

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 trabajador”³⁶. 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.