (rec. ud. 2747/2016); y STJUE de 24 de enero de 2002, en el caso *Temco Service Industries* (Asunto C-51/00).

2.4. La sucesión derivada de los pliegos de cláusulas administrativas particulares

Podemos observar cómo la mayoría de la doctrina ha venido destacando entre las vías de lograr el efecto subrogatorio en la sucesión de contratas del sector público, la de la inclusión en el conocido como “pliego de condiciones” por parte de la Administración contratista, la subrogación del personal del empresario saliente al entrante³⁹. Este pliego de cláusulas administrativas está llamado a incluir pactos y condiciones tendentes a definir los derechos y obligaciones a asumir por las partes⁴⁰. Y tiene naturaleza contractual y no reglamentaria, vinculando tan sólo a la Administración y al contratante o adjudicatario.

Así, según el artículo 122.2 de la Ley 9/2017 de contratos del Sector Público (LCSP), en estos pliegos se incluirán los “criterios de solvencia y adjudicación del contrato”, pero también, dice expresamente la norma, “la consideraciones sociales, laborales y ambientales que, como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan”. Y entre estas consideraciones sociales, podrían encontrarse las referentes al mantenimiento de la estabilidad del empleo⁴¹.

Además, el fenómeno de la subrogación, viene mencionado en la LCSP para hacer referencia al deber de información que pesa sobre la Administración, sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación, que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. Tal es el caso del artículo 130 de la citada Ley, que parece limitar la posibilidad de incluir esta información en los pliegos de condiciones a aquellos supuestos en que “una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse.”. Esta exclusión de la voluntad de la Administración para incluir voluntariamente la cláusula de subrogación en el pliego de condiciones, parece ir en la línea de la Sentencia que comentamos, donde el TS considera que sólo en estos casos de previsión legal o convencional, procede incluir en el pliego de condiciones la cláusula de subrogación con toda la información que exige el artículo 130.

³⁹ Vid. en extenso, Fernández Fernández, R., *La sucesión de empresa...*, op. cit. pp. 116 a 129, donde realiza un exhaustivo análisis del régimen jurídico de la sucesión derivada de los pliegos de cláusulas administrativas. Incluso algunos han llegado a ver en esta vía la solución más adecuada al problema que plantea la vía convencional en el ámbito de las administraciones públicas, en particular, las dudas sobre si un convenio que contenga cláusulas subrogatorias resulta o no aplicable a la Administración Pública contratante. Vid. en este sentido De Soto Rioja, S., “Sucesión...”, op. cit. p. 615.

⁴⁰ De nuevo Fernández Fernández, R., op. cit. p. 116.

⁴¹ Algunos han visto en este uso de las cláusulas sociales, una forma de contrarrestar o corregir los efectos de la reforma laboral. Vid. Molina Navarrete, C., “Cláusulas sociales, contratación pública: del problema de legitimidad al de sus límites”, en *Temas Laborales*, número 135/2016, p. 87.

También menciona la LCSP en su artículo 202, el tipo de consideraciones de carácter social que pueden imponer las Administraciones públicas en la ejecución de los contratos, y a las que la Ley denomina “condiciones especiales de ejecución del contrato”, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, no resulten discriminatorias y sean compatibles con la normativa comunitaria. En este sentido, menciona la norma que estas consideraciones de tipo social o relativas al empleo podrán introducirse con ciertas finalidades como la de hacer efectivos o garantizar los derechos de las personas con discapacidad, así como su inclusión en el mercado de trabajo; favorecer la participación de las mujeres en el mercado de trabajo, eliminar las desigualdades en el mismo o favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral; combatir el paro juvenil, favorecer la formación o la protección de la seguridad y salud de los trabajadores. Son aspectos en los que podrán incidir dichas condiciones especiales de ejecución exigidas por las Administraciones Públicas, Si bien, como vemos, entre ellas no se encuentra la de garantizar la estabilidad en el empleo, como podría haber sido deseable desde el punto de vista de los trabajadores.

Pero veamos con algo más de detenimiento los argumentos del Tribunal Supremo en la Sentencia comentada.

3. LA PROHIBICIÓN DE INCLUIR CLÁUSULAS DE SUBROGACIÓN EN LOS PLIEGOS DE CONDICIONES. CONDICIONES Y REQUISITOS JURISPRUDENCIALES

Pareció durante un tiempo una práctica común, ampliamente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia⁴², la inclusión de cláusulas de subrogación en los pliegos de condiciones de las contrataciones del sector público o concesiones administrativas. De hecho, se suele analizar, en los estudios doctrinales sobre sucesión de empresas, como una de las vías para poder propiciar el fenómeno subrogatorio, ante la negativa de nuestra jurisprudencia a identificar sucesión de empresa con sucesión de contrataciones administrativas.

En cambio, a raíz de la STS de 18 de junio de 2019, que confirma la doctrina contenida en la STSJ de Madrid de 9 de diciembre de 2015, podemos decir que las únicas vías reconocidas para que la subrogación tenga lugar son la previsión legal, en convenio colectivo o acuerdo de eficacia general, o la sucesión de plantillas, en actividades que, como indica el TS, descansan esencialmente en la mano de obra. De este modo, el TS elimina la posibilidad de que una Administración pública o ente de derecho público, sometido a la Ley de Contratos del Sector

⁴² Vid. por todos, Fernández Fernández, R., op. cit. p. 124, con toda la jurisprudencia allí citada. Vid. también, por ejemplo, STSJ del País Vasco de 17 de mayo de 2016 (rec. 809/2016) y STSJ Castilla-La Mancha, de 12 de septiembre de 2017 (rec. 727/2017).

Público, incluya una cláusula de subrogación en un pliego de cláusulas administrativas particulares, si no existe una ley o convenio colectivo sectorial que así lo establezca.

El argumento esgrimido por el Tribunal Supremo, en su Sala Contencioso-administrativa, tiene que ver con los límites a que ha de estar sujeto el contenido de los pliegos de condiciones, de forma que “la obligación o no de subrogar a los trabajadores vendrá o no impuesta por las disposiciones legales o con eficacia normativa, tal es el caso de los convenios colectivos, en su caso aplicables, y no por el propio Pliego, que en ningún caso puede por sí imponer esa medida por tener un contenido estrictamente laboral”. Reiterando esta argumentación en anteriores sentencias⁴³ sobre la base de que esta cláusula de subrogación empresarial “excede del ámbito subjetivo propio de los pliegos”, impidiendo de este modo a una Administración que incluya en un contrato administrativo estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual.

Sólo podría admitirse la inclusión de este tipo de cláusulas, dice el Alto Tribunal, si existe una norma legal o convencional que imponga la subrogación. Son las dos vías, por tanto, que el Tribunal admite. Por tanto, sólo si el cambio de contratista va acompañado de una transmisión de una “entidad económica” entendida en los términos del artículo 44 ET, en una norma legal o en un Convenio colectivo que resulte aplicable, se aplicará el régimen jurídico previsto en este precepto⁴⁴.

4. CONCLUSIONES

Como podemos observar, la cuestión sobre la interpretación jurisprudencial de las garantías recogidas en el artículo 44 ET y la Directiva 2001/23/CE, en relación, en particular, con la institución de la subrogación, no ha sido tradicionalmente pacífica, generando un interesante diálogo ente el Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia Europeo que ha devenido en una ingente producción de sentencias sobre la aplicación de esta figura al fenómeno de la sucesión de contratas del sector público. En todas ellas, podemos decir, que la protección de la estabilidad de los puestos de trabajo no ha sido el elemento principal de las argumentaciones de nuestro más alto Tribunal, si atendemos al espíritu del artículo 44 ET, bien porque la aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público lo impide, imponiendo la necesaria temporalidad en los contratos públicos⁴⁵, bien por la necesidad de proteger la libertad de contratación, que lleva a nuestro Tribunal Supremo a impedir que la Administración imponga al contratista obligaciones de

⁴³ STS de 16 de marzo de 2015 (rec. 1009/2014) y de 8 de junio de 2016 (rec. 1602/2015).

⁴⁴ STS de 18 de junio de 2019 (rec. 702/2016).

⁴⁵ Vid. en este sentido el artículo 23 del TRLCSP.

contenido laboral, si no aparecen impuestas por una ley o un convenio colectivo⁴⁶.

Este efecto, la aplicación de los principios administrativos de igualdad y de libertad en la contratación en el ámbito de los contratos del sector público, impide que determinadas cláusulas sociales, como las de garantía de la estabilidad en el empleo, puedan incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, si no es por imperativo legal o porque se encuentren recogidas en una norma como el convenio colectivo sectorial.

Se enfrentan, por tanto, de nuevo, intereses contrapuestos, generando la posibilidad de aumentar la conflictividad laboral y el número de litigios que los trabajadores entablarán al tratar de mantener sus empleos, en caso de cambio de contratos administrativos o adjudicaciones de gestión de servicios públicos. Y es que no podemos olvidar el efecto perverso que tiene la naturaleza temporal, por imperativo legal, de la contratación administrativa, lo que lleva, en la mayoría de los casos, a que la contratación de personal por la empresa concesionaria o contratista sea de naturaleza temporal, aumentando así su precariedad y la inestabilidad en el mantenimiento de su puesto de trabajo⁴⁷.

La inclusión de las cláusulas de subrogación en los pliegos de condiciones particulares, visualizadas como posible solución a la precarización del empleo y conflictividad en las relaciones laborales en el sector público, se encuentran limitadas en su utilización a raíz de esta Sentencia del Tribunal Supremo que limita su inclusión en los pliegos a que la subrogación venga determinada por una ley o un convenio colectivo aplicable.

No obstante, no podemos olvidar dos cuestiones importantes que afectan a esta Sentencia. La primera es que los hechos juzgados se producen antes de la entrada en vigor de la LCSP de 2017, que, como hemos visto, hace especial hincapié en considerar los aspectos laborales de la sucesión de contratos y, en particular, la protección de los trabajadores inmersos en estos procesos. Y la segunda, que esta limitación no impedirá que se apliquen las garantías del artículo 44 ET si, del análisis de la operación en particular, se deduce que se dan los requisitos necesarios para desplegar el régimen jurídico previsto en este precepto para la sucesión de empresas.

De este modo, la jurisprudencia garantista de los derechos de los trabajadores en los fenómenos subrogatorios por sucesión de contratos, emanada de la Sala de lo Social del TS, choca con la línea que parece defender la Sala de lo contencioso-administrativo del mismo Tribunal, celosa de la protección de la libertad de contratar, al limitar la posibilidad de incluir la garantía laboral de la sucesión de empresas contemplada en el ET en los pliegos de condiciones particulares de

⁴⁶ Como puede verse en el fundamento de derecho segundo de la Sentencia que comentamos (STS de 19 de junio de 2019).

⁴⁷ Vid. Rodríguez-Piñero Royo, M., "Gestión privada...", op. cit. p. 129.

contratas del Sector Público. Obviamente, nada impedirá que se apliquen las garantías del artículo 44 ET si se produce, como hemos dicho, la transmisión de una “entidad económica que mantenga su identidad” tras la transmisión o traspaso. Y esa identidad resulta también de elementos como “el personal que la integra, sus directivos, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone”⁴⁸.

⁴⁸ STS de 27 de septiembre de 2018, rec. ud. 2747/2016.

**PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES
Y FUNCIONARIOS PÚBLICOS: NUEVA AFIRMACIÓN
DE LA COMPETENCIA EN EL ORDEN SOCIAL E
INTERDICCIÓN DEL PEREGRINAJE DE JURISDICCIONES**

Auto núm. 12/2019 del Tribunal Supremo, Sala Especial de Conflictos de Competencia, de 6 de mayo (Conflicto art. 42 LOPJ núm. 22/2018)

JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ*

SUPUESTO DE HECHO: La demandante, farmacéutica funcionaria de carrera y mutualista, había sufrido un proceso de incapacidad laboral transitoria, que tuvo su origen en el acoso laboral y hostigamiento sufrido por parte del director del área funcional a que estaba adscrita. En la misma situación de acoso se habían visto involucrados otros compañeros funcionarios, lo que determinó la intervención del Grupo Técnico de Prevención de Riesgos Laborales de la Mesa Delegada de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno), ante posibles infracciones en materia de prevención de riesgos laborales. Dado que la incapacidad laboral fue determinada por enfermedad común, mediante resolución de 11 de enero de 2016 de la Delegación del Gobierno en las Islas Baleares, por la que se desestimó la solicitud de reconocimiento como profesional de la enfermedad que causó su baja laboral y posterior licencia, la funcionaria interpuso recurso contencioso-administrativo, turnado al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Donostia/San Sebastián, quien mediante auto (20/06/2017) inadmitió el recurso, denegando su competencia en favor de la jurisdicción social. Ante la remisión competencial efectuada, la demandante presentó su demanda en materia de contingencia ante los órganos de la jurisdicción social instando se anulara y dejara sin efecto la resolución de la Delegación del Gobierno de Baleares a fin de que se declarara como profesional o accidente de trabajo, la enfermedad que causó su baja laboral. La demanda correspondió al Juzgado de lo Social núm. 3 de Donostia/San Sebastián, quien estimó la demanda, revocó y dejó sin efecto la resolución administrativa impugnada y declaró que

* Abogado en ejercicio y profesor asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

la enfermedad que determinó el proceso de incapacidad temporal y licencia por enfermedad de la actora procedía de accidente de trabajo.

La Administración se alzó contra el fallo mediante un recurso de suplicación, determinando la Sala de lo Social del TSJ País Vasco, por sentencia de 25 de septiembre de 2018 la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada, revocando la sentencia impugnada y declarando la competencia del orden contencioso-administrativo. Ante la nueva denegación competencial del orden social, el conflicto estaba servido y fue instado en los trámites del artículo 45 de la Ley orgánica del Poder Judicial –LOPJ–, por el letrado de la Administración de Justicia de la Sala de lo Social del TSJ País Vasco, lo que determinó el pronunciamiento de la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo.

RESUMEN: Superada la admisibilidad del conflicto y posicionados los órganos judiciales implicados, junto al Ministerio Fiscal, la Sala de Conflictos otorga la competencia al orden social y lo hace abundando que la perspectiva prevencionista que encierra el conflicto, por aplicación del art. 2. e) de Ley reguladora de la jurisdicción social –LRJS–, sin que sea posible excluir su competencia con base en el art. 3.f), reforzado por el criterio interpretativo de la propia exposición de motivos.

ÍNDICE:

1. PUNTO DE PARTIDA: MARCO NORMATIVO Y POSICIONES DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES EN CONFLICTO
2. PEREGRINAJE DE JURISDICCIONES: REDIRIGIENDO LA BRÚJULA HACIA EL ART. 2.E) DE LA LRJS
3. UNA VALORACIÓN FINAL ESPERANZADA

1. PUNTO DE PARTIDA: MARCO NORMATIVO Y POSICIONES DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES EN CONFLICTO

Como bien nos recuerda el auto, no ofrece muchas dudas la circunstancia de que antes de la entrada en vigor de la LRJS, la pretensión esgrimida en el supuesto de hecho hubiese sido competencia del orden contencioso-administrativo, por cuanto, tradicionalmente, conforme al Texto Refundido de la Ley de procedimiento laboral de 1995 y a la Ley de la jurisdicción contencioso administrativo –LJCA– de 1998, las pretensiones sobre impugnación de resoluciones administrativas en materia laboral o de seguridad social eran tuteladas en el orden contencioso-administrativo.

Las posiciones que se pueden derivar de nuestro actual marco normativo, son fácilmente deducibles de los postulados que defienden cada uno de los órganos en conflicto respecto al caso que nos ocupa. Así la atribución de competencia al orden

social se fundamenta en considerar que la determinación de si la enfermedad de la actora es profesional o común, no tiene encaje en el art. 3.f) de la LRJS, que recoge las materias excluidas del conocimiento de los órganos jurisdiccionales del orden social¹.

Para negar la competencia social, la Sala de lo Social del TSJ País Vasco entiende que el objeto del litigio es la determinación de la naturaleza de la incapacidad transitoria para el servicio que sufrió la demandante, que no es trabajadora, sino funcionaria del Estado y, en consecuencia, considera que el conocimiento de este objeto procesal no está atribuido a la competencia del orden social, al no estar incluido en el 2.o) LRJS (materia de prestaciones de Seguridad Social en relación a los trabajadores, pero no respecto de los funcionarios) ni en el art. 2.e) LRJS (impugnaciones de las actuaciones de las Administraciones Públicas en materia de prevención de riesgos laborales respecto de todos sus empleados, incluidos los funcionarios, al entender que no estamos ante esa materia) ni en el art. 2.5 LRJS (actos de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia de Seguridad Social, no perteneciendo a esta última el órgano que dicta la resolución administrativa impugnada). Unido todo ello a contenido del art. 61.2 del Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo Reglamento General del Mutualismo Administrativo, en el que se establece el procedimiento para el reconocimiento de los derechos derivados de la enfermedad profesional y el accidente en acto de servicio, lo que refuerza la idea de la competencia del orden contencioso-administrativo².

El art. 2.e) LRJS, no podría servir para encuadrar la competencia en el orden social cuando la finalidad exclusiva es la calificación de la contingencia determinante de la incapacidad temporal padecida como accidente de trabajo y no como contingencia común. Según resulta del art. 3.1. a) del RDLeg. 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado el carácter de mutualista de la funcionaria también nos aboca a no permanecer en la competencia social. Finalmente, la resolución recurrida se produce en el ámbito de un procedimiento administrativo, en el ejercicio de competencias de un órgano de la Administración del Estado y en materia regulada por normas administrativas exclusiva y específicamente aplicables a los mutualistas de MUFACE, que son distintas de las normas que regulan las prestaciones de la Seguridad Social, por lo que no son aplicables los apartados o) y s) del art. 2 LRJS, por lo que, concluye, el control jurisdiccional debe residenciarse, por el art. 1 LJCA, en el orden contencioso-administrativo al estar ante pretensiones deducidas con relación a una actuación de una Administración Pública sujeta al Derecho Administrativo³.

¹ En tal sentido se pronuncia el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Donostia/San Sebastián, en el auto que declara su incompetencia.

² Argumentario de la Sala de lo Social del TSJ País Vasco.

³ Posición de la Fiscalía.

Siguiendo este criterio, el art. 37.1 del ya referido del RDLeg. 4/2000, de 23 de junio, señala que los actos de MUFACE, una vez agotada la vía administrativa, son recurribles ante el orden contencioso-administrativo, instrucción de recurso que se hizo específicamente la resolución impugnada. Ninguna duda deberíamos albergar acerca de las intenciones del legislador del 2011, al fijar tanto en la letra como en el espíritu de la LRJS, su voluntad inequívoca que la jurisdicción social fuese la única y excluyente en materia de competencia sobre cuantos asuntos de prevención de riesgos laborales se pudieran presentar y para cualquier trabajador, al margen de la naturaleza jurídica del vínculo de empleo que mantuviese. A tal fin no solo podemos apoyarnos en lo dispuesto por el artículo 2 e) de la LRJS, en relación con el artículo 9 de la Ley orgánica del poder judicial –LOPJ– y el artículo 3 a) de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa –LRJCA–, sino también en lo reflejado por el legislador en la exposición de motivos de la ley procesal. El legislador fue contundente asignando de forma plena a este orden, sin ningún tipo de exclusión, la materia de prevención de riesgos laborales. Así es el orden social el garante del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, incluso sin haber generado daños e incluyendo a los funcionarios o personal estatutario. La exposición de motivos de la Ley 36/2011 es lo suficientemente clara para conocer no solo la letra de la ley, sino también el espíritu de la norma y la voluntad clara del legislador. En el mismo sentido, viene reconociendo inequívocamente la jurisprudencia comunitaria, ante el deber de prevenir los riesgos profesionales no hay exclusión alguna atendiendo a la naturaleza del vínculo por el que se presta una actividad.

2. PEREGRINAJE DE JURISDICCIONES: REDIRIGIENDO LA BRÚJULA HACIA EL ART. 2.E) DE LA LRJS

Establecer, ampliar, racionalizar y definir con mayor claridad el ámbito de conocimiento del orden jurisdiccional social, fue uno de los propósitos prioritarios de la LRJS, tal y como proclama su exposición de motivos. Conjuntamente, también la norma vino a establecer la necesidad de consolidar el ámbito material del orden social tratando de evitar que la diversidad competencial de órdenes distintos, ofreciera soluciones heterogéneas ante las mismas pretensiones. La disgregación del conocimiento de determinadas y esenciales materias sociales entre diversas jurisdicciones distintas de la social, había derivado en el denominado «peregrinaje de jurisdicciones», en perjuicio de la efectiva protección de los derechos de las personas.

Pese a la voluntad del legislador, lo cierto es que las materias incluidas y excluidas del orden social, según la delimitación de la LRJS, han estado abiertas a constantes y continuas delimitaciones jurisprudenciales. Los ajustes del legislador

no han impedido los constantes retoques, impulsados unas veces por la doctrina y en la mayoría de los casos por la jurisprudencia. El legislador fue contundente asignando de forma plena a este orden, sin ningún tipo de exclusión, la materia de prevención de riesgos laborales. Así es el orden social el garante del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, incluso sin haber generado daños e incluyendo a los funcionarios o personal estatutario. La exposición de motivos de la Ley 36/2011 es lo suficientemente clara para conocer no solo la letra de la ley, sino también el espíritu de la norma y la voluntad clara del legislador.

La voluntad unificadora de la competencia en el orden social articulada por la Ley reguladora de la jurisdicción social abarcó no solo la prevención efectiva frente al riesgo de acoso moral, sino también a la protección frente a los daños derivados de su no prevención, incluyendo a trabajadores, funcionarios y personal estatutario. Un único marco normativo regulador debe deparar una única jurisdicción para garantizarla. Pero ni siempre, ni de forma constante han sido interpretadas las disposiciones del (art. 2 e) de la LRJS, tal y como nos acredita los esfuerzos de la Sala de Conflictos, poniendo armonía ante las notas disonantes de la jurisdicción social y la jurisdicción contencioso-administrativa, en los términos que exponemos.

Como primer ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4^a, 544/2018, de 17 de mayo, que se ampara en razones de justicia formalista para establecer límites a la competencia del orden social. Para la Sala Social, si el funcionario elige el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales, aunque invoque la violación de normativa preventiva del acoso moral como riesgo profesional que es, estaría obligado a suscitar el litigio ante la jurisdicción contenciosa (art. 2 f) LRJS), se vería excluido de la acción ante el orden social en favor de la contencioso-administrativa. El fallo no ha sido ajeno a la polémica, y la doctrina no ha dudado en destacarlo, calificándolo como parco, formalista, poco coherente y nada convincente⁴. Además contrario a los criterios del Tribunal Constitucional⁵ que desde el 2007 viene afirmando la íntima conexión entre la normativa de prevención de riesgos laborales y el derecho a la integridad personal ex artículo 15 de la Constitución española.

Por otro lado, y solo unos días previos al dictado del auto que traemos a nuestro comentario se dictó la STSJ de País Vasco, Sala de lo Social, de 2 de abril de 2019, rec. núm. 350/2019 previo acuerdo en Pleno no jurisdiccional, por el que se adoptó acuerdo expreso de la incompetencia de esta jurisdicción social para

⁴ Molina Navarrete, Cristóbal: “Incomprensible y erráticamente, la Sala Social del TS rechaza tutelar al funcionariado frente al riesgo laboral de acoso si también invocan derechos fundamentales: ¿para qué se hizo la reforma, entonces?” (<https://www.laboral-social.com/comentario-sts-544-2018-acoso-laboral-personal-estatutario-tutela-derechos-fundamentales-competencia-orden-contencioso-administrativo.html>).

⁵ Sentencia Constitucional Nº 160/2007, Tribunal Constitucional, Rec. Recurso de amparo 7142-2004 de 02 de Julio de 2007 y Nº 60/2007, Tribunal Constitucional, Rec. Recurso de amparo 1623-2002 de 27 de Marzo de 2007.

conocer de la pretensión de una funcionaria pública contra otras funcionarias, por más que se accione vía procedimiento ordinario (y no de tutela de derechos fundamentales) frente a la Administración pública por razón del incumplimiento de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, entendiendo el tribunal que la demanda de funcionaria a funcionaria es competencia de la jurisdicción contencioso administrativa. En una evidente consagración del peregrinaje de jurisdicciones, considera que sí es competente el Orden Social para conocer de la demanda frente al Departamento de Educación por haberse actuado en procedimiento ordinario. Entiende la Sala que el Departamento de Educación tuvo un comportamiento pasivo y no adoptó medida alguna, pues no cabe colocar a los trabajadores y al empleador en un mismo plano en materia preventiva, sin que pueda exonerarse la empleadora de sus obligaciones en esta materia por el hecho de contar con instrumentos válidos para evitar o gestionar este tipo de situaciones cuando la realidad demuestra que no se utilizaron adecuadamente. Se impone una indemnización de 10.000€ por daños morales. El voto particular del magistrado Sesma de Luis, pone en evidencia las contradicciones del fallo frente al que discrepa, mostrando el absurdo jurídico de que los mismos hechos y causa de pedir, deriven el conocimiento a dos jurisdicciones diferentes, tan solo porque la acción se ejerza entre funcionarios públicos y no frente a la Administración que como bien se destaca sólo puede actuar frente a la demandante a través del quehacer de las concretas personas físicas de sus funcionarios.

Buena prueba de que el norte jurisprudencial no ha quedado fijado con claridad la encontramos en esta permanente necesidad de redirigir la brújula. La Sala Especial de Conflictos de Competencia, hace un nuevo intento al respecto poniendo orden entre órdenes jurisdiccionales, utilizando argumentos tan jurídicos como lógicos, amparados en la letra y en el espíritu de la norma, en un evidente esfuerzo de interpretación integradora. El punto de partida no es otro que la propia exposición de motivos de la norma rituaría, que no oculta el firme propósito del legislador por racionalizar la distribución competencial entre los distintos órdenes jurisdiccionales en el ámbito de los accidentes de trabajo y en el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, aun cuando no se hayan derivado daños concretos por tales incumplimientos. Esta asignación de competencias se efectúa con carácter pleno, incluyendo a los funcionarios o personal estatutario, quienes plantearan, en su caso, sus reclamaciones ante el orden jurisdiccional social en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena.

Ni el apartado s) ni el o) del art. 2 desautorizan el conocimiento del orden social en cuestiones litigiosas promovidas en el ámbito de la prevención de riesgos laborales frente a otros sujetos obligados legal o convencionalmente, así como para conocer de la impugnación de las actuaciones de las Administraciones públicas en dicha materia respecto de todos sus empleados, bien sean éstos funcionarios, personal estatutario de los servicios de salud o personal laboral, que podrán ejercer

sus acciones, a estos fines, en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena, incluida la reclamación de responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales que forma parte de la relación funcional, estatutaria o laboral; y siempre sin perjuicio de las competencias plenas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones.

Desde el enfoque prevencionista encuentra la Sala, la afirmación de la competencia en el orden social toda vez que la incapacidad laboral transitoria derivó de una enfermedad profesional o accidente de trabajo nacida desde una situación de acoso laboral y hostigamiento que, a su entender, emergió ante posibles infracciones en materia de prevención de riesgos laborales.

La solidez del argumento, solventa el conflicto sin encontrar un solo argumento que permita excluir la competencia con base en el art. 3.f) de la LRJS, al mismo tiempo se ve reforzado en la evitación del peregrinaje de jurisdicciones. La Sala se pregunta qué ocurriría después de impugnar la contingencia, si la funcionaria decidiera formalizar una reclamación de daños y perjuicios derivados de la enfermedad profesional que tiene su origen en la infracción de normativa de prevención. Estaríamos claramente en la competencia del orden social, lo que más aun confirma a la Sala en la necesidad de evitar que sobre la misma fundamentación infractora, no sean distintas jurisdicciones las que resuelvan el conflicto

3. UNA VALORACIÓN FINAL ESPERANZADA

Es evidente que la labor integradora de la jurisprudencia nace de la práctica legislativa que genera poca precisión en la norma, bien sea fruto de la precipitación de la técnica legislativa, o bien aparecen de forma no intencionada fruto de la complejidad de la materia y como muestra un botón, el art. 2 de la LRJS. Quizás debemos empezar a admitir que el artículo 2 de la LRJS no solo no está acabado, sino que parece estar bajo el amparo de algún conjuro que lo convierte en «inacabable», quedando permanentemente abierto a su principal protagonista-destinatario: el propio sentir del orden social en torno a cuál debe ser su competencia en cada tiempo.

Constatada la interpretación integradora, efectuada por la Sala de Conflictos del TS, sólo podemos mostrar nuestra adhesión al criterio y asistir esperanzados a que consolide el papel del juez social, como el responsable máximo y único de cuantas materias afecten directa o indirectamente a la prevención de riesgos laborales y desde cualquier forma de prestación de servicios en el ámbito de un empleador, ya sea laboral, funcional o estatuario. De la misma forma, debemos seguir esperanzados en que cada vez sean menos los pronunciamientos de la Sala Cuarta del TS o de los TSJ que nos aparten de este camino, en los términos de

pronunciamientos como la Sentencia del Tribunal Supremo 544/2018, de 17 de mayo o la STSJ de País Vasco, Sala de lo Social, de 2 de abril de 2019.

Reconociendo el grave problema que, tanto para las Administraciones públicas como para las empresas, supone convivir y gestionar el acoso en el trabajo, asumido desde todos los niveles como un riesgo de naturaleza psicosocial, las previsiones del art. 2.e) se convierten en un precepto de exacerbada actualidad, transformado en el auténtico talón de Aquiles del ámbito competencial laboral. Son demasiados pronunciamientos y demasiadas digresiones interpretativas las que nos hacen estar expectantes ante los nuevos pronunciamientos. La línea mantenida por la Sala de Conflictos, es ilusionante, si el TS está dispuesto a persistir en ella y a eliminar tentaciones disgregadoras de lo que es la letra y el espíritu de la norma que anidan en la exposición de motivos de la LRJS. En esta corriente alentadora, ayuda de forma decidida la reciente STS, Sala Cuarta, 483/2019, de 24 de junio, que corrigiendo la posición de la Audiencia Nacional⁶, afirma el carácter pleno de la competencia del orden jurisdiccional social en materia de protección de riesgos laborales de jueces y magistrados lo que implica que cualquier actuación del CGPJ en materia de prevención de riesgos laborales, la realiza a modo de empresario en alegado cumplimiento de la LPRL, lo que determina la competencia del orden social. Pronunciamiento que bien merece otra entrada.

Si bien es cierto que la imperfección parece formar parte irrenunciable de la norma, solo nos queda esperar que el intérprete judicial, sea capaz de integrar el texto legal que analiza para dirimir su aplicación al caso concreto, mediante el uso de una adecuada técnica interpretativa, esperando de este haga gala de su plena pericia interpretativa.

⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional 25/2018, de 12 de febrero (proc. 251/2017)

4

Reseña de Legislación

RESEÑA DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: JULIO-SEPTIEMBRE DE 2019

Ley 3/2019, de 22 de julio, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2019. Organismo: Presidencia (Boletín número 141 de 24/07/2019)

Decreto 521/2019, de 23 de julio, por el que se regula la prestación de la asistencia dental a las personas de 6 a 15 años protegidas por el Sistema Sanitario Público de Andalucía. Organismo: Consejería de Salud y Familias (Boletín número 145 de 30/07/2019)

Orden de 27 de junio de 2019, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva del Programa de estímulo a la creación y consolidación del trabajo autónomo en Andalucía y se modifica la Orden de 21 de septiembre de 2018, por la que se establecen las bases reguladoras del Programa de emprendimiento, segunda oportunidad y estabilización económica de las empresas de trabajo autónomo. Organismo: Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo (Boletín número 124 de 01/07/2019)

Orden de 3 de julio de 2019, por la que se convocan para el ejercicio 2019 las ayudas previstas en la Orden de 20 de febrero de 2017, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia competitiva, dirigidas al fomento de los servicios turísticos y creación de nuevos productos, en sus modalidades de crecimiento y consolidación de las empresas turísticas (Modalidad Pymetur) y creación de nuevas empresas turísticas (Modalidad Empreneur). Organismo: Consejería de Turismo, Regeneración, Justicia y Administración Local (Boletín número 136 de 17/07/2019)

Orden de 4 de julio de 2019, por la que se convocan para el ejercicio 2019 las ayudas previstas en la Orden de 27 de julio de 2017, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia no competitiva, a los Municipios Turísticos de Andalucía. Organismo: Consejería de Turismo, Regeneración, Justicia y Administración Local (Boletín número 136 de 17/07/2019)

Orden de 25 de julio de 2019, por la que se establece la distribución de las cantidades a percibir por las entidades locales para la financiación de los servicios sociales comunitarios en Andalucía, correspondientes al ejercicio presupuestario

2019. Organismo: Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación (Boletín número 146 de 31/07/2019)

Orden de 30 de julio de 2019, por la que se aprueba y publica el instrumento para la valoración de la gravedad de las situaciones de riesgo, desprotección y desamparo de la infancia y adolescencia en Andalucía (VALÓRAME). Organismo: Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación (Boletín número 152 de 08/08/2019)

Acuerdo de 26 de junio de 2019, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del Plan Estratégico para la Igualdad de Mujeres y Hombres en Andalucía 2020-2026. Organismo: Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación (Boletín número 125 de 02/07/2019)

Acuerdo de 16 de julio de 2019, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del III Plan Andaluz de Cooperación para el Desarrollo. Organismo: Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación (Boletín número 143 de 26/07/2019)

Resolución de 1 de agosto de 2019, de la Secretaría General de Empleo y Trabajo Autónomo, por la que se convoca la concesión de ayudas de la medida de impulso del asociacionismo destinada a la financiación parcial de los gastos de funcionamiento de las asociaciones de personas trabajadoras autónomas, para facilitar el cumplimiento de los fines que le son propios, de la línea 4, promoción del trabajo autónomo, regulada en la Orden de 2 de diciembre de 2016, por la que se establecen las bases reguladoras del programa de apoyo a la creación, consolidación y mejora de la competitividad de las empresas de trabajo autónomo. Organismo: Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo (Boletín número 520 de 02/08/2019)