Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social

Serie

Derecho Social Internacional y de la Unión Europea

154

2022

GOBIERNO DE ESPAÑA

VICEPRESIDENCIA SEGUNDA DEL GOBIERNO

MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL

Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social

CONSEJO EDITORIAL

Equipo editorial

• **Directora**

Consolación Rodríguez Alba. *Secretaria General Técnica. Ministerio de Trabajo y Economía Social.*

• **Subdirector**

José Antonio Fernández Mahillo. *Subdirector General de Informes, Recursos y Publicaciones. Ministerio de Trabajo y Economía Social.*

Consejo asesor

Antonio Baylos Grau, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Castilla-La Mancha.*

Joaquín Pérez Rey, *Secretario de Estado de Empleo y Economía Social.*

Carmen Sáez Lara, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Córdoba.*

Verónica Martínez Barbero, *Directora General de Trabajo.*

María Pilar Alguacil Marí, *Catedrática de Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Valencia.*

Maravillas Espín Sáez, *Directora General de Trabajo Autónomo, de la Economía Social y de la Responsabilidad de las Empresas.*

Margarita Isabel Ramos Quintana, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna.*

Lourdes Arastey Sahún, *Magistrada de la Sala Cuarta de lo Social. Tribunal Supremo.*

Eduardo Rojo Torrecilla, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona.*

Wilfredo Sanguineti Raymond, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Salamanca.*

Carolina Martínez Moreno, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo.*

Secretaría
Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones
del Ministerio de Trabajo y Economía Social
Agustín de Bethencourt, 11
28003 Madrid
Telfs: 91 363 23 05 / 03
Fax: 91 363 23 49
Correo Electrónico: proproeditorial@mites.gob.es
Internet: https://www.mites.gob.es/es/revistaministerio/

La Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social
no se responsabiliza de las opiniones expresadas
por los autores en la redacción de sus artículos.

Esta obra se edita bajo licencia Creative Commons by-nc 4.0.
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.es

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado
https://cpage.mpr.gob.es

Normas de publicación
https://www.mites.gob.es/es/revistaministerio/normas/index.htm

Suscripciones
https://www.mites.gob.es/es/revistaministerio/suscripciones/index.htm

Edita y distribuye:
Ministerio de Trabajo y Economía Social
Subdirección General de Informes,
Recursos y Publicaciones
Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid
NIPO Papel: 117-20-031-8
NIPO PDF: 117-20-033-9
ISSN Papel: 2660-4647
ISSN Electrónico: 2660-4655
Depósito legal: M-12.168-1998
Diseño cubierta: CSP
Diseño interior: C & G
Imagen de portada: Erich Westendarp en *Pixabay*
Imprime: Estilo Estugraf Impresores, S.L. • Telf. 91 808 62 00

Revista del Ministerio
de Trabajo y Economía Social

SUMARIO

EDITORIAL, *Carmen Sáez Lara, 9*

I. ESTUDIOS

Diligencia debida y derechos humanos laborales en la Propuesta de Directiva de la Comisión Europea. *Wilfredo Sanguineti Raymond* y *Rosa María Morato García, 17*

Ratificación del Convenio 190 OIT sobre violencia y acoso en el trabajo: impacto en el ordenamiento español y propuestas para su cumplimiento. *Sofía Olarte Encabo, 47*

Tiempo de trabajo y desconexión digital. Hacia una nueva ordenación a partir de la normativa comunitaria y su interpretación judicial. *Mª de los Reyes Martínez Barroso, 69*

Teletrabajo internacional: transnacional y móvil (o nomadismo digital internacional). *Francisca Fernández Prol, 97*

La gobernanza social en la UE a través de una década de funcionamiento del Semestre Europeo. *Laura Gómez Urquijo, 125*

Los derechos de conciliación corresponsable en el derecho español a la luz de la Directiva 2019/1158. *Sarai Rodríguez González,* 141

Condiciones laborales transparentes y previsibles en la Directiva (UE) 2019/1152. *Gratiela-Florentina Moraru,* 181

Digitalización, información, democratización. *Stefano Bini,* 207

El impacto de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. *Ivan Antonio Rodríguez Cardo,* 227

II. JURISPRUDENCIA

Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia durante los años 2021 y 2022. *José María Miranda Boto,* 255

Journal of the Ministry
of Labour and Social Economy

CONTENTS

EDITORIAL, *Carmen Sáez Lara, 9*

I. STUDIES

Due diligence and human rights at work in the Commission's Proposal for a Directive. *Wilfredo Sanguineti Raymond* and *Rosa María Morato García, 17*

Ratification of Convention 190 ILO on violence and harassment at work: impact on the Spanish legal system and proposals for your compliance. *Sofía Olarte Encabo, 47*

Working time and digital disconnection. Towards a new regulation based on community legislation and its judicial interpretation. *Mª de los Reyes Martínez Barroso, 69*

International telework: transnational and mobile (or international digital nomadism). *Francisca Fernández Prol, 97*

Social governance in the EU through a decade of operation of the European Semester. *Laura Gómez Urquijo, 125*

Co-responsibility rights in spanish law in light of Directive 2019/1158.
Sarai Rodríguez González, 141

Transparent and predictable working conditions in Directive (EU) 2019/1152.
Gratiela-Florentina Moraru, 181

Digitalisation, information, democratisation. *Stefano Bini,* 207

The impact of the European Court of Human Rights on the case law of the Social Chamber of the Spanish Supreme Court. *Ivan Antonio Rodríguez Cardo,* 227

II. CASE LAW

Review of the case law of the Court of Justice for the years 2021 and 2022.
José María Miranda Boto, 255

Editorial

Editorial

CARMEN SÁEZ LARA*

1. Entre las estrategias dirigidas al reforzamiento de la dimensión social de la Unión Europea, destaca la iniciativa SIP (*Social Imbalance Procedure*), que pretende construir un sistema de indicadores sociales de control anual con el fin de detectar posibles desequilibrios en el ámbito social, un terreno que abarca el empleo, la educación, la protección y los derechos sociales. La iniciativa de crear este mecanismo, que pretende, además, evitar posibles divergencias entre las magnitudes sociales de los Estados Miembros y de la Unión Europea (UE), fue anunciada por Bélgica y España en la Cumbre Social de Oporto en mayo de 2021 y constituye una ambiciosa propuesta para mejorar la gobernanza del Semestre Europeo y reforzar su dimensión social. En la Cumbre Social de Oporto, se reconoce el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales como un elemento fundamental de la recuperación frente a los retos socioeconómicos planteados por la crisis de la pandemia de COVID-19, que la actual invasión rusa de Ucrania ha agravado. Por ello, es imprescindible seguir profundizando en su aplicación, tanto a través de la aplicación del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, como de otros fondos de la UE.

El objetivo es que el procedimiento de desequilibrio social se establezca para el próximo ciclo del Semestre de la UE (noviembre de 2022), lo que puede ayudar a integrar el Pilar Europeo de Derechos Sociales (PDS) en el futuro marco de gobernanza económica de la Unión. Además, de adoptarse, el SIP permitiría reforzar el componente social del Semestre Europeo, al contemplarse un debate anual sobre posibles divergencias sociales en la UE, que validaría políticamente este mecanismo.

Hasta la fecha, existe cierto consenso en utilizar los instrumentos de seguimiento multilateral del Semestre Europeo para la introducción de este mecanismo. En este sentido, la Resolución de la Confederación Europea de Sindicatos, adoptada en la reunión del Comité Ejecutivo de 16-17 de marzo de 2022, afirmaría que, para identificar y medir los desequilibrios sociales, el marco más probable y realista es el Pilar Europeo de Derechos Sociales, y su Cuadro de Indicadores Sociales. El Semestre Europeo, como se sabe, integró además de los principios y derechos del PDS, su herramienta de supervisión, el cuadro de indicadores sociales, que se completaría, en 2021, con el cuadro de indicadores sociales revisado establecido por el Plan de Acción para la aplicación del PDS. En el conjunto de indicadores sociales revisado se incluyen ahora criterios

* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Córdoba.

que permiten captar dimensiones importantes, como el aprendizaje de adultos, la integración en el mercado laboral de las personas con discapacidad, el riesgo de pobreza, la exclusión social de los niños y el sobrecoste de la vivienda. Igualmente, hay que atender ya al cuadro de Indicadores de Recuperación y Resiliencia que, por ejemplo, tienen en cuenta el gasto social de los Estados.

Ahora bien, no puede ignorarse el dato de que los citados indicadores revisados tienen por objetivo supervisar los avances en la aplicación de los principios y derecho sociales, como parte del marco de coordinación de políticas, en el contexto del Semestre Europeo y, sin embargo, en la iniciativa SIP los indicadores sociales estarían dirigidos a detectar los desequilibrios sociales (empleo, educación, protección y derechos sociales).

De otra parte, como señalaría la citada confederación, no todos los principios del PDS están cubiertos por los referidos indicadores. El cuadro está construido teniendo como referencia principal la persona. Por eso, el cuadro de indicadores insiste en la igualdad de oportunidades, la educación de calidad, el buen desempeño del mercado de trabajo, los ingresos de los hogares, los ingresos mínimos, la lucha contra la pobreza, la vivienda, etc. Pero indicadores cruciales como la estabilidad del empleo, el tiempo de trabajo, los niveles salariales, la cobertura de la negociación colectiva y la calidad de los empleos o los niveles de las pensiones están ausentes o infrarrepresentados.

Además, se ha planteado la necesidad de definir con precisión el concepto de desequilibrio social y de establecer sinergias entre el SIP y el mecanismo de detección de los desequilibrios macroeconómicos. En efecto, la prevención y corrección de los desequilibrios sociales debe contar con un marco regulador, al igual que existe para los desequilibrios macroeconómicos, ámbito en el que el Reglamento (UE) nº 1176/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, define los conceptos de "desequilibrios" y "desequilibrios excesivos", que han exigido una interpretación económica para evaluar la presencia de tendencias y vulnerabilidades insostenibles que, de no corregirse, pueden tener repercusiones perjudiciales para la estabilidad macroeconómica del propio país, de la zona del euro o de la UE.

Por último, hemos de destacar que, para el avance de la iniciativa SIP y para el desarrollo de la dimensión social del Semestre de la UE, es preciso reforzar las normas mínimas de la UE a los efectos de lograr una auténtica convergencia ascendente mediante la coordinación de las políticas económicas y sociales de la UE.

2. En este contexto, el presente número de la Revista sigue avanzando en el estudio de los instrumentos internacionales y del Derecho Social de la Unión Europea más relevantes para la tutela de los derechos de las personas trabajadoras. Los trabajos que se presentan abordan, fundamentalmente, tanto el análisis de la normativa europea que ya ha sido objeto de trasposición, como propuestas de Directiva.

Si, como acabamos de afirmar, el desarrollo de la dimensión social del Semestre de la UE significa también reforzar las normas mínimas de la UE, el establecimiento de normas mínimas de la UE es urgente para la interiorización de los derechos laborales en la gestión de las empresas con proyección transnacional. A estos efectos, ha sido determinante la progresiva consolidación de la diligencia debida como estándar normativo para la gestión responsable de las cadenas globales de producción. El profesor Wilfredo Sanguineti Raymond y la profesora Rosa María Morato García (Diligencia debida y derechos humanos laborales en la propuesta de Directiva de la Comisión Europea) analizan, desde esas premisas, el contenido de la Propuesta de Directiva sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, con especial atención a la protección de los derechos humanos en el trabajo. El proyecto de texto articulado, afirman los autores,

representa un sustancial avance en el terreno de la diligencia debida obligatoria. La aprobación finalmente de una Directiva por la que se confiera carácter obligatorio a la diligencia debida en materia de derechos humanos representará un hito en el camino hacia una globalización más justa. El proyecto presenta, no obstante, aspectos susceptibles de mejora y puntos débiles, puestos de manifiesto en el estudio que aquí se presenta.

La profesora Sofía Olarte Encabo (Ratificación del Convenio núm. 190 OIT sobre violencia y acoso en el trabajo: Impacto en el ordenamiento español y propuestas para su cumplimiento) analiza los distintos contenidos del Convenio 190 de la OIT, desde la perspectiva de su impacto en el ordenamiento interno, en orden a detectar los cambios normativos requeridos para cumplir con las exigencias de este, una vez ha sido ratificado (en vigor en España el 25/5/2023). Propone la autora la adopción de una "ley sobre eliminación de toda forma de violencia y acoso en el mundo del trabajo" que mejore un marco normativo disperso, la definición diferenciada de violencia y acoso y de todos los tipos de acoso, pues, como se sabe, el acoso moral o *mobbing,* hasta ahora, no ha sido conceptualizado en una ley. Esta ley nacional delimitará novedosamente su ámbito aplicativo, coherentemente con lo establecido en el Convenio, en su dimensión subjetiva y los diversos aspectos del ámbito objetivo (el trabajo), concretamente en sus dimensiones espaciales y temporales, en lo que conforma el denominado "mundo del trabajo". Además, se recomiendan otros cambios sustantivos necesarios en tutela preventiva y políticas públicas de formación, prevención y sensibilización para un mayor grado de garantía del desarrollo legislativo interno requerido por el Convenio.

El actual contexto de las relaciones laborales, del sistema productivo y de la economía, son muy diferentes a los existentes hace casi dos décadas cuando se promulgo la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, por lo que este molde normativo, sin duda necesario, cada vez encaja más difícilmente en las nuevas formas de trabajo, especialmente en las que incorporan procesos de digitalización. Como pone de manifiesto la profesora Mª de los Reyes Martínez Barroso (Tiempo de trabajo y desconexión digital. Hacia una nueva ordenación a partir de la normativa comunitaria y su interpretación judicial), el estancamiento de la iniciativa reformista de la Directiva ha incrementado los conflictos en torno a su interpretación y ha generado un abundante *corpus* de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, como es sabido, no deja de crecer (sobre guardias en régimen de disponibilidad no presencial, trabajo nocturno, descanso diario o registro de jornada) y que es analizado con detalle en su trabajo. El estudio se extiende además al derecho a la desconexión digital, pues resulta imprescindible detectar y prevenir los riesgos emergentes que genera la hiperconectividad (fundamentalmente tecnoestrés o fatiga informática) y donde la autora presagia un incremento de la conflictividad laboral, dadas las escasas certezas que aporta el exiguo marco jurídico español sobre prevención de riesgos en el trabajo a distancia en general, y en el teletrabajo, en particular.

La profesora Francisca Fernández Prol (Teletrabajo internacional: transnacional y móvil o nomadismo digital internacional) analiza el fenómeno del teletrabajo internacional, definiendo la referida categoría y sus diversas manifestaciones, visibiliza sus disfunciones y efectúa propuestas de *lege ferenda*. El estudio de la normativa internacional y europea sobre el teletrabajo, le permite identificar el "teletrabajo internacional", y dos subespecies, el teletrabajo transnacional y el teletrabajo internacional móvil, conformando este último, a su vez, una de las posibles materializaciones del denominado nomadismo digital internacional. La sujeción, con carácter general, al Derecho del Estado en que se prestan físicamente los servicios y, a la postre, la infraprotección de los teletrabajadores internacionales, así como el

efecto de *dumping* social llevan a la autora a formular diversas propuestas normativas en el marco europeo. Entre otras, se propone, por ejemplo, la articulación de una norma especial, que, emulando lo dispuesto en materia de desplazamientos temporales, permita la aplicación al teletrabajador internacional de condiciones de trabajo contempladas por el Derecho del Estado en que se halle la empresa receptora de los servicios.

La profesora Laura Gómez Urquijo (La gobernanza social en la UE a través de una década de funcionamiento del semestre europeo) analiza si el Semestre Europeo es un instrumento adecuado de gobernanza social y si ha habido una evolución en su década de funcionamiento. La autora considera que el Pilar Europeo de Derechos Sociales no mejora la gobernanza social y es ante el estallido de la pandemia donde el Semestre Europeo alcanza su mayor protagonismo como instrumento de gobernanza social. El marco es completamente diferente desde el momento en que se activa la cláusula de salvaguarda del Pacto de Estabilidad y se suspenden las reglas fiscales, se reequilibra el peso de lo económico y lo social en el Semestre, abriéndose una puerta a otros cambios a través del Mecanismo de Reconstrucción y Resiliencia (MRR). En definitiva, se concluye que el cumplimiento de los objetivos sociales va a ser esencial para el desembolso de los fondos que van a recibir los Estados y esto supone un avance de calado dentro del funcionamiento del Semestre en el que se integra el MRR.

Un importante refuerzo de la dimensión social de la UE lo constituye la Directiva 2019/1158, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, el primer instrumento normativo que aborda explícitamente la conciliación desde la perspectiva de la corresponsabilidad. Como afirma la profesora Sarai Rodríguez González (Los derechos se conciliación corresponsable en el derecho español a la luz de la Directiva 2019/1158), esta norma genera un cambio de perspectiva, permitiendo que los cuidados y las responsabilidades de cuidado se perciban como una parte integral e inevitable de la vida de las personas trabajadoras. En la transposición de la Directiva 2019/1158, España se enfrenta al reto de revisar su regulación interna sobre permisos parentales, para cuidadores o por fuerza mayor familiar, y las fórmulas de trabajo flexible, así como a los requerimientos de promoción de utilización y disfrute equilibrado de los derechos que favorezca la corresponsabilidad. Además, el siguiente paso en esta senda debe dirigirse a materializar los objetivos de corresponsabilidad institucional, favoreciendo la participación de las mujeres en el mercado de trabajo a través de la creación de una red de servicios atención menores y familiares dependientes, de calidad y asequibles.

El primer avance en el desarrollo del Pilar Europeo de Derechos Sociales lo constituye la Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes en la Unión Europea. Como aclara la profesora Gratiela-Florentina Moraru (Condiciones laborales transparentes y previsibles en la Directiva (UE) 2019/1152), esta Directiva viene a consolidar la confianza en el proyecto europeo y restituir algunos de los derechos laborales de las personas trabajadoras, aquellos derechos que hacen posible poder hablar de una ciudadanía social. Para su trasposición, el anteproyecto de ley, sometido a consulta pública, prevé unos derechos informativos acordes a las nuevas realidades empresariales en los términos dictados por la Directiva 2019/1152. Destaca el abordaje de los medios de comunicación digitales, o la toma de posición respecto al trabajo a llamada (art. 10.3). Es preciso dar la necesaria trascendencia a la garantía del derecho de previsibilidad de las condiciones de trabajo ante las nuevas estructuras empresariales y nuevos hábitos de consumo. El mandato de transposición requiere cambios, que se proponen en el presente trabajo, en el Estatuto de los Trabajadores (ET) y en el Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el art. 8, apartado 5 ET, en materia de información a las personas trabajadoras sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo.

El impacto laboral de la transición digital y la democracia en la empresa son abordados por el profesor Stefano Bini (Digitalización, información democratización). El estudio propone un razonamiento en torno a la relación entre digitalización del trabajo y participación de las personas trabajadoras, con especial referencia al perfil específico de la transparencia sobre los mecanismos de funcionamiento de los algoritmos y de los sistemas de inteligencia artificial aplicados a la organización del trabajo. En este sentido, se ha querido centrar la atención en los derechos de información y consulta, sobre "contenidos digitales". El autor propone el "levantamiento del velo digital en el trabajo", es decir, la información de la representación de las personas trabajadoras, sobre el núcleo más oscuro de la digitalización (es decir los algoritmos). Esta será la vía maestra para la consecución de un renovado planteamiento de la democracia en el trabajo, una renovación que supone, necesariamente, una corrección y un reequilibrio de la acentuada asimetría informativa, propia de la relación laboral digital.

El profesor Iván A. Rodríguez Cardo (El impacto de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo) desarrolla un estudio con la finalidad detectar los ámbitos donde la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se ha apoyado en la doctrina del Tribunal de Estrasburgo, identificando en qué materias esas sentencias han motivado un cambio de criterio. Téngase en cuenta, advierte el autor, que el impacto de las sentencias del TEDH es cada vez mayor en los ordenamientos nacionales, pues, por un lado, el número de asuntos que conoce ha crecido y, por otro, sus argumentos y fallos disfrutan de más publicidad gracias a las nuevas tecnologías, lo que, unido a cierta «superioridad moral» -y al impulso del control de convencionalidad-, obliga a adaptar las normas e interpretaciones de los distintos Estados con el fin de acomodarlas a su doctrina y, en último término, al Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal Supremo puede, en definitiva, jugar un papel muy relevante en esa acomodación, como un actor que contribuya a la recepción y a la efectividad de la doctrina del TEDH.

La Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia durante los años 2021 y 2022 elaborada por el profesor José María Miranda Boto clausura este número de la revista, como viene siendo la regla en los números de esta Serie. Su trabajo recoge los pronunciamientos más importantes, sentencias, en su mayoría, del Tribunal de Justicia durante 2021 y el primer semestre de 2022. La reseña que, como el autor aclara no es exhaustiva, se centra en las cuestiones prejudiciales que más relevancia pueden tener en España. Por ese motivo, se ha otorgado especial extensión a las cuestiones planteadas por órganos judiciales españoles, que incluyen entre sus contenidos principales la libre circulación de trabajadores en el empleo público, la igualdad entre mujeres y hombres en materia de Seguridad social y el empleo protegido de discapacitados. En los casos suscitados en otros países, se ha buscado, en la medida de lo posible, señalar posibles repercusiones en el Derecho español. Se han excluido de la crónica las sentencias relativas a la Directiva 1999/70/CE por su general conocimiento y tratamiento en otras fuentes más detalladas.

3. El presente número de la Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social, dentro de la Serie Derecho Social Internacional y de la Unión Europea, asume una vez más el objetivo de contribuir desde el mundo académico al trabajo legislativo de trasposición del Derecho de la Unión y de cumplimiento de los compromisos internacionales, suscritos por España y al mismo tiempo de impulsar el avance del derecho social internacional y europeo. La necesidad de un marco de protección jurídica social de dimensión transnacional, en el contexto de globalización económica, hacen imprescindibles análisis sociales desde la perspectiva internacional. El reforzamiento de la dimensión social europea también precisa de la investigación social y jurídica sobre los instrumentos establecidos al efecto. El alto grado de especialización de las personas autoras de estos trabajos y el esfuerzo científico plasmado en ellos, garantizan la solvencia de sus propuestas y recomendaciones.

I. Estudios

Diligencia debida y derechos humanos laborales en la Propuesta de Directiva de la Comisión Europea*

Due diligence and human rights at work in the Commission's Proposal for a Directive

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND**
ROSA MARÍA MORATO GARCÍA***

https://doi.org/10.55617/revmites.26

Resumen: A partir de un detenido estudio en torno a la importancia de la noción de la diligencia debida para un adecuado desarrollo de las actividades empresariales en el espacio global, el presente artículo analiza el contenido de la Propuesta de Directiva sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, con especial atención a la protección de los derechos humanos en el trabajo. El texto elaborado por la Comisión Europea parte de la consideración de los procesos de diligencia debida como una obligación de las empresas, cuya aplicación se extiende a todas las entidades integradas en su cadena de valor de manera "estable". En este contexto, las reglas en materia de responsabilidad civil constituyen el elemento más innovador de la Propuesta, pues se establece una vinculación directa entre el incumplimiento de los deberes empresariales y la responsabilidad civil relativa a los impactos adversos que pudieran materializarse. No obstante, ello no impide abordar las dificultades que afectan a la tramitación y resolución de procedimientos judiciales suscitados con ocasión de los daños a los derechos humanos laborales en otros continentes. En definitiva, puede afirmarse que el proyecto de texto articulado representa un sustancial avance en el terreno de la diligencia debida obligatoria que sujeta el desarrollo de las actividades empresariales en el espacio global, si bien presenta aspectos susceptibles de mejora y puntos débiles respecto de las recomendaciones formuladas anteriormente por el Parlamento Europeo, elementos todos ellos puestos de manifiesto en el estudio que aquí se presenta.

Palabras clave: Diligencia debida; derechos humanos laborales; empresas multinacionales; impactos adversos; responsabilidad civil; reparación efectiva.

Abstract: Based on a detailed study of the importance of the notion of due diligence by companies, this article analyses the content of the Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence, with special attention to the protection of human rights at work. The text drafted by the European Commission starts from the consideration of due diligence

* El presente artículo ha sido elaborado en régimen de coautoría. La redacción del primer apartado ha sido efectuada por Wilfredo SANGUINETI RAYMOND, mientras que el segundo apartado es realizado por Rosa Mª MORATO GARCÍA. La autoría del tercer apartado es compartida.

** Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Salamanca (wsr@usal.es).

*** Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo. Universidad de Salamanca (morato@usal.es).

processes as an obligation for companies, whose application extends to all companies in the value chain with established business relationship. In this context, the rules on civil liability are the most innovative element of the Proposal. A direct link is established between the breach of corporate duties and civil liability for adverse impacts. However, the difficulties of legal proceedings for human rights harms in other continents are also explored. It can be affirmed that the draft text represents a substantial advance in the field of mandatory due diligence requirements, although it does present aspects that could be improved and weak points with respect to the recommendations previously formulated by the European Parliament, all of which are highlighted in the study presented here.

Keywords: Due diligence; human rights at work; multinational enterprises; adverse impacts; civil liability; effective remedy.

1. EL ASCENSO DE LA DILIGENCIA DEBIDA COMO PRINCIPIO REGULADOR DE LA CONDUCTA EMPRESARIAL

En poco más de diez años, la diligencia debida se ha convertido en la piedra angular del marco jurídico internacional en construcción para la regulación del comportamiento de las empresas, y en especial de las de dimensión transnacional, en materia de derechos humanos[1]. Al extremo de poderse decir que esta constituye en la actualidad el estándar universalmente aceptado de medición del cumplimiento por parte las mismas de sus obligaciones internacionales y un instrumento imprescindible para la gestión de los riesgos de afectación de esos derechos asociados al desarrollo de sus actividades[2].

El lanzamiento de esta noción, llevado a cabo en 2011 por los *Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos* más como expresión de una aspiración de la comunidad internacional que como una obligación jurídica[3], responde a una doble convicción. La de que la mejor –o quizá la única– manera de promover la vigencia de los derechos humanos en el espacio económico global es recabando el compromiso de las propias empresas que operan en este, antes de nada. Pero también la de que esta es una tarea que no puede ser abandonada a la sola iniciativa de estas empresas, como hasta entonces venía ocurriendo, sino que precisa de instrumentos que la impulsen, ordenen y encaucen. Como tal, supone la ratificación de la estrategia de utilización del poder privado de las grandes empresas como herramienta de tutela de los derechos humanos, originalmente impulsada en relación con los derechos laborales por las grandes marcas mundiales, y la pretensión de proyectar su aplicación al entero espacio de los derechos humanos. Paralelamente, conlleva una rectificación de la concepción exquisitamente voluntaria de esa clase de prácticas, mantenida por los defensores del modelo de la responsabilidad social corporativa.

La introducción de la diligencia debida como principio regulador expresa, de tal modo, la voluntad de ordenar y dirigir la actuación de las empresas, y singularmente de las que se sitúan al frente de procesos productivos globales, hacia una praxis atenta al posi-

[1] MARTÍN-ORTEGA, O., "Human rights due diligence for corporations: from voluntary standards to hard law al last?, *Netherlands Quartely of Human Rights*, 2013, vol. 31/4, pp. 50.

[2] MARTIN-CHEMUT, K., "Devoir de vigilance: internormativités et durcissement de la RSE", *Droit Social*. N. 10, 2010, pp. 799-800.

[3] Nuevamente, MARTÍN-ORTEGA, O. "La diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos: un nuevo estándar para una nueva responsabilidad", en ZAMORA CABOT, F. J., GARCÍA CÍVICO, J. y SALES PALLARÉS L. *La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de derechos humanos*, Ed. Universitaria de Alcalá, Alcalá de Henares, 2013, pp. 178-179.

ble impacto negativo de sus actividades sobre los derechos humanos, y dentro de ellos de los de naturaleza laboral, dando lugar a fórmulas de "autorregulación regulada"[4], que sean capaces de racionalizar el modelo productivo basado en la transferencia al exterior de los riesgos y la elusión de cualquier responsabilidad por las condiciones laborales ofrecidas por quienes con ellas colaboran, por el que se han venido rigiendo hasta el momento.

Como es sabido, el cometido de los Principios Rectores, aprobados por el Consejo de Derechos Humanos de dicha organización luego de un fatigoso proceso de preparación liderado por el Representante Especial John Ruggie, fue delinear un marco general dirigido a prevenir y remediar la materialización de atentados contra los derechos humanos con ocasión del desarrollo de las actividades empresariales, mediante la previsión de un conjunto de obligaciones y responsabilidades en cabeza tanto de los Estados como de las empresas, articulado en torno a tres pilares: la obligación de los primeros de proteger esos derechos, la responsabilidad de las segundas de respetarlos y el deber de ambos de garantizar a las víctimas la reparación de los abusos que puedan padecer. Dentro de este marco, la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se concreta no solo en el deber negativo de evitar "que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos", sino en la obligación positiva de "prevenir o mitigar" esas consecuencias negativas cuando se encuentren "directamente relacionadas con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlas"[5], debiendo poner en marcha un "proceso de diligencia debida" con el fin de diseñar y aplicar todas las medidas que resulten necesarias para alcanzar ese efecto, así como rendir cuentas de sus resultados[6].

Los Principios Rectores recurren de este modo a un concepto extraño a la protección de los derechos humanos, como es el de diligencia debida, a través del cual se apela a la actuación de las propias empresas antes que la de ningún agente externo a ellas, con el fin de convertirlo en la principal herramienta para asegurar el respeto de esos derechos, no solo en su espacio interno, sino en todas las actividades relacionadas con ellas. Lo cual es tanto como decir sobre sus cadenas mundiales de valor.

La noción de diligencia debida es capaz de remitir a procesos y valoraciones de muy distinta naturaleza según el ámbito al que sea aplicada y los propósitos perseguidos. En principio, a través de ella se alude a un deber de prudencia, representativo de una obligación de medios antes que de resultado, que requiere la aplicación de todas las medidas que resulten apropiadas para la consecución de un determinado objetivo. A su vez, por lo que a la práctica empresarial se refiere, la diligencia debida se relaciona con los procesos de investigación de hechos y recopilación de datos dirigidos a identificar y gestionar los riesgos asociados a una determinada transacción u operación mercantil, evitando que ocasionen perjuicios a la empresa[7]. Su traslado al campo de los derechos humanos conlleva, por ello, una mutación muy relevante de su naturaleza y función, en la medida en que su objetivo no es ya identificar y prevenir los riesgos que para la propia empresa puede suponer el desarrollo de sus actividades, así como la intervención en ellas de terceros, sino realizar esta doble operación en relación

[4] Así, BRINO, V., *Diritto del lavoro e catene globali del valore. La regolazione dei rapporti di lavoro tra globalizzasione e localismo*, GIAPPICHELLI Ed., Torino, 2020, p. 67; y BAZ TEJEDOR, J. A., "Acerca de la certidumbre jurídica del trabajo decente en las cadenas globales de valor", en SANGUINETI RAYMOND, W. y VIVERO SERRANO, J. (Dirs.), *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas globales de valor*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 89-137.

[5] Principio 13.

[6] Principio 15.

[7] QUIJANO, G. y LÓPEZ HURTADO, C., "Rise of Mandatory Human Rights Due Diligence: A Beacon of Hope or a Double-Edge Sword?", *Business and Human Rights Journal*, 2021, p. 2.

a los titulares de los derechos protegidos, poniendo en el centro de los procesos la tutela de los intereses de estos[8].

Los riesgos a cuya prevención se encamina la diligencia debida son, de tal forma, los relacionados con el impacto negativo de las actividades empresariales, y en especial de las de dimensión global, sobre los derechos humanos. El espacio de protección comprende todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Y entre ellos los de naturaleza laboral recogidos en los instrumentos y tratados internacionales sobre la materia y en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo[9].

La anterior es una prevención que deberá realizarse por medio de la puesta en marcha, según se ha indicado, de un "proceso de diligencia debida" encaminado a la consecución de un cuádruple objetivo: "identificar, prevenir, mitigar y responder" de los efectos adversos de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos (principio 17), cuya ejecución puede ser descompuesta en cuatro fases: a) "identificar las consecuencias negativas reales o potenciales" en las que pueda verse implicada; b) "integrar las conclusiones de sus evaluaciones de impacto" en sus procesos internos y "tomar las medidas oportunas"; c) "hacer un seguimiento de la eficacia" de estas; y d) informar de las mismas y sus efectos[10]. Lo cual supone que su observancia exige de las empresas una conducta proactiva y de compromiso con los derechos protegidos y sus titulares, que vaya más allá del deber de indemnizar los daños que hayan causado, para anticiparse a su materialización en todos los espacios en los que se extiendan sus actividades, mediante la evaluación y eliminación de los riesgos que estas puedan ocasionar.

Este es un diseño que se irradiará con inusitada rapidez hacia los demás instrumentos internacionales dirigidos a promover una actuación respetuosa de los derechos humanos por parte de las empresas, mostrando poseer una capacidad de influencia muy superior al escaso valor normativo del instrumento que lo introdujo. De especial relieve resulta aquí su recepción, el mismo año 2011, por las *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, que optaron por esbozar un completo modelo de referencia para la ejecución por parte de las empresas de los procesos de diligencia debida. Otro tanto ocurrirá con la OIT, que se inclinará por considerar la realización de estos procesos como uno de los pilares de su política sobre la materia, recogiendo con ese propósito alusiones a los mismos tanto en su *Resolución relativa al Trabajo Decente en las cadenas mundiales de suministro* de 2016[11] como en la *Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social*, en este caso a partir de su reforma de 2017, mediante la cual esta organización se cuidó de destacar el papel nuclear que en estos casos corresponde al respeto de los derechos a la libertad sindical y la negociación colectiva[12]. El resultado será la consolidación de la estrategia de encauzamiento del poder privado de las empresas como instrumento de garantía de los derechos humanos, incluidos los de contenido laboral, al interior de los procesos globales de producción, así como la entronización de la diligencia debida como el principio ordenador del cumplimiento por las mismas de sus obligaciones internacionales.

¿Cuáles son las razones que explican este éxito fulgurante de la diligencia debida, que ha superado seguramente las expectativas de sus más optimistas defensores?

Lo primero que debe indicarse es que la noción de diligencia debida presenta una especial

[8] Así, recogiendo una aseveración compartida por los estudiosos del concepto, SALMÓN GÁRATE, E. y LOVÓN, C., "Un punto de partida esencial: la debida diligencia en el marco de los Principios Rectores", *Trabajo y Derecho*, número monográfico 14, sobre "La diligencia debida en materia de derechos humanos laborales", 2021, p. 5.

[9] Principio 12.

[10] Principios 18 a 22.

[11] Párrafo 18.

[12] Párrafo 10.

aptitud para cumplir la función que le ha sido encomendada. La clave de esta aptitud está en el hecho de que a través de ella se opta por exigir a las empresas, antes que la reparación de los daños causados a los derechos protegidos, la puesta en marcha de actuaciones que se anticipen a su materialización, mediante la identificación y prevención de los riesgos que puedan afectarlos. El recurso a la diligencia debida implica, de este modo, la introducción de un enfoque proactivo y *ex ante*, en vez de *ex post*, por medio del cual se consigue poner a la organización de la empresa al servicio de la protección de los trabajadores[13]. El estándar de comportamiento establecido es, por lo demás, uno abierto y flexible, capaz de abarcar de forma holística todos los riesgos a los que pueden verse sometidos los derechos tutelados y adaptarse a las características de cada sector, actividad y empresa, modulando el grado de intervención de los sujetos empresariales en función de su nivel de influencia sobre las entidades susceptibles de generar daños[14].

A la vez, la diligencia debida constituye una noción que, como aparece configurada en los Principios Rectores, está en condiciones de proyectarse sobre todo el espacio de los procesos globales de producción, superando las fronteras y las diferencias de personificación para incluir, con clara vocación de aplicación extraterritorial, todas las entidades que se integran en las cadenas de valor de las empresas multinacionales[15]. Se trata, por último, de una fórmula que es capaz de favorecer una "interiorización" del lenguaje de los derechos humanos en las políticas de gestión de las empresas[16], que es útil también para estas, en la medida en que les permite evitar verse involucradas en daños a los derechos humanos cometidas a lo largo de sus cadenas de valor capaces de lesionar su reputación ante los consumidores, los inversores y la sociedad.

La aceptación general alcanzada por la diligencia debida se explica a partir de estas cuatro propiedades, que le permiten satisfacer de manera simultánea la expectativa de la sociedad de contar con un mecanismo para la tutela de los derechos humanos en el espacio global y el interés de las empresas de atender esa demanda y proteger sus intereses comerciales sin someterse a estándares más precisos y exigentes.

Con todo, la aplicación de la diligencia debida al ámbito de los derechos humanos, y en particular de los laborales, se enfrenta a desafíos notables.

El primero se relaciona con la necesidad de extender su aplicación a toda la cadena de valor, incluyendo sus distintos eslabones, sin descartar los inferiores, donde los riegos para los derechos protegidos se multiplican. Esto hace necesario llevar a cabo una atenta labor de "decodificación" de sus componentes[17], que permita a la empresa situada en el vértice identificar los riesgos para los derechos humanos a los que pueden dar lugar las actividades de todos y adoptar en cada caso medidas adecuadas para impedir su materialización. Una tarea en extremo difícil, no solo debido a la volatilidad que puede caracterizar a las relaciones comerciales en determinados sectores, sino porque requiere evaluar y controlar la actividad de terceros con los que no se mantiene una relación comercial directa y

[13] Como apuntan DAUGAREILH, I., D'AMBROSIO, L. y SACHS, T., "La ley francesa sobre el deber de vigilancia: presente y futuro de una innovación jurídica", en SANGUINETI RAYMOND, W. (Dir.), *Comercio internacional, trabajo y derechos humanos*, Eds. Universidad de Salamanca, 2021, pp. 115-116.

[14] En la misma dirección, D'AMBROSIO, L., "Le devoir de vigilance: une innovation juridique entre continuités et ruptures", en D'AMBROSIO, L. y P. Barraud De Lagerie, *Dossier "La responsabilitè des entreprises reformuleè par la loi: un regard pluridisciplinarire", Droit et Societè*, 2020, N. 106, p. 637, aludiendo a la "plasticidad" de la diligencia debida.

[15] A esta propiedad se refieren DAUGAREILH, I., D'AMBROSIO, L. y SACHS, T., loc. cit., bajo el apelativo de "dimensión relacional" de la diligencia debida.

[16] BRINO, V., "La diligencia debida: ¿un nuevo paradigma normativo para la tutela de los trabajadores en las cadenas globales de valor?", en W. SANGUINETI RAYMOND (Dir.), *Comercio internacional...*, cit., p. 47.

[17] BRINO, V., *Diritto del lavoro e catene globali del valore...*, cit., p. 60.

de cuya existencia es posible que no se tenga conocimiento.

La internalización de la diligencia debida dentro de las políticas empresariales requiere, por otra parte, desarrollar un enfoque profundo de las causas de los riesgos sobre los derechos protegidos[18], que está en condiciones de poner en cuestión las políticas comerciales seguidas por muchas empresas en relación con sus proveedores y contratistas. No debemos perder de vista que buena parte de las vulneraciones de los derechos laborales, especialmente en las cadenas de valor lideradas por compradores propias de los sectores manufactureros, encuentran su razón última en la aplicación de prácticas de compra predatorias, que imponen a los mismos precios, plazos y exigencias de calidad que hacen inviables desde el punto de vista económico o sumamente difíciles de respetar los estándares internacionales de trabajo decente[19]. Una adecuada implementación de la diligencia debida en materia de derechos humanos laborales debe, por ello, tener como uno de sus pilares la adopción de políticas comerciales y prácticas de compra que aseguren la sostenibilidad económica de las condiciones laborales cuyo cumplimiento exigen las empresas a sus colaboradores y socios comerciales.

Es importante indicar, por último, que el desplazamiento de la atención de la represión a la prevención de los atentados contra los derechos protegidos, unido al énfasis en la puesta en marcha de las actuaciones y los procesos necesarios para alcanzar este resultado, a despecho de sus ventajas, están en condiciones de facilitar también un cumplimiento puramente formal, simbólico o cosmético de las exigencias asociadas a la diligencia debida[20]. Es decir, abrir la puerta a medidas y políticas que presentan todos o algunos de sus elementos con el fin de dar la impresión de que se está actuando, pero que no están en condiciones de alcanzar sus objetivos[21]. Este es un peligro común a todos los sistemas de reglamentación basados en procesos de identificación de riesgos y prevención de daños, a través de los cuales se trata de aprovechar la capacidad de los actores de autorregularse ante la dificultad de conseguir efectos mediante la imposición de un resultado[22], De allí que, para cumplir su función de garantía, la introducción de la diligencia debida deba materializarse a través de la exigencia de medidas preventivas de carácter sustantivo y no solo formal, acompañadas de estándares de valoración de su eficacia claros, detallados y alineados con sus objetivos, así como del reconocimiento de un efectivo derecho de participación de las partes interesadas, en nuestro caso los trabajadores que intervienen en las cadenas globales de valor y sus representantes, que haga posible que las medidas adoptadas tengan "agarre" a la vida real. A lo que debe añadirse la atribución de consecuencias jurídicas a la falta de cumplimiento o el cumplimiento defectuoso de los deberes de prevención que su puesta en práctica supone. En especial, la imposición, al lado de sanciones administrativas, de la obligación de reparar los daños causados a las víctimas como consecuencia de estas circunstancias[23].

Esta es una praxis que empezará a producirse luego de la tragedia ocurrida en el edificio de Rana Plaza de Bangladesh, donde murieron 1.134 trabajadores que mayoritariamente prestaban servicios para contratistas

[18] MARES, R., "Securing human rigths through risk-management methods: Breakthrough or misalignment?, *Leiden Journal of Internacional Law*, 2019, N. 32, pp. 37 y 41.

[19] ANNER, M., BAIR, J. y BLASIT, J., "Toward Joint Liability in global Suply Chains: addresssing the root causes of Labour Violations in Internacional Subcontracting Networks", *Comparative law and Policy Journal*, 2013, N. 1, p. 3.

[20] Como apuntan, MARES, R., "Securing human rigths…", cit., p. 13, y LANDAU, I., "Human Rights due diligence and the risk of cosmetic compliance", *Melbourne Journal of International Law*, 2019, p. 223.

[21] Nuevamente, LANDAU, I., idem.

[22] Como ocurre, por ejemplo, con las políticas públicas en materia de seguridad y salud en el trabajo y de protección contra la discriminación en el empleo, como destaca la autora recién citada, ídem.

[23] Se recogen y desarrollan aquí las recomendaciones realizadas por LANDAU, I., "Human Rights due diligence…", cit., pp. 240-243, y QUIJANO, G. y LÓPEZ HURTADO, C., "Rise of Mandatory Human Rights Due Diligence…", cit., p. 4.

de grandes marcas mundiales de la moda que contaban con sistemas de auditoria que deberían haber detectado el riesgo. Esta experiencia marcará un punto de quiebre en la estrategia de promoción "suave" de la implicación de las empresas que subyace al diseño de los Principios Rectores. Y determinará el inicio de una nueva etapa, dentro de la cual cobrarán cada vez más protagonismo soluciones de superior intensidad reguladora, impulsadas por las legislaciones de algunos países sede de importantes empresas multinacionales y la Unión Europea.

2. ANÁLISIS DEL CONTENIDO DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE DILIGENCIA DEBIDA EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD EMPRESARIAL

2.1. Hacia la armonización legislativa para el establecimiento de obligaciones de diligencia debida y la salvaguarda de los derechos humanos laborales

El tratamiento de la diligencia debida como estándar normativo por varios ordenamientos nacionales donde se sitúan las matrices ha constituido, sin duda alguna, un relevante paso hacia adelante[24]. Países como Francia, Países Bajos y Alemania han aprobado varias normas sobre transparencia empresarial y diligencia debida en materia de derechos humanos. Ahora bien, pese a constatar su significación como punto de partida, ello no impide observar la ausencia de homogeneidad, coordinación y coherencia en este ámbito, amén de adolecerse de una más que necesaria provisión de los recursos necesarios para que las empresas nacionales puedan afrontar de manera solvente las obligaciones prescritas[25]. De ahí que pueda colegirse que la armonización constituye un importante salto cualitativo. Será la esfera internacional la que marque el paso, garantizando la igualdad de condiciones de las empresas europeas en sus actuaciones en los mercados globales[26]. Téngase presente que la aprobación de nuevas normas internacionales sobre las cadenas de suministro, dotadas de carácter obligatorio y procedimientos de control, ha suscitado tradicionalmente una cierta hostilidad entre los sectores gubernamentales y empresariales. Pues bien, un nuevo marco regulador común que evite la fragmentación en lo que al comportamiento sostenible y responsabilidad empresarial se refiere (con la consiguiente reducción del coste y carga administrativa que suponen las diferencias normativas entre los distintos Estados miembros)[27], contribuirá significativamente a

[24] *Vid.* al respecto a LANTARÓN BARQUÍN, D., "La tutela de los derechos humanos en las cadenas de suministro: conclusiones a partir de una lectura comparada de legislaciones estatales anglosajonas y continentales", *Trabajo y Derecho*, N. 14, 2021. Recientemente, GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., "Diligencia debida en derechos humanos: análisis crítico de los principales marcos normativos estatales", *Trabajo y Derecho*, N. 87, 2022 y PANEV, K., "Corporate Human Rights Due Diligence - Harmony or Discrepancy: A parallel between international soft-law instruments and national legislation", *Stockholm University*, 2022. En España, el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 abrió en febrero de 2022 a consulta pública el Anteproyecto de Ley de Protección de los derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades empresariales transnacionales de las empresas españolas. No se aprecian avances en este ámbito, previsiblemente a la espera del texto resultante de la tramitación de la futura Directiva.

[25] Así lo ponía de manifiesto el Resumen del informe del Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos a la Asamblea General de las Naciones Unidas, de octubre de 2018 (A/73/163), "Debida diligencia de las empresas en materia de derechos humanos – prácticas emergentes, desafíos y perspectivas futuras".

[26] Opinión contraria en AA.VV., "Response to the Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence by Nordic and Baltic Company Law Scholars", *Nordic & European Company Law Working Paper,* N. 22-01, 2022, pp. 14-15. Asimismo, advertía GUAMÁN HERNÁNDEZ del riesgo de que el derecho de la Unión Europea acabe "convirtiéndose en un techo máximo para la actuación estatal tuitiva, limitando de manera clara derechos fundamentales", en "El borrador de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. Un análisis a la luz de las normas estatales y de la propuesta del Parlamento Europeo", *Trabajo y Derecho,* N. 88, 2022, p. 4 (LA LEY 2558/2022).

[27] Así en COHEN BENCHETRIT, A., "Primera aproximación a la Propuesta de Directiva sobre gobierno corporativo sostenible y diligencia debida", *Diario La Ley*, N. 10031, 2022, p. 5 (LA LEY 2350/2022).

la lucha contra la competencia desleal en materia social y ecológica.

Este contexto favorable a la diligencia debida obligatoria ha propiciado el cambio de posición mantenida por la Comisión Europea, tradicionalmente reacia a una regulación sobre esta cuestión[28]. Así, el pasado 23 de febrero de 2022 hizo pública la *Propuesta de Directiva sobre la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial*, por la que también se modifica la Directiva 2019/1937 (relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión)[29]. En realidad se enmarca en el Plan de Acción de la Unión Europea sobre Derechos Humanos y Democracia 2020-2024 y viene precedida por un *Informe sobre la gobernanza empresarial sostenible*, publicado en diciembre de 2020[30], donde ya se afirma que "para que la gobernanza empresarial en la Unión sea más sostenible, transparente y responsable, la Comisión debe introducir (…) una nueva legislación sobre la diligencia debida"[31]. Se suma, por tanto, a la iniciativa emprendida por el Parlamento Europeo cuando presentó un proyecto articulado en marzo de 2021[32] con la intención de legislar sobre los apremiantes retos que en la actualidad existen en el ámbito los derechos humanos y el desarrollo sostenible, ante los que en la actualidad parece existir un consenso generalizado por parte de las instituciones europeas. Muestra de ello la tenemos en la reciente presentación de la *Propuesta de Reglamento relativo a la prohibición de los productos fabricados con trabajo forzoso en el mercado de la Unión*, con el propósito de que las autoridades nacionales estén facultadas para retirar del mercado comunitario los productos fabricados mediante trabajo forzoso, ya sean de fabricación comunitaria o de importación[33].

En cuanto a la delimitación de los derechos humanos a los que deben referirse los procesos de diligencia debida de las empresas, la futura normativa vinculante a través de Directiva identifica el comportamiento exigible a partir de un extenso elenco de disposiciones específicas sobre derechos humanos y medioambientales. Conforme a la técnica empleada, las empresas estarán legalmente obligadas por los Estados miembros a identificar, prevenir y poner fin a los impactos adversos que puedan provenir de la desatención de los derechos o prohibiciones a los que se refiere el Anexo que acompaña a la Propuesta, amén de asumir la responsabilidad civil que se pudiera derivar de los daños que se ocasionen.

La primera parte del Anexo se divide en dos subcategorías. La primera de ellas acoge vein-

[28] De ello da cuenta MARTÍN HERNÁNDEZ, M.ªL., "El tránsito hacia la debida diligencia obligatoria de las empresas multinacionales: la perspectiva de la Unión Europea", *Trabajo y Derecho*, N. 14 (2021), especialmente en las pp. 12 y 44 (LA LEY 11329/2021).

[29] De este proceso de transición hacia un modelo económico sostenible puesto en marcha por la UE forman también parte el Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento y del Consejo de 18 de junio de 2020 relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento o la Propuesta de Directiva sobre información corporativa en materia de sostenibilidad (COM/2021/189 final).

[30] 2020/2137(INI)

[31] El Parlamento Europeo en su Resolución de 4 de octubre de 2018, sobre la contribución de la Unión a un instrumento vinculante de las Naciones Unidas sobre las empresas transnacionales y otras empresas con características transnacionales con respecto a los derechos humanos, 2018/2763(RSP), reclamaba un plan de acción específico de la UE en este ámbito, destinado a afrontar de manera decidida y eficaz los problemas derivados de la dimensión extraterritorial de las empresas multinacionales y a ofrecer seguridad jurídica a las demandas por responsabilidad ante las violaciones de los de los derechos humanos.

[32] Resolución del Parlamento Europeo de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa (2020/2129-INL). Sobre el texto, *vid.* el análisis de BRINO, V., "La diligencia debida…", cit., pp. 48-52.

[33] La Propuesta, hecha pública el 14 de septiembre de 2022, sigue la línea emprendida por las *Orientaciones para ayudar a las empresas de la UE a adoptar las medidas adecuadas para hacer frente al riesgo de trabajo forzoso en sus operaciones*, de julio de 2021, elaboradas por la Comisión y el Servicio Europeo de Acción Exterior; así como *La Comunicación de la Comisión sobre el trabajo decente en el mundo*, presentada en febrero de 2022, donde se exponen las políticas internas y externas que la UE utiliza para aplicar el trabajo decente en todo el mundo.

tiuna referencias a violaciones de derechos (y de prohibiciones) establecidos en los acuerdos internacionales relacionados en el propio documento. Estamos hablando, en realidad, tanto de los derechos humanos civiles y políticos, ya sean de carácter individual o colectivo, como de aquellos amparados por el derecho laboral internacional[34]. Y la segunda categoría menciona veintidós convenios de derechos humanos y libertades fundamentales, entre los que se incluyen ocho de los convenios fundamentales de la OIT, junto con otros instrumentos que constituyen verdaderas fuentes de inspiración de tratados internacionales[35].

Es importante traer a colación que la primera sección de esta parte del Anexo incorpora una cláusula semiabierta al considerar también como impacto adverso aquellas violaciones de una prohibición o de un derecho que, aunque no esté contemplado en esa primera subcategoría, sí esté incluido en los acuerdos recogidos en la segunda; y ello siempre que "perjudique directamente un interés jurídico protegido en dichos acuerdos", cuando "la empresa en cuestión haya podido determinar razonablemente el riesgo de tal menoscabo", así como las medidas más idóneas para procurar el cumplimiento de las obligaciones contempladas en la Directiva. Por su parte, la segunda parte del Anexo contiene las "violaciones de los objetivos y prohibiciones reconocidos internacionalmente incluidos en convenios medioambientales". Cabe señalar, por tanto, que se acoge una regulación integrada y coherente de estas cuestiones, en tanto que los daños ambientales también suponen una amenaza contra los derechos humanos, amén de tomar en consideración a los derechos humanos laborales como categoría jurídica consolidada en el derecho internacional. Lo cierto es que sólo un enfoque amplio y multiangular que tenga en cuenta mecanismos legales de distintos ámbitos, del derecho laboral y medioambiental (pero también del penal, civil o de sociedades)[36], será capaz de incentivar a las empresas a integrar las inquietudes sociales y ecológicas en su modelo de negocio y a lo largo de toda la cadena de valor[37].

Ahora bien, el desarrollo normativo que aquí se estudia también está plagado de relevantes ausencias. Llama la atención que no se haya hecho mención a la Carta Social Europea (el tratado europeo más emblemático de derechos sociales)[38], al Convenio Europeo de Derechos Humanos o a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE[39]. Tales omisiones, quizás, respondan a la intención de no extrapolar normas comunitarias a terceros países. Razón que, sin embargo, no parece justificada dado que la violación de los derechos humanos sí desencadena importantes consecuencias en el territorio de la Unión; y, además, porque dicho argumento entra en contradicción con la inclusión, esta vez en

[34] Entre ellos se hace mención al art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Las diferencias salariales entre los países constituyen en verdad una ventaja competitiva en la escala internacional, mientras que la lógica de la obtención de mayores beneficios económicos a menudo comporta salarios reducidos y extensas jornadas bajo condiciones poco salubres. De ahí que sea de vital importancia que el tratamiento de estas cuestiones se realice bajo el prisma de un "salario justo, una vida digna, condiciones de trabajo seguras y saludables y una limitación razonable de las horas de trabajo", tal y como se apunta en el Pacto señalado.

[35] Es el caso de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas o la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, además de efectuarse una mención genérica a la Declaración Universal de Derechos Humanos.

[36] Si bien, la Propuesta de Directiva omite toda mención al art. 83.2 TFUE (relativo a la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal), mientras que la Resolución del Parlamento lo citaba como base jurídica de la propuesta legislativa.

[37] MAK, C., "Corporate sustainability due diligence: More than ticking the boxes?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2022, vol. 29(3) 3, pp. 302-303.

[38] JIMENA QUESADA, L., "La Carta Social Europea como tratado europeo de los derechos sociales por excelencia y su mayor relevancia en el contexto de la pandemia de COVID-19", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, N. 460, 2021, pp. 36, 41 a 43.

[39] Aunque esta última sí aparece citada en el preámbulo de la Propuesta, al afirmar que "la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos", de conformidad con la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, la cual están obligadas a cumplir todas las "empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Directiva".

la Propuesta, del Reglamento General de Protección de Datos. El texto resulta en este caso meridianamente contundente cuando sostiene que la nueva regulación comunitaria deberá aplicarse "de conformidad con el Derecho de la Unión en materia de protección de datos y con el derecho a la protección de la intimidad" (Considerando 67)[40].

No parece que se haya tratado de evitar que el TJUE o los Estados miembros puedan interpretar los deberes relativos a la diligencia debida de acuerdo con las normas regionales citadas, ni que se haya pretendido que se circunscriban exclusamente al respeto de los tratados y declaraciones incluidas específicamente en el Anexo. Piénsese que en el segundo apartado del primer artículo se recoge un compromiso de no regresión ("La presente Directiva no podrá constituir una causa de disminución del nivel de protección de los derechos humanos, del medio ambiente o del clima contemplado por la legislación de los Estados miembros en el momento de la adopción de la presente Directiva"). Con todo, la Propuesta en este punto parece claramente mejorable. En primer lugar, porque compendia derechos e instrumentos internacionales de forma incompleta. Por ejemplo, se echa en falta un tratamiento más atento a las consideraciones de género, con la ausencia de importantes referentes en este ámbito, como es el caso del Convenio 190 de la OIT, el cual acoge entre sus disposiciones una protección transversal e integrada frente a la violencia y el acoso que tiene su razón de ser en el género[41]. En segundo término, porque la técnica empleada puede dar lugar a problemas de interpretación.

El hecho de que los autores y destinatarios de muchos de estos instrumentos sean los propios Estados conduce en no pocas ocasiones a la inclusión en los textos internacionales de expresiones abiertas o calculadamente confusas, con posibles interpretaciones diversas en función de la región donde desplieguen sus actividades las entidades que conforman la cadena de valor. Esta circunstancia redunda ahora en perjuicio de una más que necesaria seguridad jurídica cuando son las propias empresas las obligadas por su contenido. La simple remisión a los instrumentos internacionales, seleccionados de acuerdo a su pertinencia en función de las obligaciones que crea la Directiva, favorece una delimitación amplia del ámbito de protección, si bien merma la precisión jurídica en este ámbito. De ahí que resulte especialmente interesante la apertura de consultas con los grupos de interés, pues el diálogo de buena fe en estos casos permitirá aclarar el alcance concreto de los deberes y prohibiciones que atañen a las empresas conforme al citado Anexo[42]. En definitiva, no puede dejar de ponerse en valor que el contenido del Anexo será vinculante para las empresas en virtud de lo dispuesto en el art. 3, b) y c) de la Propuesta, de modo que estarán obligadas a acoger tales previsiones en sus estrategias de diligencia debida y, consiguientemente, en su operativa empresarial general.

2.2. Factores delimitadores del ámbito de aplicación de la futura Directiva

La Propuesta de Directiva que aquí se estudia viene desligada de marcos sectoriales concretos. Con carácter transversal abarca

[40] Consideraba, no obstante, el Grupo de expertos en Derecho de Sociedades Europeo, "Comentario del sobre el Proyecto de Directiva del Parlamento Europeo sobre la Diligencia Debida y la Responsabilidad de las Empresas Grupo de Expertos en Derecho de Sociedades Europeo", *Revista de Derecho de Sociedades, N. 62 (2021)*, p. 20 (BIB 2021/3992) que "el cumplimiento tanto de las leyes como de los estándares locales debería ser el nivel mínimo exigido por la Directiva. El empeño por extender los estándares europeos a todo el mundo puede tener consecuencias contraproducentes. Y es que normas en materia de derecho humanos podrían ser vistas como un instrumento de hegemonía o incluso de neoimperialismo europeo. El cumplimiento de las normas y prácticas locales satisface, en la mayoría de los países, los estándares básicos de derechos humanos".

[41] *Vid.* al respecto las consideraciones expuestas en PARLAMENTO EUROPEO, *Commission proposal on corporate sustainability due diligence: analysis from a human rights perspective*, Bruselas, mayo de 2022 (autoras O'BRIEN, C.M. y MARTIN-ORTEGA, O.), p. 18.

[42] A dicha exigencia de buena fe se refería el texto aprobado por el Parlamento (Considerando 19 y art. 5), suprimida ahora en la Propuesta de Directiva. En cambio, una visión escéptica hacia tales consultas se mantiene en el *Informe presentado por el Grupo de expertos en Derecho de Sociedades Europeo*, ya citado, en las pp. 9, 13 y 14.

un gran elenco de actividades comerciales, las cuales pasarán ahora a estar regidas por las obligaciones en materia de diligencia debida, supervisadas y sometidas a mecanismos de reparación. Sucintamente, las nuevas obligaciones empresariales se van a aplicar a las compañías establecidas en el territorio de la Unión que superen determinados umbrales definidos en función del tamaño (más de 500 empleados) y del volumen de negocio (superior a 150 millones de euros). Si bien, se relaja el cumplimiento de dichos requisitos en el caso de empresas europeas de mediana capitalización. En dichos supuestos se requiere al menos 250 trabajadores, con volumen de negocios mundial neto superior a 40 millones, siempre que hayan generado al menos el 50% de su facturación operando en sectores de alto impacto (enumerados en el art. 2.1.b y limitados a los que cuentan con orientaciones de la OCDE)[43]. En ambos casos, el Estado miembro competente para regular las cuestiones relativas a la diligencia debida es aquel donde la empresa tenga su domicilio social.

Dicho lo cual, el texto articulado materializa la pretensión de la Comisión de impulsar la proyección externa de la nueva normativa en el campo de los derechos humanos y la sostenibilidad ambiental mientras que, simultáneamente, pretende evitar que las compañías europeas queden en desventaja competitiva frente a empresas de otros territorios y vean reducidas sus cuotas de mercado. De manera que la diligencia debida también se aplicará a las empresas extranjeras que operen en el mercado interior vendiendo bienes o prestando servicios y que cumplan alguno de los parámetros anteriores referidos al volumen de negocios (que, como es sabido, se calcula conforme a lo establecido en la Directiva 2013/34/UE)[44]. Téngase presente que, en realidad, la introducción de este último requisito responde a la intención de ceñir la aplicabilidad de la Directiva únicamente a las sociedades no comunitarias que mantengan una presencia económica significativa en la Unión Europea. Se evita, además, manejar el número de empleados como criterio delimitador, puesto que las diferentes concepciones en torno a la categoría de trabajador más allá de las fronteras comunitarias dificultarían la aplicación y supervisión en torno al cumplimiento de la normativa[45].

De modo que estamos ante grandes empresas, muchas de las cuales ya han aprobado voluntariamente códigos de conducta donde se compromete la realización de procesos de diligencia debida. No obstante, la mayoría tendrá que hacer un notable esfuerzo para

[43] Sobre la ausencia de cobertura hacia otros sectores que no suscitan preocupación de acuerdo con las guías sectoriales de diligencia debida de la OCDE, pero que también repercuten significativamente en los derechos humanos de los titulares de derechos vulnerables dentro de Europa (tales como la asistencia social, la atención sanitaria, la construcción, la hostelería o la limpieza), se remite a O'Brien, C.M. y Martin-Ortega, O., "Sustainable corporate governance: Submission to Consultation on European Commission's proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence COM(2022)71 final", ResearchGate, mayo 2022, p. 7. Proponen las autoras la designación de los sectores de alto riesgo a través de actos delegados de la Comisión con el objeto de evitar que una delimitación legislativa de tales sectores dificulte la adaptación a unas condiciones sociales y de mercado mutables.

[44] De no sujetar su inclusión a dichos parámetros, se había advertido, existiría el riesgo de que estas empresas optasen "por retirarse del mercado interior o decidir no entrar en él, para continuar su actividad sin tener que aplicar la Directiva". De hecho, añadía el *Informe del Grupo de expertos en Derecho de Sociedades Europeo*, ya citado, en la p. 18, que dicha "huida" será "lo más probable cuando la sociedad suministra la mayoría de sus bienes o servicios fuera de la UE, de modo que los costes potencialmente elevados de cumplir con la Directiva tan sólo serían atribuibles a una pequeña parte del valor (para la sociedad) de esa cadena. De nuevo, aquí no se produciría ninguna ganancia para el bienestar global, ya que las relaciones comerciales de la sociedad fuera de la UE seguirían sin verse afectadas. Aunque, a primera vista, esto pueda parecer una pequeña pérdida para la UE, bien mirado podría ser perjudicial para la competencia, real y potencial, en el mercado interior, si el operador que ahora es de pequeño tamaño (en términos de la UE) pudiera haber llegado a desarrollar un negocio más grande en el territorio de la UE, lo que hubiera supuesto un desafío para los operadores allí presentes".

[45] Martín Hernández, M.ª L., "La perspectiva de la Unión Europea sobre la diligencia debida empresarial en materia de sostenibilidad tras la aprobación de la Propuesta de Directiva", en Sanguineti Raymond, W. y Vivero Serrano, J. (Dirs.), *Diligencia debida...*, cit., p. 265.

adaptar su política interna sobre esta materia a la futura directiva. Es indiscutible, por tanto, la relevancia económica y geográfica de las actividades empresariales cubiertas[46]. Ahora bien, el campo de aplicación subjetiva en la Propuesta no es coincidente con el de otros instrumentos, ni siquiera con el borrador hecho público por el Parlamento Europeo (art. 2). Una muestra del criterio más amplio empleado para definir las compañías sujetas a obligaciones en materia de sostenibilidad y diligencia debida lo tenemos en *La Guía de la OCDE de debida diligencia para una conducta empresarial responsable*, de 2018, donde se menciona a las empresas multinacionales, "independientemente de su estructura de propiedad, en todos los sectores y de todos los tamaños" (amparando por tanto a las pyme multinacionales), ya sean "empresas matrices y locales, incluidas las filiales". También los Principios Rectores se extienden a "todas las empresas, tanto transnacionales como de otro tipo, con independencia de su tamaño, sector, ubicación, propietarios y estructura".

Del texto analizado parece extraerse que la contratación pública de bienes, servicios, obras y suministros, no está llamada a cumplir las obligaciones resultantes de la futura Directiva. Y ello pese a que el volumen de operaciones protagonizados por las entidades públicas es bastante significativo, las cuales no están exentas de posibles abusos. De modo que, mientras que la Resolución del Parlamento afirmaba categóricamente que "el alcance de todo futuro marco imperativo de diligencia debida de la Unión debe ser amplio", incluyendo también a las "empresas de propiedad pública o controladas por entidades públicas", la Propuesta se aparta ahora en este punto del criterio mantenido por la Eurocámara. La realidad es, sin embargo, que estos actores no deberían sortear las normas de diligencia debida cuando, precisamente, nos encontramos ante una ampliación de las obligaciones dimanantes de las mismas para las empresas europeas.

A la par, y a diferencia de la posición final mantenida en su día por el Parlamento[47], la Propuesta de Directiva exceptúa de su ámbito de aplicación a las pyme. Este asunto ha sido ampliamente discutido al estimarse que la inclusión de estas entidades conculca el principio de proporcionalidad, dado el alto grado de onerosidad que les supondría la asunción de obligaciones en este campo, con su correlativo sistema de responsabilidad y régimen de sanciones[48]. Pero lo cierto es que no cabe suponer que no se vayan a ver afectadas. Se trata más bien de un impacto indirecto, pero del todo existente para aquellas empresas que formen parte de las cadenas de valor que integran el radio de cobertura de la futura Directiva. Para que las grandes empresas puedan cumplir con sus obligaciones, las empresas de dimensiones más reducidas que operan como sus socios comerciales también deberán medir o calcular las consecuencias de su actividad, así como proporcionar los datos necesarios a las matrices para que estas, a su vez, puedan dar cuenta del respeto de los derechos de los trabajadores en las distintas ramificaciones en las que se descompone la producción o distribución de los bienes o servicios que proporcionan. Dicho de otro modo, las pyme se verán también abocadas a actuar para identificar, prevenir y poner fin a los impactos ambientales o humanos adversos para que las compañías, que sí vienen expresamente incluidas en el ámbito de aplicación del art. 2, puedan cum-

[46] Se remite en este punto a los datos expuestos en la *Ficha informativa sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad* que acompaña a la Propuesta de Directiva.

[47] La Resolución del Parlamento atribuía el cumplimiento de los deberes sobre diligencia debida a las pyme que cotizaran el mercado de valores o fuesen consideradas de alto riesgo (art. 2).

[48] La Plataforma por las Empresas Responsables (PER) hacía suyas las palabras de C. Saller, directora de European Coalition for Corporate Justice (ECCJ) y estimaba que el planteamiento restrictivo adoptado "ignora de forma deliberada muchas operaciones comerciales dañinas, ya que el tamaño de la plantilla y la facturación anual no son indicadores fiables del impacto de una empresa en las vidas de trabajadores y comunidades en todo el mundo" (25 de febrero de 2022).

plir con las obligaciones que le son propias[49]. De hecho, el legislador comunitario dispone el despliegue de determinadas medidas de promoción y apoyo para esta amplia amalgama de pequeñas, medianas y microempresas que, pese a formar parte de las cadenas globales de valor, han quedado fuera los umbrales definidos en la Propuesta.

Con todo, hubiera sido pertinente atraer a parte de estas entidades (las de mayor tamaño o las que operan en sectores más sensibles a los riesgos que se ciernen sobre los derechos humanos) a la esfera de aplicación de la Directiva, aunque las exigencias legales para las mismas pudieran verse atenuadas en atención a las particularidades y las profundas diferencias que las distinguen de las grandes compañías europeas[50]. Justamente, la Propuesta ya ha obrado de dicha forma cuando ha restringido las obligaciones de diligencia debida para las empresas de mediana capitalización afectadas por la Directiva en virtud del sector al que pertenecen (a las que alude el art. 2 en su apartado 1 –letra b– y en su apartado 2 –letra b–), pues sólo deberán registrar los impactos graves pertinentes a dicho sector (art. 6.2).

Aun así, tales consideraciones no impiden celebrar la implementación de un nuevo marco regulador que exige y recompensa el comportamiento responsable de las empresas que despliegan su actividad en múltiples contextos territoriales, que en la gran mayoría de las ocasiones son las empresas con mayor número de empleados y volumen de negocios. Sin desmerecer, además, que los deberes de diligencia debida, pese a las limitaciones que señalaremos, se refieren a todas "las relaciones comerciales directas e indirectas establecidas"[51] comprendiendo, por tanto, las operaciones de las filiales y de las incluidas en la cadena de valor.

2.3. Alcance del ejercicio de diligencia debida exigido a las empresas

El estándar de diligencia debida viene contemplado en la Propuesta de Directiva como un proceso gradual que toma en consideración los riesgos potenciales y reales sobre los derechos humanos. Es fácil advertir las claras semejanzas con los Principios Rectores, aunque también encontramos aspectos afectados por un tratamiento diferente en ambos textos. Concretamente, a la luz de la futura Directiva, los Estados miembros tendrán que garantizar que las empresas afectadas por su ámbito de aplicación emprenden las siguientes acciones:

a) Integran la diligencia debida en todas sus políticas empresariales (art. 5), lo que también comporta la fijación explícita de una estrategia en este campo, necesariamente actualizada de forma periódica. La Propuesta determina el contenido mínimo de la misma haciendo mención al deber de elaborar un "código de conducta" que incluya las normas y los principios que deberán regir la conducta de los empleados de la empresa y sus filiales. Esto es, se deja margen de maniobra para que las empresas puedan concretar y adecuar las actuaciones a emprender en este campo de acuerdo a sus particulares condiciones organizativas y productivas, también conforme al contexto en el que se desenvuelven, todo ello con el propósito de posibilitar el cumplimiento efectivo de la obligación jurídica de diligen-

[49] Así ha sucedido en la experiencia francesa. *Vid.*, al respecto, AA.VV., "Due Diligence Around the World. The Draft Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (Part 1)", *Verfassungsblog On Matters Constitutional*, publicado el 15 de marzo de 2022.

[50] *Vid.* O'Brien, C.M. y Martin-Ortega, O., "Sustainable corporate governance…", cit., p. 7.

[51] Esto es, tanto las relaciones "en sentido ascendente que diseñan, extraen, fabrican, transportan, almacenan y suministran materas primas, productos, partes de productos o presten servicios a la empresa que sean necesarios para llevar a cabo las actividades de ésta", como las que discurren "en sentido descendente, incluidas las relaciones comerciales directas e indirectas establecidas, que utilicen o reciban productos, partes de productos o servicios de la empresa hasta el final de la vida útil del producto, incluidos, entre otros, la distribución del producto a los minoristas, el transporte y el almacenamiento del producto, el desmantelamiento del producto, su reciclado, el compostaje o el vertido" (Considerando 19).

cia debida. Asimismo, deberán describirse los procesos encaminados a comprobar el cumplimiento del código de conducta y a extender su aplicación a las "relaciones comerciales establecidas".

b) Identifican los impactos negativos, reales o potenciales, de sus actividades empresariales sobre los derechos humanos y el medio ambiente (art. 6). Téngase presente que la futura Directiva otorga una consideración especial a las entidades financieras, pues sólo se les exige la identificación de los riegos con anterioridad a la prestación de servicios (sin que se les reclame una labor continua en este aspecto) y "únicamente respecto de la entidad a la que se está prestando ese servicio".

Para evitar el daño, es preciso conocer el riesgo[52]. De ahí la importancia de recabar suficiente información sobre el contexto, comprender las cuestiones relacionadas con la salvaguarda de los derechos humanos en dicho escenario (geográfico, social, económico y político), efectuar un diagnóstico completo de las prácticas empresariales que allí se desarrollan y analizar los efectos reales y potenciales de las mismas[53]. Para la correcta realización de esta labor las empresas cuentan, entre otros recursos, con los datos que pudieran extraerse de los informes elaborados por terceros independientes y con las reclamaciones o denuncias que se presenten ante la propia empresa. Qué duda cabe de que en este punto revisten especial relevancia las aportaciones de los grupos potencialmente afectados. A todas luces resulta un aspecto crucial para que las empresas estén en las mejores condiciones para cumplir con las obligaciones que se les atribuyen, si bien el legislador comunitario reconduce el deber de consultarlos a aquellos casos en los que "así proceda", otorgando de este modo una amplia libertad a los Estados miembros para concretar (e incluso, reducir a la mínima expresión) dicha intervención.

Además, hay que precisar que tales repercusiones adversas pueden "derivar" de las operaciones de las compañías obligadas por la Directiva (o de sus filiales) y de las actividades empresariales relacionadas con las cadenas de valor. La expresión empleada en este texto sugiere que las empresas están obligadas respecto de los abusos que tienen origen en las mismas (esto es, relacionados estrechamente con su propio comportamiento) o con el de las entidades situadas en los nudos de la cadena con las que se mantienen relaciones comerciales estables. También, por tanto, cuando los daños están vinculados con la empresa de un modo directo, pese a no tener causa en la misma. En cambio, los Principios Rectores se refieren a las consecuencias negativas provocadas por las empresas, junto con impactos en cuya realización hayan participado de algún modo ("provoque o contribuya a provocar", Principios 17, 19 y 22)[54]. Cuando las consecuencias negativas no hayan sido provocadas por la empresa (ni esta haya contribuido a su realización), aunque guarden "relación directa con operaciones, productos o servicios prestados", no se estará obligado a efectuar la reparación. No obstante, se contempla en estos casos que la empresa pueda desempeñar un papel relevante en este proceso (Principio 22). Es oportuno subrayar que la fórmula empleada ahora en la Propuesta de Directiva es más flexible que la de los Principios Rectores, pues posibilita que la mera negligencia en materia preventiva, por sí sola, comprometa la responsabilidad de la empresa que lidera la cadena de valor, y ello pese a que no

[52] Así quedaba reflejado en el Informe de J. Ruggie como Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos*, de 7 de abril de 2008.

[53] GINER, A., "Las empresas transnacionales y los derechos humanos", *Lan Harremanak*, N. 19, 2008, p. 79.

[54] Compruébese que las Líneas Directrices de la OCDE requieren esforzarse por "impedir o atenuar los impactos negativos, aun en los casos en que las empresas no hayan contribuido a los mismos, si están directamente relacionados con sus actividades, productos o servicios en virtud de una relación comercial". Si bien se hace hincapié en que esto "no ha de interpretarse como una transferencia de la responsabilidad de la entidad que causa el impacto negativo hacia la empresa con la que mantiene una relación comercial".

pueda constatarse su participación en los actos contrarios al respeto de los derechos humanos. Con todo, forzoso es reconocer que no queda del todo claro cómo se va a aplicar en este punto el art. 6, lo que sin duda tendrá una incidencia directa en cuanto a la responsabilidad y resarcimiento que se le exige a las empresas.

c) Adoptan medidas específicas para prevenir o minimizar las posibles repercusiones adversas (art. 7). En líneas generales se pretende, tal y como se afirma en la Comunicación de la Comisión que se presentó junto con la Propuesta de Directiva[55], la defensa del trabajo digno dentro y fuera del territorio comunitario, especialmente en lo que atañe a la lucha contra el trabajo infantil y el trabajo forzoso. El texto precisa cuáles deben ser estas medidas "adecuadas" (en el sentido de la definición contenida en el art. 3, q), aunque el empleo de algunos términos un tanto equívocos aportan una indeseada incertidumbre en este contexto. En concreto:

i) Se debe diseñar y aplicar un plan de prevención, para lo que deberán articularse plazos razonables y habrá que consultar a las "partes interesadas" (art. 7.2, a)[56]. Si bien, sólo se exigirá esta medida "cuando sea necesario debido a la naturaleza o complejidad de las medidas requeridas para la prevención". Por añadidura, no habría estado de más precisar unos requisitos reguladores mínimos que contribuyeran al buen trascurso de tales consultas.

ii) Además, las empresas deberán obtener garantías contractuales de sus socios comerciales directos en relación al cumplimiento del código de conducta de la empresa vértice del proceso global, así como del plan de prevención dispuesto por ésta[57]. De ser preciso, se requerirán, en cascada, garantías contractuales a otras entidades que formen parte de la cadena de valor (art. 7.2, b). Se trata, por tanto, de que los colaboradores de primer grado trasladen las exigencias de diligencia al resto de empresas que se sitúan en los nodos inferiores, de tal manera que los socios de primer nivel se responsabilicen de garantizar unos niveles de exigencia equivalentes a los del código de conducta en sus propias cadenas de producción y distribución. Las técnicas contractuales se dirigen en estos casos a favorecer una trazabilidad completa del comportamiento de las empresas implicadas en los procesos globales. Por su parte, la solicitud de garantías contractuales respecto de los colaboradores indirectos sólo está contemplada, de forma potestativa, cuando los impactos adversos no pudieran ser evitados o mitigados a través de la adopción de medidas adecuadas (art. 7.3).

Esta aplicación de un aval "descendente" es similar al mecanismo de garantía empleado en algunos acuerdos marco y códigos de conducta. Son cada vez más numerosas las empresas que elaboran códigos de conducta destinados a sus socios de negocio y con el objeto de promover la exigibilidad jurídica del mismo requieren que, con carácter previo a la contratación, el *partner* comercial exprese de forma irrevocable su compromiso de respeto de los principios y obligaciones que el código recoge. Es más, no son pocos los que adjuntan, como anexo a los contratos de prestación de servicios o de venta de bienes, el propio texto del código de conducta. Qué duda cabe de que la integración de los deberes de diligencia debida en los contratos con los socios comerciales constituye un singular avance hacia la mayor salvaguarda de los derechos humanos laborales en las cadenas de

[55] *Comunicación sobre el trabajo decente en el mundo para una transición global justa y una recuperación sostenible.* Bruselas 23 de febrero de 2022, COM (2022) final66.

[56] El art. 3, n) identifica las personas, colectivos u organizaciones que ostentan la consideración de "interesados" y omite la referencia expresa, que sí incluía la Resolución del Parlamento, a los sindicatos para hacerlos partícipes activos del desarrollo de la diligencia debida. En concreto, se refiere el precepto señalado a los "empleados de la empresa, los empleados de sus filiales y otras personas, grupos, comunidades o entidades cuyos derechos e intereses se ven o podrían verse afectados por los productos, servicios y operaciones de dicha empresa, sus filiales y sus relaciones comerciales".

[57] Sobre la ausencia de una concreción más detallada en relación al contenido del código de conducta como una de las "grandes fallas del borrador" se manifiesta GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., "El borrador de Directiva…", cit., p. 10.

valor. En esta línea, bajo la consideración de que la compañía internacional únicamente podrá cumplir sus compromisos de sostenibilidad si sus proveedores y contratistas comparten dicho objetivo, los códigos de conducta pueden incorporar previsiones que condicionen las estrategias de subcontratación al respeto de tales derechos a lo largo de toda la cadena mundial. Es decir, se trataría de imponer a los proveedores y contratistas la selección cuidadosa de los subcontratistas y terceros en sus relaciones comerciales[58].

A mayor abundamiento, el texto de la Propuesta se refiere también a la adopción de medidas para verificar el cumplimiento del código de conducta y del plan de acción preventiva, para lo cual sugiere acudir a las "iniciativas apropiadas del sector" o a la comprobación por parte de un tercero independiente. Con todo, considerando el deficiente funcionamiento que tradicionalmente afecta a los sistemas de verificación, se corre el riesgo de que las medidas para atajar y corregir los impactos adversos pierdan capacidad vinculante y quede su implementación al albur de las propias entidades empresariales encargadas de velar por el cumplimiento de las mismas, las cuales quizás no se muestren totalmente diligentes ante incumplimientos que no desencadenen una fuerte repercusión pública.

iii) Las empresas tendrán que efectuar las inversiones "necesarias" (sin mayores especificaciones) para prevenir o mitigar los impactos negativos de forma "adecuada" (arts. 7.2, c, en remisión al primer apartado del precepto).

iv) Asimismo, se deberá proporcionar un "apoyo específico y proporcionado" a la pyme con la que la matriz mantenga una "relación comercial establecida"[59] cuando el cumplimiento del código de conducta o del plan de prevención atente contra su viabilidad (7.2, d). Se reconoce, de este modo, que la identificación del riesgo y la actuación frente al mismo estará condicionada por el contexto donde operen las empresas colaboradoras y por las propias particularidades que pudieran albergar tales socios comerciales.

Por último, hemos de destacar la previsión contenida en el art. 7.5, pues acoge las posibles consecuencias desfavorables ante una posible inobservancia de las medidas dispuestas para prevenir o mitigar los impactos adversos. En concreto, la empresa matriz no podrá entablar nuevas relaciones comerciales (o ampliar las ya existentes) con el socio comercial afectado por la repercusión negativa sobre los derechos humanos o ambientales. Parece evidente que las medidas sancionadoras no producirían gran efecto desincentivador si los negocios pudieran llegar a gestarse de nuevo entre los sujetos afectados. Es más, siempre que no se contravenga la legislación aplicable al vínculo contractual, se dispone la suspensión temporal de las relaciones comerciales en aquellos supuestos en los que haya una "expectativa razonable" de que en el corto plazo podrá cumplirse con la prevención y minimización de los impactos negativos[60]. De otro modo, se prevé la resolución de la relación contractual, aunque lo cierto es que la Propuesta limita este escenario a la presencia de potenciales impactos adversos "graves" (condición, no obstante, que puede fácilmente advertirse cuando son los derechos humanos los que se ven socavados). Además, aunque son muy parcas las previsiones en este punto, se

[58] Sobre esta cuestión, permítaseme la remisión a Morato García, R.M.ª, "Los códigos de conducta para socios comerciales y su contribución a la mejora global de las condiciones laborales" en Sanguineti Raymond, W. y Vivero Serrano, J. (Dirs.), *Diligencia debida...*, cit., pp. 390-392.

[59] Expresión que ya se emplea en la legislación francesa sobre vigilancia de las empresas (LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre), la cual modificó el art. 225-102-4 del Código de comercio para incluir dicha expresión ("*relation commerciale établie*").

[60] Martín Hernández es partidaria de introducir este tipo de medidas en las legislaciones internas de los Estados miembros en "aquellos supuestos en los que los efectos adversos causados por los incumplimientos de los socios comerciales fueran graves y muy graves y en los que su actitud reacia a aplicar las medidas establecidas por las empresas matrices fuera reiterada e injustificada". Así en "La perspectiva de la Unión Europea...", cit., p. 280.

prevé la adopción de medidas intermedias de acompañamiento, formación y asesoramiento dirigidas específicamente a las pyme presentes en las cadenas de valor, y ello con el propósito de evitar que la ruptura de las relaciones comerciales acabe perjudicando a los empleados de los socios de negocio, justamente a quienes se está pretendiendo proteger (art. 14)[61].

d) Emprenden las medidas necesarias para poner fin (o al menos reducir a la mínima expresión) a los impactos adversos reales (art. 8). El proyecto de Directiva no restringe esta obligación a los proveedores directos, pero sí pone coto a una interpretación que pudiera dar lugar a entender que los deberes de la empresa líder se deban llevar a cabo respecto de las repercusiones negativas que afectan a todas y cada una de las entidades que, de una u otra manera, forman parte de la cadena de valor. El sistema empleado para ello consiste en tomar en consideración exclusivamente las operaciones de la cadena de valor llevadas a cabo por entidades con las que dicha empresa tiene una "relación comercial establecida". La lectura del apartado f) del art. 3 nos da a conocer el contenido exacto de dicha expresión. De modo que no estarán cubiertas todas las empresas que de algún modo formen parte del modelo de negocio de una empresa, sino solo aquellas con las que se mantengan relaciones comerciales de manera "directa o indirecta" (ya estemos ante un contratista, subcontratista o cualquier otro tipo de socio comercial), siempre que dicho vínculo no sea esporádico y perdure a lo largo del tiempo (o, al menos, se prevea que así sea en vista de su "intensidad o duración"), amén de no representar "una parte insignificante o meramente auxiliar de la cadena de valor"[62].

En todo caso, hay que destacar que la futura Directiva otorga suma importancia a la perspectiva preventiva, con el ánimo de anticiparse a la producción del impacto adverso, consciente de que resulta crucial ese enfoque *ex ante* para evitar cualquier atentado sobre los derechos humanos. Cuando la producción del impacto no se pueda neutralizar por completo de manera inmediata, habrá que emprender un "plan de acción correctiva, con plazos de actuación razonables y claramente definidos". Asimismo, reproduciendo la estructura del precepto anterior, se contienen menciones a las garantías contractuales en cascada y a las medidas "adecuadas" de verificación del cumplimiento, a las inversiones y el apoyo a las pyme, a la colaboración con otras entidades "cuando sea pertinente"[63] y a la prohibición de continuar o establecer nuevas relaciones comerciales con el socio relacionado con la producción del impacto. Cabe entonces interpretar que la propuesta legislativa impondrá a los colaboradores de primer grado que trasladen las exigencias de sostenibilidad a los sucesivos eslabones de la cadena (y cuentan sin duda en su poder con instrumentos para trasladar su influencia a todos ellos), lo que será determinante para la implementación de la diligencia debida con alance global.

Tales previsiones quedarían desasistidas si no se incorporase la obligación de supervisar de forma periódica la eficacia de la política empresarial de diligencia debida (art. 10). No obstante, sorprende que no se haya hecho mención a la participación de las partes interesadas en esa labor de comprobación del cumplimiento, sobre todo en lo que a los trabajadores y sus representantes se refiere. Pero es que, además, la monitorización ha de ir ligada a la transparencia. De acuerdo con las normas

[61] Destacaba DAUGAREILH el efecto perverso de convertir a los trabajadores de las empresas auxiliares en víctimas de los incumplimientos que desembocan en la pérdida del contrato con la casa matriz y, por tanto, en la pérdida del empleo. *Vid.* la autora en "Responsabilidad social de las empresas transnacionales: análisis crítico y prospectiva jurídica", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, N. 27, 2009, vol. 1, pp. 94-97.

[62] Tal y como se advierte en AA.VV., "Due Diligence Around the World...", está por ver si la introducción del concepto de "relación comercial establecida" llega a tener un efecto no deseado al incentivar a las empresas a evitar dichas relaciones y entablar en su lugar relaciones comerciales "superficiales".

[63] La Guía de Debida Diligencia de la OCDE ya subrayaba que la colaboración de las empresas a nivel sectorial o intersectorial no sólo permite ahorrar costes, sino también resulta de gran utilidad para "agrupar conocimientos, aumentar la influencia e incrementar la eficacia de las medidas".

internacionales en vigor, se deberá comunicar externamente la información resultante de tales evaluaciones. Y en este punto la Directiva es más parca que la posición final mantenida por el Parlamento.

Al margen de la presentación de informes en virtud de la Directiva de seguridad y salud en el trabajo, la Propuesta se remite en su art. 11 a los arts. 19 *bis* y 29 *bis* de la Directiva 2013/34/UE (modificada por la Directiva 2014/95/UE), mientras que para las empresas no cubiertas por la misma se alude a la publicación anual, en su sitio web, de la información sobre la políticas, procesos y actividades de diligencia debida (Considerando 44)[64]. Ahora bien, la Resolución del Parlamento de 2021 añadía la obligación para las empresas de hacer pública la composición de su cadena de valor ("nombres, ubicaciones, tipos de productos y servicios suministrados"), sin perjuicio del respeto a la confidencialidad comercial en este ámbito, deber que no reproduce la propuesta de Directiva aprobada finalmente. Asimismo, el art. 6 del texto de la Eurocámara contenía la obligación de comunicar la estrategia empresarial de diligencia debida a los representantes de los trabajadores y sindicatos, junto al resto de partes interesadas potencialmente afectadas, previa solicitud de las mismas. En cambio, este derecho de información de los trabajadores queda un tanto desasistido en la Propuesta que se está analizando. Y es que incluso quedan privados de un derecho de información sobre las reclamaciones internas y procedimientos judiciales en curso. Como es fácilmente apreciable, habría sido recomendable haber adoptado una posición más avanzada en este ámbito, en consonancia con otros textos internacionales.

Dicho esto, y retomando el estudio del art. 8 de la Propuesta, hay que señalar que la cesación y mitigación del alcance de los impactos adversos puede requerir "el pago de daños y perjuicios" o de una "compensación económica" a las personas o comunidades afectadas. A decir verdad, los procesos civiles internacionales pueden alargarse a lo largo del tiempo perpetuado el agravio. De modo que la previsión legislativa exige la adopción de medidas de resarcimiento material a fin de neutralizar los efectos perjudiciales que se pudieran estar ocasionando. Se integran así las perspectivas preventiva y resarcitoria. Cierto es que, tras los abusos cometidos, los derechos humanos de los trabajadores pueden quedar irremediablemente dañados. La compensación material es en estos casos un insuficiente resarcimiento que no permite restaurar la integridad de los bienes jurídicos lesionados. Con todo, no cabe minusvalorar el avance normativo en este ámbito, pues se impone a las empresas avivar la reparación a las víctimas como medida para contribuir a la minimización del daño. Se trata, por tanto, de limitar su alcance.

A su vez, precisa el artículo que la compensación habrá de ser "proporcional" al agravio y a la participación de la empresa en la materialización de la repercusión negativa (previsión contenida en el art. 8.3, a, la cual deberá interpretarse a la luz del art. 22). Parece evidente que el alcance de este deber de reparación estará condicionado por la interpretación que se haga del art. 6 de la Directiva, en cuanto a la identificación del riesgo, donde el significado que se le dé a los términos "que se deriven de" y "relaciones comerciales establecidas" será determinante. Por otra parte, la intervención en este punto de las partes interesadas es de suma importancia para la consecución de una efectiva reparación, previsión que sin embargo la Directiva no incorpora. Y es que, mientras que los Principios Rectores y la Guía de Diligencia Debida de la OCDE delimitan con mayor precisión su cometido en las diversas

[64] El Parlamento en su posición final ya había avanzado que "unos requisitos de transparencia exhaustivos son un elemento crucial de la legislación obligatoria en materia de diligencia debida; observa que la mejora de la información y la transparencia proporciona a los proveedores y fabricantes un control y comprensión mejores de sus cadenas de suministro y mejora la capacidad de supervisión de los consumidores y otras partes interesadas, así como la confianza pública en la producción; subraya en este sentido que la futura legislación sobre diligencia debida debe tener en cuenta soluciones digitales que faciliten el acceso público a la información y reduzcan al mínimo las cargas burocráticas".

etapas del proceso de diligencia debida (tanto en la identificación y prevención, como en la minimización, finalización y mitigación de los impactos negativos), la propuesta de Directiva presenta sonoras lagunas en este ámbito.

e) Las empresas han de poner en marcha un procedimiento interno de reclamación empresarial que posibilite la reparación de los daños humanos o ambientales ocasionados (art. 9), el cual deberá estar a disposición de los posibles afectados, incluidos los sindicatos, otros representantes de los trabajadores y las organizaciones de la sociedad civil. Es relevante la activación de este procedimiento de forma anticipada a la efectiva realización del daño, por quienes puedan acreditar "inquietudes legítimas en cuanto a los efectos adversos, reales o potenciales" que pudieran producirse (también en el ámbito de la cadena de valor), o por quienes tengan "motivos fundados" para creer que pueden verse perjudicados por tales impactos. Funciona así también como un "mecanismo de alerta temprana, mediación y sensibilización respecto al riesgo" (en los términos empleados por la Eurocámara)[65]. Justamente, el texto presentado por el Parlamento era más específico en este punto, pues incluía una mención a la necesidad de que los mecanismos para la presentación formal de reclamaciones fueran, además de legítimos, "accesibles, predecibles, seguros, equitativos, transparentes, compatibles con los derechos", capaces de proporcionar "respuestas oportunas y efectivas a las partes interesadas".

En todo caso, de estimarse que la reclamación interpuesta está "fundada" (téngase presente que tal apreciación le corresponde a la propia empresa), se considerará "identificado" el riesgo a los efectos que establece el art. 6 (previamente comentado). Pese a las limitaciones de esta previsión, ya que el carácter justificado o injustificado estará condicionado por la valoración subjetiva de la empresa, no pueden desdeñarse los buenos propósitos de la misma, pues podrá actuar en este ámbito como vía de activación del procedimiento de diligencia debida. Ello no impide señalar que, hasta el momento, los mecanismos de reclamación a nivel de empresa han mostrado una utilidad limitada. Es más, la falta de capacidad de respuesta y la ausencia de colaboración por parte de la empresa han supuesto importantes obstáculos para los titulares de los derechos afectados[66]. Aun así, no puede dejar de apuntarse la valía de este mecanismo al sumarse a otros esfuerzos, igualmente necesarios, para salvaguardar la integridad de derechos laborales esenciales; siempre que, claro está, no sean empleado como instrumento dilatorio y disuasorio. El denunciante, en caso de no obtener resultados satisfactorios, deberá poder acudir a las vías judiciales a través de un proceso con todas las garantías.

Conjuntamente, la Propuesta se refiere de manera muy escueta a la realización de evaluaciones periódicas (art. 10), así como al control que han de ejercer las autoridades nacionales de supervisión y ejecución (arts. 17 a 21). En relación a esta facultad inspectora hay que destacar que el texto analizado es sustancialmente más preciso que el contenido en la Resolución del Parlamento donde, entre otras cuestiones, quedaba sin resolver la identificación de la autoridad nacional competente para investigar las estrategias adoptadas en mate-

[65] En la Resolución de 4 de octubre de 2018 se advertía que "los mecanismos de reclamación no deben eximir a los Estados miembros de su deber primordial de proteger los derechos humanos y ofrecer acceso a la justicia y la reparación". Y en esta línea, conviene reparar en la *Recomendación OIT núm. 130 sobre el examen de reclamaciones*, de 1967, pues prevé que "cuando todos los esfuerzos para resolver la reclamación dentro de la empresa hayan fracasado, debería existir la posibilidad, habida cuenta de la naturaleza de dicha reclamación, de resolverla definitivamente", ya sea por medio del procedimiento judicial apropiado, o bien acudiendo a los mecanismos de conciliación o arbitraje.

[66] La Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha documentado en los últimos años los abusos en los derechos humanos protagonizados por las empresas europeas y la dificultad de las víctimas para acceder a una adecuada reparación. Consúltense los Informes *Protecting migrant workers from exploitation in the EU: boosting workplace inspections* y *Business-related Human Rights Abuses Reported in the EU and Available Remedies*, ambos de 2019; junto al Informe *Business and human rights – access to remedy*, de 2020.

ria de diligencia debida por las empresas extracomunitarias que operan en parte del territorio de la Unión. El art. 20 se refiere ahora a la indispensable independencia de las autoridades nacionales con capacidad para impartir órdenes sobre las medidas correctivas a adoptar e imponer sanciones disuasorias conforme al volumen de negocios de la empresa.

Otras medidas complementarias igualmente pertinentes son la elaboración de directrices por la Comisión sobre diligencia debida, "cuando proceda", para sectores específicos o impactos negativos concretos (art. 13) y de cláusulas contractuales modelo (art. 12); la indemnidad de los denunciantes para salvaguardar el anonimato y su integridad (art. 23) bajo el amparo de la Directiva UE 2019/1937 y, por tanto, conforme a la delimitación del ámbito personal contenida en el art. 4 de dicha Directiva[67]; o la articulación, exigida a los legisladores nacionales, de un régimen de sanciones efectivo, disuasorio y proporcionado (art. 20), previsión esta última estrechamente ligada a la limitación de todo apoyo público a las empresas que hayan sido sancionadas por incumplimientos en este ámbito (art. 24). Si bien, especial mención merecen las reglas dispuestas en materia de responsabilidad civil ante los daños causados por los incumplimientos de las empresas en esta materia (art. 22), pues constituyen un singular avance respecto del marco vigente.

Finalmente procede apuntar que el cumplimiento de la diligencia debida por la empresa no será viable sin una regulación de las responsabilidades y deberes de los administradores o directivos[68], de ahí que se pretendiera incorporar al texto articulado las cuestiones relativas al gobierno corporativo, las estructuras internas y de toma de decisiones de la empresa[69]. Sin embargo, la Propuesta ha terminado por diluir este aspecto y prácticamente se limita a encomendar a los Estados que se aseguren de que estos tengan en cuenta las consecuencias de sus decisiones en materia de sostenibilidad, derechos humanos, cambio climático y medio ambiente (art. 25). Mayor contundencia se aprecia, no obstante, en el siguiente precepto donde se manifiesta que a los administradores les corresponde integrar la diligencia debida en la estrategia empresarial y supervisar el proceso. Es más, no pueden dejar de citarse los Principios Rectores (núm. 16) donde se subraya que "la declaración política de compromiso debe inculcarse a nivel de toda la empresa, desde las altas esferas hasta los restantes sectores, que de otro modo podrían actuar sin tomar conciencia de los derechos humanos y sin tenerlos en cuenta". Y es que de quienes tienen potestades decisoras dependerá la consecución de una efectiva o defectuosa integración de la diligencia debida en las empresas.

---

[67] O'Brien, C.M. y Martin-Ortega, O., "Sustainable corporate governance…", cit., p. 15, ponen de manifiesto que los defensores de los derechos humanos, sin una relación laboral directa o indirecta con la empresa afectada, quedarán fuera de dicha protección, contrariando lo dispuesto en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Defensores de los Derechos Humanos y el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos.

[68] Así lo defendía Gil y Gil, J.L., "La responsabilidad de las empresas multinacionales por vulneración de los estándares laborales. Una perspectiva global", *Lex Social*, vol. 10, N. 2, 2020, p. 34.

[69] Esta es una de las materias que ha despertado mayor oposición. Ejemplo de ello lo encontramos en Hansen, J.L., "Unsustainable Sustainability", Oxford Business Law Blog, 8 de marzo de 2022 o en el Informe presentado por veinticuatro académicos expertos en derecho de sociedades de los países nórdicos y bálticos en AA.VV, "*Response to the Proposal…*", cit., donde se mantiene que "many of the Proposal's provisions are excessive, unfounded and disproportionate and as such in violation of the fundamental principles of subsidiarity and proportionality safeguarded by Art. 5 TEU as well as having a questionable basis in Art. 50 TFEU. Furthermore and in regard of procedure, we find that the presentation of the Proposal by the Commission represents a disregard for the principles of better regulation that should not pass unnoticed and must be observed in the future to maintain trust in the legislative process of the Union" (p. 4). En la misma línea, A. Edmans, *Response to the European Commission Study on Sustainable Corporate Governance, London Business School*, octubre de 2020 y The European Company Law Experts Group (ECLE), *Comment by the European Company Law Experts Group on the European Commission's Consultation Document: Proposal for an Initiative on Sustainable Corporate Governance*, diciembre de 2020.

2.4. El derecho a la reparación efectiva y el tratamiento de la responsabilidad civil

La reparación de los abusos de los derechos humanos exige una actuación integral en diversos frentes y una de las aristas de este entramado es la articulación de mecanismos de responsabilidad civil[70]. El control público y la responsabilidad administrativa no bastan para que las grandes empresas apuesten de manera decidida por hacer frente a las vulneraciones de derechos esenciales y por establecer programas eficientes de monitorización y de compensación ante los perjuicios ocasionados. En este escenario el instrumento normativo que está en curso demuestra mayor ambición que los Principios Rectores y concibe la diligencia debida como fuente de atribución de responsabilidad jurídica. Es cierto que en algunos aspectos la Propuesta se ve mermada por una cierta ambigüedad que le resta contundencia, pero es palmaria su contribución favorable a la puesta en funcionamiento de los mecanismos de reparación.

Son varios los factores que entorpecen la viabilidad de las demandas por responsabilidad ante las empresas que no adoptan un cuidado razonable sobre la integridad de los derechos humanos de los trabajadores. Tradicionalmente la distinta personalidad y la autonomía jurídica de las entidades que forman parte del grupo de valor han constituido renuentes condicionantes de la irresponsabilidad jurídica de las empresas matrices internacionales, pese a que precisamente son las principales beneficiaras de la estructura transnacional de producción[71]. De ahí que la judicialización de los conflictos en este terreno haya dado flacos resultados. Sólo en contadas ocasiones se ha admitido que la casa matriz es responsable de su propios actos u omisiones en relación con los impactos negativos que tienen origen en las actividades de sus filiales[72]. Mientras que mayores dificultades nos encontramos cuando no existen nexos corporativos entre las empresas, sino contractuales, como sucede en el caso de los socios comerciales. Aunque, téngase en cuenta, también en estos casos la matriz dispone de ciertos resortes de poder que se dejan sentir a lo largo de toda la red. Su fortaleza en el mercado y las medidas que adopte, por ejemplo, en torno a la inversión y abastecimiento, le permitirán ejercer una influencia decisiva para condicionar la actuación que finalmente lleguen a desplegar el resto de empresas colaboradoras (incluidos los contratistas y proveedores situados en los niveles inferiores de las cadenas de valor) en relación al respeto o contravención de los derechos humanos laborales.

Pues bien, la articulación de normas internacionales vinculantes allanará sin duda el camino para que pueda garantizarse "que las injusticias en el extranjero no pasen desapercibidas"[73] y los daños sean convenientemente

[70] El derecho de las víctimas a una reparación adecuada, efectiva y rápida fue reconocido por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 60/147, de 16 de diciembre de 2005, en caso de vulneraciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario. Constituye, además, el tercer pilar de los Principios Rectores.

[71] Al respecto, *vid.* DAUGAREILH, I., "Afrontar el reto de la globalización de la economía: por una refundación del papel del Estado", *Trabajo y Derecho*, N. 14, 2016, p. 2.

[72] En este sentido se resolvió el asunto *Chandler contra Cape Plc* (sentencia de la Corte de Apelación inglesa de 25 de abril de 2012) sobre la demanda civil interpuesta por un antiguo trabajador de una filial de la multinacional que había desarrollado una enfermedad pulmonar crónica debida a la exposición al amianto. En este caso se estimó la responsabilidad de la matriz por no haber tomado medidas que podrían haber contribuido a evitar el daño. Más cercanos en el tiempo, el Tribunal Supremo del Reino Unido confirmó en su sentencia sobre el caso *Vedanta Resources Plc. contra Lungowe*, de 10 de abril de 2019, en relación a las emisiones tóxicas de una mina de cobre explotada por una filial en Zambia, que la multinacional puede ser responsable de los daños causados por las filiales si, en el marco de su política de grupo, ejerce medidas de supervisión y control sobre las actividades de las mismas. Para un tratamiento detenido sobre este asunto consúltese a AA.VV., "Toward a Corporate Duty for Lead Companies to Respect Human Rights in Their Global Value Chains?", *Business and Politics,* vol. 22, 2020, pp. 9-11.

[73] En palabras de REVAK, H., "Corporate codes of conduct: Binding contract or ideal publicity?", *Hastings Law Journal*, vol. 63, 2012, p. 1670.

resarcidos. Previsiblemente este nuevo marco regulador inspirará y facilitará las actividades empresariales sostenibles en las cadenas de valor mundiales, al tiempo que contribuirá a hacer más factible el acceso a la justicia de los potenciales afectados por los abusos, incluido el trabajo asalariado prestado en el conjunto de la cadena global de producción[74]. Urge anudar de forma estrecha la noción de diligencia debida a la de responsabilidad[75], y el legislador comunitario sienta en este punto las bases para que las entidades que se sitúan en el vértice de las cadenas mundiales pongan en marcha, de manera más concienzuda que hasta ahora, los procesos de vigilancia y control sobre las actividades de sus colaboradores en las cadenas globales y asuman las consecuencias de los actos contrarios a los derechos humanos que pudieran producirse. Se podrá así producir un fuerte efecto potenciador del necesario respeto de los derechos humanos y medioambientales en el resto de los eslabones, sobre los que la empresa líder ejerce una clara influencia y poder de control, en el contexto de las relaciones profesionales globales.

Ante los daños ocasionados, por acción u omisión, en las operaciones efectuadas por las empresas, sus filiales o formando parte de su cadena de valor, el proyecto de Directiva aclara cuál es el alcance de la responsabilidad que habrán de asumir las matrices y los supuestos en los que se excluye tal responsabilidad debido a que el impacto adverso no pudo haberse previsto, evitado, cesado o mitigado con la oportuna ejecución de la diligencia debida. Es decir, se requiere una relación de causalidad entre la actuación incumplidora o negligente de las obligaciones en las que se concreta la diligencia debida obligatoria y el agravio sufrido en los derechos humanos o el medio ambiente. La responsabilidad se activa, en estos casos, por la propia actuación de la multinacional y no por el comportamiento de terceros. De modo que, sin la necesidad de acudir a mayores artificios, se consiguen sortear los problemas que suscita la aplicabilidad en este ámbito del principio de personalidad jurídica y autonomía privada de las empresas.

Ahora bien, el carácter innovador y avanzado del texto analizado no impide desconocer la presencia de ciertas deficiencias que convendría depurar en la tramitación final del mismo. En primer lugar porque el régimen de responsabilidad que se adopta viene condicionado por el examen del cumplimiento de los arts. 7 y 8 de la Directiva y, por ende, por la definición de "impacto negativo" contemplada en el art. 6. Sin desmerecer el enfoque preventivo que aporta su razón de ser, no puede obviarse que las casas matrices intentarán forjar un escudo que les evite asumir responsabilidades siempre que logre demostrarse que actuaron diligentemente, pese a haberse materializado el daño en los derechos protegidos, al haber empleado todos los medios que razonablemente estaban a su alcance para impedirlo. Y es que el compendio de obligaciones previstas es de medios (Considerando 16); no tratan de garantizar un determinado resultado. Así pues, debe insistirse en que el oportuno despliegue del deber de cuidado, de acuerdo con los requisitos que tales preceptos acogen, eximirá a la empresa de responder por los daños producidos. Bajo tales premisas, los fallos detectados en la configuración de dichos preceptos en cuanto a la perspectiva de la seguridad jurídica, de los que se ha dado cuenta previamente, podrían redundar en perjuicio de la efectiva reparación para las víctimas.

En segundo término, debe apuntarse que el legislador comunitario ha sido muy consciente de la dificultad que padecen los

[74] Hasta el momento las Directrices de la OCDE o los Principios Rectores de la ONU han sido tenidos en cuenta por los tribunales para valorar el comportamiento de las empresas. Así ha sucedido en la sentencia del Tribunal de la Haya, de 26 de mayo de 2021, con origen en la demanda interpuesta por la ONG Milieudefensie (Amigos de la Tierra), donde se condena en un proceso civil a Royal Dutch Shell a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero del Grupo Shell.

[75] Así lo ha propuesto (1.20) el CESE en su *Dictamen sobre el Tratado vinculante de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos* (2020/C 97/02). *Vid.* también a LÓPEZ HURTADO, C., "La debida diligencia en el proyecto de tratado de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos", *Trabajo y Derecho*, N. 14, 2021, p. 5 (LA LEY 11262/2021).

actores empresariales situados a la cabecera de la cadena de valor para ejercer un control directo e inmediato sobre el comportamiento de todas las entidades que participan en la red de producción y distribución. Así pues, el texto articulado limita la responsabilidad a los "daños causados en la cadena de valor en condiciones específicas". Concretamente, el art. 22 la restringe a las relaciones comerciales establecidas con empresas con las que la matriz mantiene una cooperación duradera y "no meramente accesoria". Ello, no obstante, sin perjuicio de la responsabilidad que debieran asumir sus filiales o los socios comerciales, directos o indirectos, por los hechos dañosos por estos mismos ocasionados; y también al margen de las obligaciones más estrictas que pudieran implementarse en los Estados miembros (art. 22. 3 y 4).

Abunda por ello la Propuesta en la posición que ya mantuvo el Parlamento, pues la responsabilidad civil exigible a las matrices ante las vulneraciones de los derechos humanos, incluidos los sociales y laborales, se circunscribe a los incumplimientos atribuibles a las empresas auxiliares que se encuentren bajo el control de la principal, debiendo constatarse esa "influencia decisiva" (art 3.9)[76]. En todo caso, para medir el alcance de dicha responsabilidad se tendrán en cuenta las inversiones realizadas, la colaboración con otras entidades o los "esfuerzos" realizados para acatar las medidas correctivas impuestas por una autoridad de control.

Por otra parte, en el supuesto de los impactos adversos causados por los socios indirectos con los que se mantenga una relación comercial establecida, la versión de 2022 de la Directiva matiza que la empresa cabecera deberá asumir su responsabilidad jurídica únicamente cuando las medidas de diligencia debida adoptadas (y debidamente especificadas en las garantías contractuales prestadas) no fuesen adecuadas para prevenir, mitigar, eliminar o minimizar el alcance del daño y además resultara previsible dicho resultado "dadas las circunstancias del caso". Dicho de otro modo, no tendrán que responder por los impactos adversos cuando se hayan obtenido por parte de los socios directos las garantizas contractuales necesarias para avalar, tanto el cumplimiento del código de conducta por el resto de colaboradores o subcontratistas, como del plan de acción preventiva o correctiva que se hubiera establecido, siendo en estos casos razonable esperar la efectiva neutralización de las posibles consecuencias negativas para los derechos implicados.

Finalmente hemos de remitirnos a la actividad probatoria en este ámbito. Parece evidente que los demandantes tendrán enormes dificultades para acreditar: el incumplimiento de las directrices prescritas de diligencia debida a partir de la falta de idoneidad y eficacia de las medidas adoptadas, o incluso la ausencia de las mismas; la existencia de una relación de causalidad entre la desatención de la norma y el agravio sufrido por los trabajadores de los socios comerciales; y, en su caso, la concurrencia de una relación comercial estable con la entidad causante de la vulneración de derechos humanos. Para alcanzar una efectiva reparación del daño por la vía de la responsabilidad civil, la carga de la prueba debería recaer en la empresa líder en la red. Sin embargo, la Propuesta mantiene en este punto una posición un tanto confusa que puede provocar problemas en su aplicación. Y es que la exigencia de garantías contractuales por parte de los socios comerciales directos y la certificación por una auditoría externa del cumplimiento del código de conducta podrían

[76] La Propuesta de Directiva ha recibido críticas desde ciertos sectores, al considerar que las empresas deben afrontar responsabilidad "por sus propios actos, y no por los de otros o los de sus socios comerciales, y sólo por actos imputables a la empresa por parte de sus empleados. La responsabilidad no debe aplicarse por los actos independientes o imprevisibles de otros actores". Así en AA.VV, *Response to the Proposal for a Directive*..., cit., p. 15. Asimismo, añade HANSEN, L., "Unsustainable Sustainability", cit., que "Our companies should only face liability for their own actions when violating clear and exact obligations described in full in statutory texts, and the presumption of innocence should apply, leaving the burden of proof on authorities".

servir de sustento jurídico para que las matrices terminen por trasladar su responsabilidad a las entidades colaboradoras, distribuidoras o proveedoras. En este contexto las potenciales víctimas se verían abocadas a tener que demostrar que las garantías prestadas eran insuficientes o inadecuadas[77]. Lejos de actuar como herramienta para restringir el espacio de control directo ejercido por la multinacional, se insiste nuevamente, el propósito a perseguir por dicho "efecto cascada" ha de ser la consecución de la exigibilidad plena, a través de técnicas contractuales, del cumplimiento de las medidas preventivas en toda la cadena de valor.

La Propuesta de la Eurocámara era en este punto más rotunda y algo más favorable para los posibles agraviados, pues al menos contemplaba la inversión de la carga de la prueba hacia la empresa "en lo que atañe a la demostración de que esta carecía de control sobre una entidad empresarial implicada en el abuso de los derechos humanos". De manera que esta cuestión queda, de momento, al albur de lo que prevean las respectivas normas estatales de transposición. Lo cierto es que sería preciso reforzar este aspecto en aras a una efectiva salvaguarda de los derechos humanos y del desarrollo sostenible. Es decir, sería conveniente sortear el peligro de que legislaciones poco exigentes terminen por ser empleadas subrepticiamente para limitar la responsabilidad empresarial[78]. Con todo, aun mejorable, la propuesta de Directiva constituye un hito del paso del *soft* al *hard law* que reconoce la asunción de responsabilidad por parte de las empresas y, como tal, debe ser valorado[79]. Difícilmente puede negarse que la nueva normativa ofrece un "giro radical en la conformación de las responsabilidades"[80] de las grandes corporaciones con el objeto de evitar que, amparadas por un mar reticular de entidades subcontratadas, interpuestas y externalizadas, estas entidades puedan evadir sus responsabilidades respecto de los trabajadores que contribuyen al crecimiento de sus ganancias.

2.5. El acceso a la justicia de las víctimas de los abusos empresariales en contextos transfronterizos

La propuesta legislativa que aquí se analiza no aborda expresamente el derecho a la tutela judicial efectiva ante la vulneración de los derechos humanos en el trabajo[81]. Y como punto de partida hay que tener en cuenta que la resolución judicial de los conflictos en este ámbito a menudo se ha visto mermada por la falta de tipificación de determinadas vulneraciones de los derechos laborales fundamentales, mientras que la futura Directiva constituye un significativo avance en este campo. No sólo entraña la imposición de obligaciones directas a las empresas y, por ende, para sus filiales y sus cadenas de valor, sino también acoge reglas de reparación a fin de garantizar el mayor nivel de protección de los derechos afectados[82]. De modo que la desatención de

[77] Así en O'Brien, C.M. y Martin-Ortega, O. "Sustainable corporate governance…", cit., pp. 17-18 y Guamán Hernández, A., "El borrador de Directiva…", cit., p. 10.

[78] Gil y Gil, J.L., "La responsabilidad de las empresas multinacionales…", cit., p. 35.

[79] Mantiene una encendida crítica en este punto Guamán Hernández, A., al sostener que "la norma afirma que aumentará la responsabilidad de las empresas por los impactos adversos, cosa que evidentemente queda limitada, tanto por el escaso número de empresas concernidas como por la falta de claridad en las responsabilidades y las vías de escape establecidas respecto del cumplimiento de estas" ("El borrador de Directiva…", cit., p. 17). Por su parte, de tímida tilda Igartúa Miró a la actuación a nivel comunitario en torno a la propuesta de directiva. Así en "Prevención de riesgos laborales y cambio climático", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, N. 469, 2022, p. 71.

[80] *Vid.* Durán Ayago, A., "Desde la Propuesta de Directiva de diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial hasta su concreción en el espacio judicial europeo", *Trabajo y Derecho*, N. 91 2022, p. 5 (LA LEY 6231/2022).

[81] Recuérdese que es reconocido internacionalmente como derecho humano en el art. 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

[82] Lo importante a destacar de esta Propuesta, subraya Correa Carrasco, "es que viene a corroborar una línea de ac-

tales deberes servirá de asidero jurídico para fundamentar el acceso a los tribunales con el propósito de reclamar la cesación de determinados comportamientos y la reparación de los daños causados.

A mayor abundamiento, cabe también traer a colación los habituales problemas para identificar el tribunal competente y la ley aplicable en estos casos. Tales dificultades pueden llegar a socavar los procedimientos legales que se susciten con ocasión de los daños ocasionados a los derechos humanos laborales en otros continentes[83]. En relación a esta última cuestión, es de sobra conocida la ausencia de una norma de conflicto que garantice la aplicación del sistema de responsabilidad civil de los Estados europeos con legislaciones más garantistas. Precisamente esta laguna trata de ser subsanada ahora por la futura Directiva, pues posibilita extender las reglas sobre responsabilidad civil a los territorios donde más las necesitan. En concreto, se dispone la aplicación de las normas armonizadas, "incluidas las relativas a la responsabilidad civil", en aquellos supuestos en los que se presenta una reclamación por el daño acaecido en terceros países no pertenecientes a la Unión ante un incumplimiento de los deberes de diligencia debida cuando, de acuerdo con las normas de derecho privado internacional[84], no resultara de aplicación la legislación de un Estado miembro, sino la de otros Estados periféricos con estándares de protección significativamente más débiles. De este modo queda reflejado en el art. 22.5 de la Propuesta. Así pues, los Estados miembros deberán garantizar que la regulación nacional de esta cuestión será de aplicación de forma "imperativa y prevalente"[85].

Por otra parte, tal y como ha subrayado el Comité Económico y Social Europeo (CESE), es preciso garantizar "el acceso a procedimientos, tribunales y autoridades que actúen con justicia. En especial en los casos en que no esté claro si el responsable potencial es la empresa matriz, una de sus filiales o uno de sus proveedores, debe ser competente un único órgano jurisdiccional que lleve a cabo procesos justos"[86]. Pero lo cierto es que las dificultades a las que se enfrentan los empleados en las cadenas de valor para acceder a los tribunales de justicia no han hecho sino acrecentarse en estos últimos años, avivadas por la pandemia, sobre todo en el ámbito laboral y transfronterizo, al que con frecuencia no se le otorga un carácter prioritario. Ante la inexistencia de un Tribunal Internacional para empresas multinacionales capaz de investigar y juzgar las

ción normativa donde la protección del medioambiente y el respeto a los derechos sociales fundamentales se erigen en dos ejes sobre los que, de forma integrada, se articula la transición hacia una economía justa y sostenible". Así en "Transición ecológica y diálogo social transnacional: el papel de los acuerdos marco internacionales ", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, N. 269, 2022, p. 165

[83] De ello alertaba el Parlamento Europeo en su Resolución de 4 de octubre de 2018, ya citada.

[84] Recuérdese que el Reglamento núm. 864/2007, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), prevé en su art. 4 que "la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión".

[85] En relación al mecanismo dispuesto para garantizar la aplicación de las normas nacionales de transposición en este ámbito, *vid.* MAGALLÓN ELÓSEGUI, N., "El Derecho aplicable a la responsabilidad de las empresas por violación de derechos humanos en una futura directiva europea sobre diligencia debida", en SANGUINETI RAYMOND, W. y VIVERO SERRANO, J. (Dirs.), *Diligencia debida*..., cit., versión digital.

[86] *Dictamen sobre el Tratado vinculante de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos* (Dictamen de iniciativa) (2020/C 97/02). Igualmente, el Informe del Parlamento Europeo *Sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones graves de los derechos humanos en terceros países*, de 19 de julio de 2016, 2015/2315(INI), ya advertía que "los Estados, actuando en el ámbito de su jurisdicción, tienen el deber de proteger los derechos humanos, también contra las violaciones cometidas por empresas, incluso si operan en terceros países; recuerda insistentemente que, cuando se producen violaciones de los derechos humanos, los Estados deben conceder a las víctimas acceso a vías de recurso efectivas; recuerda, en este contexto, que el respeto de los derechos humanos por parte de terceros países, incluida la garantía de una vía de recurso efectiva para las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, constituye un elemento esencial de las relaciones exteriores de la Unión con estos países".

reclamaciones por violaciones de derechos humanos, los trabajadores se encuentran a menudo desprovistos de "vías legales efectivas en contra de las marcas globales (ni) en tribunales locales ni extranjeros, a pesar del impacto directo y devastador de sus decisiones"[87].

Es innegable que la tutela efectiva de los derechos está condicionada por la jurisdicción competente para conocer de estos asuntos. Los Estados receptores de inversiones a menudo no pueden (en ocasiones tampoco quieren) dar trámite a las demandas por vulneración de derechos humanos en el ámbito de las cadenas globales de valor, pues no gozan de la capacidad técnica y jurídica necesaria para obrar de tal manera[88]. Especialmente claro en este sentido se mostraba el Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos *Mejorar la rendición de cuentas y el acceso a las reparaciones para las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales*, de mayo de 2016, al afirmar que "las consecuencias de las actividades de las empresas sobre los derechos humanos dan lugar a la apertura de causas en muchas jurisdicciones, pero las demandas privadas suelen finalizar sin que se llegue a juicio y, en los casos en que se obtiene una reparación, a menudo esta no satisface la norma internacional en materia de reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido"[89].

Pues bien, un asunto prioritario en este terreno es el acceso de las víctimas a los órganos jurisdiccionales del estado de origen de la matriz. El tratamiento de la jurisdicción competente y la ejecución de resoluciones judiciales en situaciones transfronterizas precisa de un enfoque holístico que posibilite que, junto a la aplicación del art. 8 del Reglamento 1215/2012 que permite la atribución de responsabilidad a las empresas comunitarias cuando actúan en terceros países, también dé cauce a la tramitación de litigios conjuntos contra las empresas cabeceras y sus colaboradoras formando un litisconsorcio pasivo necesario, pese a que la demanda se dirija contra entidades domiciliadas en países que no forman parte de la Unión Europea, por violación de derechos fundamentales de los trabajadores producidos en espacios geográficos no comunitarios, con fundamento en las relaciones comerciales que unen a todas ellas y en la desatención de los deberes de diligencia debida como origen del agravio causado[90]. Repárese en que el ar-

[87] *Vid.*, al respecto, a VOGT, J., "Access to Labour Justice", *Red ILaw, The Global Labour Rights Reporter*, vol. 1, N. 1 2021, p. 5.

[88] Así en NIETO ROJAS, P., "Cadenas mundiales de suministro y trabajo decente: instrumentos jurídicos ordenados a garantizarlo", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 37, 2019, p. 431. Destacan ABOIM MACHADO, L., y PÉREZ AMORÓS, F., "El Proyecto de instrumento internacional vinculante sobre empresas y derechos humanos: ¿fin del paradigma de la voluntariedad?", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y de Derecho del Empleo*, vol. 9, núm. 3, 2021, p. 52: "Teniendo presente que –en la inmensa mayoría de los casos– la multinacional es de un estado *fuerte* (desarrollado) mientras que las víctimas los son de un estado más *débil* (en vías de desarrollo), se debería procurar una *extraterritorialidad de la jurisdicción* que hiciera frente a tal *desterritorialización de las empresas multinacionales*. Es importante pues que las victimas puedan elegir una jurisdicción entre varias posibles para poder reclamar; una jurisdicción, que, además, esté inspirada por la idea de la cooperación judicial internacional (art. 13), y en especial, por la de asistencia legal recíproca (art. 12), dos requerimientos ineludibles acordes con la naturaleza de los derechos –humanos o universales– objeto de protección".

[89] Dicho esto, se subraya que "existen problemas persistentes, que son comunes a muchas jurisdicciones". En concreto, la reparación a través de mecanismos judiciales suele verse afectada por la existencia de "regímenes jurídicos fragmentarios, mal diseñados o incompletos; la falta de innovación en el ámbito jurídico; el desconocimiento del alcance y el funcionamiento de los regímenes; las complejidades estructurales en el seno de las empresas; los problemas a la hora de acceder a una financiación adecuada para reclamaciones de derecho privado; y la falta de medidas de cumplimiento. Todos estos problemas han contribuido a crear un sistema de recursos de derecho interno desigual, imprevisible, a menudo ineficaz y frágil". Asimismo, sobre las carencias que lastran la efectividad del acceso a la justicia en el marco de actividades empresariales, *vid.* GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., "Del Documento de Elementos al Draft 0: apuntes jurídicos respecto del posible contenido del Proyecto de Instrumento Vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos", *Revista de Direito Internacional*, núm. 15-2, 2018, pp. 104-106.

[90] Interesante resulta la sentencia DE LA CORTE de Distrito de la Haya en el caso Milieudefensie y otros contra Royal Dutch Shell, a la que ya se ha hecho mención. En este supuesto se

tículo 22.3 confiere responsabilidad civil a las grandes corporaciones, sin perjuicio de las de sus filiales o socios comerciales directos o indirectos. Se trata, entonces, de que la disociación entre el domicilio de la empresa matriz y el de la entidad colaboradora no constituya un impedimento jurídico para la imputación de responsabilidad por los daños o perjuicios acaecidos en el extranjero.

No está de más recordar que son numerosos, a día de hoy, los obstáculos que persisten en este ámbito. Conviene llamar la atención sobre la ausencia de un acceso igualitario a la justicia basado en el respeto a los derechos humanos laborales[91] (especialmente en el caso de las víctimas de trabajo forzoso), los problemas ligados a la admisibilidad de las pruebas, el dispar tratamiento de las acciones colectivas[92], los limitados plazos de preinscripción o las dificultades que atañen a la ejecución de las sentencias en supuestos de conflictos transnacionales. Ni que decir tiene que los elevados costes de los procesos judiciales suponen un importante freno al acceso a la justicia, pues afectan en mayor medida a quienes han visto lesionados sus derechos, precisamente los más vulnerables. La interposición de una demanda ante los tribunales de los Estados miembros no siempre está al alcance de las víctimas de los impactos negativos. De ahí que resulte especialmente conveniente la atribución de legitimación activa para quienes pudieran acreditar la tenencia de un especial interés en el caso concreto. En esta línea se mueve el art. 19.5 de la Propuesta cuando exige a los Estados miembros garantizar que quienes alberguen una "inquietud fundada" y un "interés legítimo", puedan acceder a los órganos jurisdiccionales para revisar la legalidad de las decisiones, actos u omisiones de la autoridad de control.

En este contexto, además, los mecanismos no judiciales de solución de conflictos están llamados a desempeñar un papel relevante, pues ofrecen rapidez, menores gastos[93] y, en su caso, alcance transnacional[94]. Precisamente, la Re-

sustancia un proceso civil y la demanda se presenta en Holanda por ser el Estado donde está domiciliada la matriz. La Corte dictaminó que la entidad en la cabecera era responsable, tanto de sus emisiones de gases de efecto invernadero, como de las del resto de sus filiales extranjeras repartidas en todo el mundo, pues quedaba demostrado que era la matriz la que definía las políticas corporativas que luego adoptaban las distintas entidades del grupo. En este caso el sentido del fallo encuentra sustento en la normativa civil de los Países Bajos (sección 162 del sexto libro del Código Civil) y en los arts. 6.1 y 8.1 del Reglamento Bruselas I bis, núm. 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. No se contempla en este supuesto, conviene aclarar, un deber de resarcimiento por parte de la multinacional, pues a lo que le obliga es a garantizar la reducción de emisiones y adoptar una serie de medidas preventivas de carácter ambiental.

[91] Así se pone de manifiesto en la *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible* (2015). El Objetivo núm. 16 ("Paz, justicia e instituciones sólidas") llama a garantizar el acceso a unos procedimientos judiciales efectivos para la salvaguarda de los derechos también en el caso de los más desfavorecidos. Paralelamente, la *Recomendación OIT núm. 203 sobre el trabajo forzoso (medidas complementarias)*, de 2014, se refiere en su art. 12 a que los Estados "deberían adoptar medidas para velar por que todas las víctimas de trabajo forzoso u obligatorio tengan acceso a la justicia" o la *Recomendación OIT núm. 204 sobre la transición de la economía informal a la economía formal*, de 2015, alude en su art. 11 al acceso efectivo a los juzgados y tribunales también para aquellas personas "particularmente vulnerables ante los déficits más graves de trabajo decente en la economía informal", entre los que se encuentran "las mujeres, los jóvenes, los migrantes, las personas mayores, los pueblos indígenas y tribales, las personas que viven con el VIH o que están afectadas por el VIH o el sida, las personas con discapacidad, los trabajadores domésticos y los agricultores de subsistencia".

[92] Al respecto, *vid.* OJEDA AVILÉS, A., *Derecho transnacional del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 346-347 y SERVAIS, M., "La OIT y la gobernanza del trabajo en las empresas multinacionales" en W. SANGUINETI RAYMOND (dir.), *Comercio internacional...*, cit., p. 84. Sobre la importancia de articular una fórmula que reconozca legitimación activa a los entes colectivos, como los sindicatos o las asociaciones de defensa de los derechos humanos, para accionar en instancias judiciales o extrajudiciales en defensa de las víctimas, se manifiesta GIL Y GIL, J.L.,"La responsabilidad de las empresas multinacionales...", cit., p. 49.

[93] Acerca de los costes de los procedimientos extrajudiciales se pronuncia OJEDA AVILÉS, A., *Mediación y arbitraje en conflictos laborales. Una perspectiva internacional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 241 y 366.

[94] Ejemplo de ello lo encontramos en Camboya, donde la OIT creó en 2003 consejos de arbitraje laboral nacionales y regionales, de carácter tripartito, con el propósito de compensar

solución del Parlamento con recomendaciones sobre diligencia debida hacía hincapié en que en los supuestos de posibles vulneraciones de derechos humanos relacionados con la actividad empresarial no se deberá exigir el recurso previo a vías extrajudiciales con anterioridad al planteamiento de un procedimiento judicial (art. 10). Al mismo tiempo, entre otros mecanismos de reclamación, promueve la mediación a escala empresarial o sectorial como mecanismo preventivo y de alerta temprana de un litigio por un posible "efecto adverso" en los derechos humanos, el medio ambiente o la buena gobernanza. En este caso la mediación se contempla más bien como una medida anterior al advenimiento real del conflicto, tratando de evitar la confrontación de las partes. Ahora bien, si la disputa no viniera resuelta de ese modo, se garantiza la aplicación extraterritorial de las obligaciones que atañen a las multinacionales en el ámbito del necesario respeto de los derechos laborales más básicos. Y con ese fin se insta la intervención judicial a sabiendas de que las decisiones adoptadas en el marco de una mediación "serán debidamente consideradas por los órganos jurisdiccionales, pero no serán vinculantes para ellos".

En cambio, la Propuesta de Directiva adoptada casi un año después alude únicamente a un procedimiento de presentación de reclamaciones de carácter interno que permita a la parte interesada (incluidos sindicatos, representantes de los trabajadores y organizaciones de la sociedad civil) poner de manifiesto sus "preocupaciones legítimas en relación con impactos adversos reales o potenciales sobre los derechos humanos y los impactos ambientales adversos" resultantes de las operaciones de las empresas multinacionales, de sus filiales y sus cadenas de valor. Más allá de este mecanismo, la Propuesta obvia que los mecanismos extrajudiciales constituyen, siempre que resulten eficaces y vengan dotados de los recursos necesarios[95], una parte esencial del sistema integral de reparación de las violaciones de los derechos humanos en el específico contexto laboral, pues sirven como instrumento para "complementar y completar los mecanismos judiciales". Y es que no está de más subrayar que, tal y como se contempla en los Principios Rectores, "no siempre es necesario recurrir a una reparación judicial; esta tampoco es siempre la mejor solución para todos los demandantes" (Principio 27).

3. CONCLUSIONES

Para la interiorización de los derechos laborales en las políticas de gestión de las empresas dotadas de proyección transnacional ha sido determinante la fuerte presión ejercida por los inversores y consumidores, así como la progresiva consolidación de la diligencia debida como estándar normativo para la gestión responsable de las cadenas globales de producción. Las empresas europeas son cada vez más conscientes de la responsabilidad que han de asumir para evitar y abordar los impactos negativos que pudieran derivar de sus actividades en mercados exteriores. Asimismo, en la actualidad se demanda a los Estados de origen de las contratistas principales un papel más proactivo que el que han venido

la ausencia de órganos juridiciales sociales e independientes, así como las notables deficiencias del sistema jurídico del país, los cuales sirvieron de base para el consejo nacional de arbitraje de Myanmar en 2012. Más información en KOCHER, E., "Transnational Labour Law? 'Corporate Social Responsibility' and the Law", en AA.VV., *Transnational Legal Activism in Global Value Chains. The Ali Enterprises Factory Fire and the Struggle for Justice*, Springer, 2021, p. 200.

[95] Precisamente, la *Recomendación a los Estados miembros sobre los Derechos Humanos y las empresas* del Consejo de Europa (2016) se remite a los criterios de eficacia enumerados en el apartado 31 de estos Principios Rectores, señalando que los Estados miembros "deberían facilitar procedimientos estatales de reclamaciones no judiciales" que se ajusten a los mismos. A su vez, se hace especial hincapié en la conveniencia de facilitar "suficientes recursos y considerar el desarrollo de una orientación y formación específica" para árbitros y mediadores con el objeto de abordar adecuadamente los abusos contra los derechos humanos que protagonicen las empresas comerciales, "en particular con aquellas que tengan un componente transnacional". Se remite también al citado Principio la *Resolución del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa* (2020/2129(INL).

asumiendo en las últimas décadas a la hora de ejercer un control sobre la aplicación de las normas internacionales que versan sobre la protección de los derechos humanos laborales.

En este contexto, la nueva dinámica de impulso del despliegue del poder regulador de las empresas multinacionales sobre sus cadenas de valor a través de instrumentos internacionales "fuertes" tiene uno de sus referentes en el proceso de elaboración de la Propuesta que se ha analizado. La gran potencialidad armonizadora de este instrumento, cuyo propósito es dar lugar a un marco común a ser desarrollado mediante normas nacionales de transposición, resulta evidente. Se abre así la posibilidad de introducir un estándar que resultará de preceptiva aplicación dentro de los 27 Estados integrantes de la Unión Europea, en cuyo territorio se localiza la sede de importantes empresas de dimensión global. Ello exigirá que muchos de los Estados que hasta el momento venían resistiéndose a dar pasos adelante en la exigencia de la diligencia debida, deban proceder ahora a regularla.

Dicho estándar, además, al menos de acuerdo con la Propuesta presentada por la Comisión Europea, no se caracteriza por su levedad, en la medida en que combina una definición potencialmente omnicomprensiva del alcance material de la diligencia debida con una delimitación amplia de los derechos protegidos y un desarrollo minucioso y prescriptivo de las obligaciones que comprende, a cuyo incumplimiento se asocia además un avanzado régimen de responsabilidades. Su aprobación está, por ello, en condiciones no solo de imponer la aprobación de nuevas normas reguladoras en aquellos países en los que estas no existan, sino de exigir reformas en todas las leyes adoptadas hasta el momento por los Estados pertenecientes a la Unión. Asimismo, a través de ella la Unión Europea se coloca en la posibilidad de operar como una *superpotencia reguladora*, capaz de influenciar indirectamente las prácticas desarrolladas por las empresas extranjeras respecto de sus redes mundiales de contratistas y proveedores de una forma más intensa que la de los propios Estados sede de estas.

Pero esto no es todo. Ha de tenerse presente también que las multinacionales extranjeras que se vean en la necesidad de adoptar las más exigentes reglas europeas tendrán un significativo aliciente para ejercer presión sobre los gobiernos de sus países de origen para que adopten regulaciones equivalentes con el fin de no tener que competir en desventaja respecto del resto de empresas nacionales. Con lo que la aprobación de la Directiva puede igualmente favorecer la adopción de normas estatales de contenido equivalente fuera de la Unión Europea, extendiendo de forma insospechada el proceso de armonización legislativa más allá de espacio formal, hacia otros Estados.

En resumidas cuentas, según se ha tenido la ocasión de destacar, la aprobación finalmente de una Directiva por la que se confiera carácter obligatorio a la diligencia debida en materia de derechos humanos estará en condiciones de representar un hito trascendental en la construcción de la disciplina transnacional de las relaciones de trabajo que viene perfilándose con creciente vigor en los últimos años. E incluso de marcar un punto sin retorno en el camino hacia una globalización más justa y acorde con los valores de nuestro modelo civilizatorio, que tienen en el reconocimiento de la dignidad y el valor del trabajo de las personas uno de sus componentes fundamentales.

Ratificación del Convenio 190 OIT sobre violencia y acoso en el trabajo: impacto en el ordenamiento español y propuestas para su cumplimiento

Ratification of Convention 190 ILO on violence and harassment at work: impact on the Spanish legal system and proposals for your compliance

SOFÍA OLARTE ENCABO*

https://doi.org/10.55617/revmites.27

Resumen: El presente trabajo analiza los distintos contenidos del Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo desde la perspectiva de su impacto en el ordenamiento interno; y ello en orden a detectar cuáles son los cambios requeridos, fundamentalmente en el plano normativo, para cumplir con las exigencias del mismo una vez ha sido ratificado y en un breve período entre en vigor en España (25 de mayo de 2023). Metodológicamente, primero se hace un análisis técnico jurídico del texto internacional y del ordenamiento interno, así como una valoración crítica de los avances del texto internacional. A la vista de ello, se identifican las insuficiencias y lagunas internas y a partir de este diagnóstico o valoración se formulan propuestas concretas de cara a reflexionar sobre los cambios sustantivos a introducir y las diferentes opciones técnicas, cada una de ellas con sus ventajas e inconvenientes, distinguiendo entre los cambios necesarios (concepto de acoso moral, tutela preventiva y políticas públicas de formación, prevención y sensibilización) y los recomendables para un mayor grado de garantía del desarrollo legislativo interno requerido por el Convenio.

Palabras clave: Trabajo; violencia; acoso.

Abstract: This paper analyzes the different contents of the ILO Convention 190 on violence and harassment at work from the perspective of its impact on internal law; and this in order to detect what changes are required, fundamentally at the regulatory level, to comply with its requirements once it has been ratified and in a short period it will enter into force in Spain (May 25, 2023). Methodologically, first a legal technical analysis of the international text and the internal order is made, as well as a critical assessment of the progress of the international text and, in view of this, the insufficiencies and internal gaps are identified. Based on this diagnosis or assessment, specific proposals are formulated in order to reflect on the substantive changes to be introduced and the different technical options, each with

* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. olarte@ugr.es

its advantages and disadvantages, distinguishing between the necessary changes (concept of moral harassment, preventive protection and public policies for training, prevention and awareness) and those recommended for a greater degree of guarantee of the internal legislative development required by the Convention.

Keywords: Work; violence; harassment.

1. CONTENIDO DEL CONVENIO 190 OIT Y DE LA RECOMENDACIÓN 206 DE VIOLENCIA Y ACOSO EN EL TRABAJO

En esta primera parte de nuestro estudio vamos a identificar los contenidos del Convenio 190, así como los de la Recomendación 206 complementaria, su significado y alcance con el objeto de, posteriormente, valorar en qué medida nuestro ordenamiento requiere la realización de cambios y ajustes del marco normativo vigente y, en tal caso, afirmativo, cuáles serían las opciones técnicas más adecuadas al efecto, ciertamente complejas en cualquier caso y que apuntan ya de entrada, más a cuestiones de orden conceptual: ámbito subjetivo del derecho a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso, alcance espacio-temporal de la tutela reparadora, ámbito preventivo. Aunque el Convenio 190 presta especial atención a la igualdad de género, lo cierto es que su impacto a nivel interno es menor, ya que nuestro ordenamiento se halla, desde esta perspectiva, en un estado más avanzado en este campo en consonancia con el Derecho de la Unión Europea[1], al menos, comparativamente con la situación normativa del acoso moral.

Pese al escaso tiempo transcurrido desde la aprobación del Convenio 190 por la Conferencia Internacional, podemos decir que el Convenio 190 ha sido objeto de una gran atención política, sindical y mediática, además de doctrinal. Y es que el contexto, no tanto el de su gestación y aprobación, sino del momento inmediatamente posterior a la misma, en la denominada Conferencia del Centenario de la OIT (junio de 2019), ha sido muy especial, en plena pandemia (muertes, enfermedad, confinamiento y afectación de toda la economía a nivel mundial) y coincidente con un alto grado de sensibilización social y de repulsa hacia estos comportamientos, hasta no hace tanto tiempo casi normalizados y hacia los que la sociedad pide tolerancia cero. Todo ello ha propiciado que el Convenio –y la Recomendación– se acoja como uno de los grandes avances para el mundo del trabajo y la consecución del trabajo decente en este siglo, muy en consonancia, además con los ODS 3, 5 y 8 de la Agenda 2030.

No es una exageración afirmar que esta norma constituye todo un hito, no solo por ser el primer texto internacional[2] que se adopta monográficamente y con carácter general sobre la materia y por el hecho de contener una definición del acoso y la violencia en el trabajo, sino porque, además, es un texto muy innovador, particularmente por su completa visión sobre la problemática y por adoptar un ámbito de aplicación subjetivo, locativo y objetivo inusitadamente amplio. Una norma del trabajo de carácter general, que, no obstante, también

[1] Recuérdese que la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación define el acoso (por razón de sexo) y el acoso sexual en el artículo 2.1, apartados c) y d). De otro lado, más ampliamente que la dimensión de género, el Acuerdo Marco Europeo de 26 de abril de 2007, sobre el acoso y la violencia en el trabajo de 2007 define los conceptos de acoso y violencia de toda índole.

[2] Al margen de instrumentos regionales como los de la UE, la OIT ya había abordado parcialmente estos fenómenos, concretamente la violencia y el acoso sexual en el trabajo en el Convenio sobre el trabajo nocturno de las mujeres, número 4, de 1919 y el Convenio sobre los pueblos indígenas y tribales, número 169, de 1989, que se refiere al hostigamiento sexual y en el Convenio sobre trabajadoras y trabajadores domésticos, número 189, de 2011, que exige la protección efectiva contra toda forma de abuso, acoso y violencia.

incide en –o no descuida– la igualdad de género y tiene en cuenta la especial afectación o incidencia de la violencia y el acoso en sectores y grupos vulnerables, así como en la prevención de este riesgo laboral, además de su sanción y reparación.

1.1. El Concepto de "violencia y acoso" en el "mundo del trabajo"

Comenzando, como es lógico, con el concepto de violencia y acoso en el mundo del trabajo, siendo éste el contenido y rúbrica de apartado I del Convenio y de su artículo 1, el mismo nos remite a "*un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género*" (art. 1. a). El apartado b) define la violencia y acoso por razón de género como aquélla dirigida contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual. Por último, este precepto, apartado 2, pese a haber definido conjuntamente violencia y acoso, permite que cada legislación nacional pueda definirlos, bien como un concepto único –que es el que adopta el Convenio con carácter general– o bien como conceptos separados o diferenciados, si así lo determina la correspondiente legislación nacional.

Al margen de ese último aspecto –diferenciar o no violencia de acoso– el artículo 1 adopta un concepto unitario de acoso, en el sentido de que el mismo engloba el acoso moral, el acoso discriminatorio y por razón de género y el acoso sexual, como reitera el artículo 7, al disponer que todo Miembro deberá adoptar una legislación que defina y prohíba la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, "con inclusión de la violencia y el acoso por razón de género", lo que supone que éstos serían modalidades del concepto general de acoso y violencia.

En relación con este concepto integral y unitario de violencia y acoso, sobre el que se proyecta la norma, hemos de tener en cuenta especialmente cuales son los aspectos novedosos y también los menos claros o flexibles de la definición, de cara a una eventual definición legal. Ello es preciso si se quiere avanzar hacia una regulación lo más ajustada a las exigencias del Convenio, interpretando su sentido y poniendo de manifiesto también los aspectos en los que el Convenio 190 deja cierto margen de libertad a cada Miembro, expresamente, como sucede con la posibilidad abierta de definición conjunta o por separado de la violencia y el acoso, o implícitamente, al no concretar algunos aspectos del concepto.

En la definición del acoso y violencia como conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables (o amenazas de), el Convenio no desciende a determinar cuáles son, dejando en este punto a cada Estado la libertad de descender o no a una enumeración de conductas. En cambio, a diferencia de las definiciones hasta ahora imperantes provenientes del ámbito de la psicología, la reiteración no parece ser un elemento necesario, por lo que bastaría con, en una primera lectura, que tal conducta se produzca una sola vez, para que pueda considerarse violencia o acoso[3]. Sin embargo, al definirlos como "conjunto de", gramaticalmente también se podría pensar en que como tal conjunto debe englobar varios actos. Pero lo cierto es que el texto se refiere indistinta y conjuntamente a la violencia y al acoso, y ello tanto la redacción en español como la redacción en inglés y en francés, "*a rage of inceptable behaviours* ", "*un ensemble de comportaments*"–, por lo que puede entenderse que es acoso un comportamiento aislado, lo que rompe con un elemento diferenciador hasta ahora claro tanto en el ámbito comunitario, como en los precedentes y otras normas de la propia OIT –además de la mayor parte de la doctrina científica y judicial–.

[3] En sentido contrario en la doctrina más reciente, *vid.* RIBEIRO ACOSTA, A. C. (2021), pg. 33 y siguientes.

A pesar de ello, entendemos que es posible realizar una lectura o interpretación distinta o alternativa, no meramente literal, pero respetuosa con la literalidad del precepto, considerando que es la violencia la que se da en un solo acto o una sola vez, mientras que el acoso requeriría reiteración. El hecho de que el Convenio no distinga entre violencia y acoso, optando por una definición conjunta de ambos, no ha especificado si cada tipo de conductas inaceptables (aislada o reiterada) se refiere a una u otro (o a los dos), prefiriendo incluir tanto conductas inaceptables asiladas como las que se manifiestan de forma reiterada, sin mayor precisión, ya que, como hemos dicho, el Convenio opta por un concepto unitario de violencia y acoso. Por ello en los ordenamientos donde se opte por diferenciar violencia de acoso y sus tipos, la norma deja la necesaria flexibilidad permitendo al legislador requerir la reiteración en el caso del acoso.

Apoyaría esta interpretación la existencia de algunos antecedentes en el seno de la propia OIT. Concretamente nos referimos al hecho de que el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, decidió en 2015 inscribir en el orden del día de la 107ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2018, el tema de la "violencia contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo", tras lo cual en la reunión tripartita de expertos de 2016 se decidió incluir también la expresión "acoso" para evitar limitar restrictivamente las conductas que deberían ser objeto de atención normativa por parte de la OIT. La razón que se dio en ese momento fue que si se empleaba solo el término "violencia", quedarían fuera del ámbito de protección una serie de conductas abusivas, "**cuya repetición puede generar trastornos de orden mental, de igual gravedad de los que pueden resultar de la violencia física**"[4]. Por tanto, se daba a entender que, aunque para que concurra violencia bastaría un solo hecho, el acoso en cambio requeriría una cierta repetición de conductas abusivas.

En definitiva, aunque violencia y acoso en el trabajo son conductas diferentes, el Convenio, al englobarlas en una sola definición –pero dejando libertad a los Estados para optar por definiciones diferenciadas, precisamente por aceptar que no son fenómenos idénticos– necesariamente ha de referirse también tanto a conductas inaceptables reiteradas, como a las producidas una sola vez, pero no porque el acoso no requiera la sucesión o conjunto de comportamientos[5], sino porque el Convenio define unitariamente violencia física y acoso.

Incuestionablemente el legislador nacional ha de determinar si es conveniente distinguir o dar un tratamiento unitario a todas las formas de violencia en el mundo del trabajo, que es la opción preferencial del Convenio. Pero además, debiera dejar claro si en los casos de violencia moral –acoso en todas sus modalidades y sub modalidades– se requerirá una cierta reiteración a lo largo del tiempo, como hasta ahora se considera tanto en la UE, como en la práctica judicial nacional.

Continuando con la delimitación conceptual del Convenio 190, otro de los aspectos relevantes es el que se refiere a la intencionalidad. El artículo 1 establece la necesidad de que estas conductas tengan por objeto, causen o sean susceptibles de causar un daño físico, sexual o económico. Ello parece imponer la consideración como violencia o acoso de estas conductas inaceptables, al margen de que concurra o no el elemento intencional del acosador (no es preciso que concurra ni dolo ni culpa), lo que, hasta ahora, ante la laguna legal, era un punto crítico en la doctrina científica y judicial nacional, ya que se han defendido posturas encontradas a favor y en contra de la objetivación del concepto. El Convenio opta por una total objetivación de la conducta in-

[4] *Vid.* OIT, Informe del Director General. Quinto informe complementario: Resultado de la Reunión de expertos sobre la violencia contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo, documento GB.238/INS/17/5, anexo I, punto 33.

[5] En este sentido Rosenbaun Carli, F. (2021), pág. 153, siendo Uruguay el primer país que ratificó el Convenio 190 y en el que entró en vigor.

aceptable y lo hace en torno al daño, y no solo el daño efectivamente producido, sino la mera posibilidad, es decir, que basta que la conducta sea susceptible de producirlo.

El elemento objetivo –daño o posibilidad de que lo haya– se concreta en los siguientes tipos de daño: físico, psicológico, sexual o económico, sin embargo, no hace mención a los bienes jurídicos tutelados, es decir, no contiene una relación de los derechos fundamentales que resultan violados por estas conductas –dignidad, vida, no discriminación, integridad física, psíquica y moral, salud–. Pese a ello, no hay duda de que esta norma nos remite al ámbito superior de los derechos humanos situando la dignidad humana en el mundo del trabajo como eje central (trabajo decente), sin perjuicio de otras vertientes muy destacadas como la discriminatoria y la preventiva de este riesgo laboral. Y ello hace prever que este Convenio pasará a formar parte del grupo de los denominados convenios fundamentales[6] de la OIT.

La objetivación del concepto implica, por tanto, la irrelevancia de la intencionalidad lesiva, siendo lo sustancial el resultado o la potencialidad lesiva. Al igual que en el punto anterior, estamos ante un elemento novedoso, ya que el contexto nacional –hasta ahora–, y aunque no hay definición legal de acoso moral, es sabido que nuestros tribunales mayoritariamente han exigido la intencionalidad, esto es, una acción deliberada y consciente, por entender que ello es un elemento inherente del concepto mismo de acoso moral. Ciertamente las Directivas sobre igualdad[7] definen la conducta de acoso discriminatorio de forma objetiva claramente, al exigir que "que tenga por objetivo o consecuencia", las cuales han sido transpuestas a nuestro ordenamiento interno, primero por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, cuyo artículo 28.1 d) define el acoso (discriminatorio) "*toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo*". Y, posteriormente la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, cuyo artículo 7, apartados 1 y 2, siguen la misma línea de definición al establecer que: "*1 . … a los efectos de esta Ley constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. 2. Constituye acoso por razón de*

[6] La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo adoptada en junio 1998 engloba cuatro áreas principales consideradas como un piso mínimo necesario en el mundo del trabajo: la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil; y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Fundamentados en la Constitución de la OIT, estos principios y derechos han sido expresados y desarrollados bajo la forma de específicos derechos y obligaciones en los convenios reconocidos como fundamentales: Convenio Relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación, 1948 (núm. 87), Convenio Relativo a la aplicación de los principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, 1949 (núm. 98), Convenio Relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio, 1930 (núm. 29), Convenio Relativo a la Abolición del Trabajo Forzoso, 1957 (núm. 105), Convenio sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo, 1973 (núm. 138), Convenio Sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación, 1999 (núm. 182), Convenio Relativo a la Igualdad de Remuneración entre la Mano de Obra Masculina y la Mano de Obra Femenina por un Trabajo de Igual Valor, 1951 (núm. 100) y Convenio Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación, 1958 (núm. 111).

[7] Directiva 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, la Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. También la Directiva 2002/73/CE que modifica la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo a, la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Y finalmente, la Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo". Finamente, la Ley 15/2022, de 2 de julio, consolida esta configuración objetiva del acoso discriminatorio, al que define -artículo 6.4- como cualquier conducta que tenga el objetivo o la consecuencia de atentar contra la dignidad de las personas o grupos en que se integran y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

Es claro que el Convenio 190 al optar por una definición unitaria del acoso-sexual, discriminatorio y moral– lleva a que la noción de acoso moral sea tributaria en este sentido de las definiciones propias del derecho antidiscriminatorio y del acoso sexual. Asimilación que desde nuestro punto de vista, genera algunos desajustes, porque no puede perderse de vista que el acoso moral es una conducta –aun pluriofensiva– atentatoria fundamentalmente contra la integridad moral, lo que requiere que se atente contra ese bien jurídico, es decir, comportamientos como envilecer o humillar (vejación) a la víctima, en el sentido al que se refiere el TC en su Sentencia 56/2016, de 6 de marzo. No se trataría de identificar la intencionalidad con una valoración de tipo psicológico o motivación última del agresor –lo que restringiría la tutela de las víctimas,– bastando la reiteración de las conductas, porque ello de por sí es revelador de una voluntad de vejar, humillar y destruir o aniquilar a la víctima. Por tanto, la objetivación excluye la necesidad de que concurra el elemento intencional, es decir, no se exige indagar ni probar la intención última de las conductas humillantes y vejatorias (el abandono del trabajo, la eliminación para un ascenso, una venganza personal…), presumiéndose la intencionalidad en todo caso por la reiteración de las conductas inaceptables, característica del acoso moral (a diferencia del acoso discriminatorio o sexual). Pero hemos de ser claros, la ratificación del Convenio implicará la imposibilidad de exigir, como hasta ahora han defendido nuestros tribunales, la existencia de un plan sistemático, deliberado y menos aún su prueba.

Es evidente que la ampliación conceptual adoptada por el Convenio 190 comportará una mayor proyección tuitiva, al incluir conductas que, aun sin un propósito concreto, generan un entorno hostil, degradante u ofensivo. Ello ha de ser valorado positivamente y, aunque la doctrina considera que la objetivación puede plantear problemas de confusión con las diferentes formas de acoso (discriminatorio y sexual) y con otras conductas antijurídicas como el uso abusivo del poder de dirección empresarial[8], lo cierto es que el cambio facilita significativamente la tutela a las víctimas. Desde nuestro punto de vista el Convenio 190 ha hecho extensivo al acoso moral los elementos definitorios del acoso discriminatorio y del acoso sexual, adoptando una objetivación total del mismo, que hace irrelevante la motivación y la finalidad de las conductas, lo que se explica no sólo por la especial relevancia que estas dos formas de acoso ostentan en el Convenio, sino porque cuentan con definiciones claras y consolidadas. Al haber optado por una definición tan amplia y unificadora de las tres modalidades de acoso (discriminatorio, sexual y moral), el Convenio plantea algunos desajustes en relación con el acoso moral, en el sentido de que puede diluir su concepto, lo que nos lleva a plantearnos si nuestro ordenamiento debe o no diferenciar en este punto el acoso moral del acoso discriminatorio –donde late un elemento diferencial de la persona discriminada– y el acoso sexual –con un móvil de esta naturaleza–. En su voluntad de dar un tratamiento amplio y unitario es posible que no se haya reparado suficientemente en las diferencias entre unas y otras modalidades de acoso. Por ello volvemos a la relevancia de definir el acoso moral como "conjunto de", como sucesión o reiteración de conductas, porque basta con que concurra la reiteración para que pueda considerarse hay una intención de la destrucción o aniquilación de la persona a través de la humillación y vejación –lo que no sería exigible en el acoso discriminatorio o sexual ni en general en la violencia–.

[8] Carrasco Correa, M. (2021), pg. 17 y siguientes, en especial en las páginas 24 a 27, advirtiendo de las dificultades que comporta esta objetivación en relación con el acoso moral.

Es claro que, tras la ratificación por España del Convenio 190, se habrá de proceder a abordar esta espinosa cuestión, pues expresamente el artículo 7 del Convenio obliga a todo Estado que lo ratifique, sin perjuicio del artículo 1, a "*adoptar una legislación que defina"* la violencia y el acoso (unitariamente o de forma diferenciada), *con inclusión de la violencia y el acoso por razón de género"*. Y dado que ya contamos con definición de éstas, queda pendiente adoptar un concepto legal de acoso moral en el trabajo, del que hasta el momento carecemos, aunque sí contamos con doctrina judicial, jurisprudencia e, incluso criterios técnicos[9]. No nos cabe duda de que tras la ratificación del Convenio 190, es preciso que se adopte una definición legal respetuosa con el mismo, lo que sin duda tendrá un efecto corrector de una doctrina judicial tan restrictiva que ha venido exigiendo invariablemente una grave lesión de la dignidad e integridad de las personas, lo que ha contribuido a un número muy bajo de demandas estimadas.

Además de estos dos elementos que acotan las conductas inaceptables (reiteración/una sola vez, intencionalidad/irrelevancia de la intencionalidad), el resultado lesivo definitivamente queda excluido como elemento necesario de la definición, ya que, tanto para la violencia como para el acoso, bastaría con la potencialidad lesiva –aunque el daño no haya llegado a materializarse– para que se admitiera la existencia de acoso o de violencia.

En el plano nacional la STC 56/2019, de 6 de mayo –adelantándose poco más de un mes a la aprobación del Convenio 190– supuso un punto de inflexión, o, incluso, un antes y un después respecto a la consideración restrictiva del acoso moral imperante hasta ese momento en nuestros tribunales –incluido el propio TC[10]–. En efecto, aquí el TC, parece adoptar una concepción objetiva, limitándose a constatar que se han practicado tratos degradantes que afectan a la integridad moral, respecto de los cuales, dado que están prohibidos absolutamente, son irrelevantes los fines. Y, si faltase la humillación, considera el TC no habrá trato degradante y no rige una prohibición absoluta, pero en tal caso solo podrá descartarse la lesión de la integridad moral si el comportamiento cuenta con cobertura legal –legalidad–, responde a un fin constitucionalmente legítimo –adecuación–, constituye la alternativa menos restrictiva –necesidad– y produce más beneficios sobre otros bienes o valores que perjuicios en el derecho fundamental (art. 15 CE), según afirma el FJ6.

En definitiva, el legislador deberá adoptar un concepto de acoso moral conforme al Convenio centrado en la lesión de la dignidad (el daño) o, en su defecto, su potencialidad lesiva. Esto es, un concepto objetivado.

1.2. Ámbito de aplicación

En segundo lugar, el Convenio 190, regula en su apartado II –artículos 2 y 3– el ámbito de aplicación y aporta novedades de importancia en lo que se refiere, tanto al ámbito subjetivo de aplicación del mismo, como al ámbito objetivo –o locativo, según se mire– al que se extiende la tutela frente a la violencia y el acoso. Novedades que se traducen en la ampliación del

[9] Nos referimos a los criterios técnicos del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, la Nota Técnica Preventiva 489/1998 y las Notas Técnicas Preventivas 890 y 891/2011, para los procedimientos de gestión de todo tipo de violencia en el trabajo. Ninguno de ellos vinculantes. Además se cuenta con los Criterios Técnicos de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, el de violencia laboral interna (CT 69/2009, de26 de junio,, que recoge las definiciones del Acuerdo marco comunitario de 2007) y el de violencia laboral externa (CT 87/2011, de 10 de febrero, en relación con el riesgo laboral de atraco)

[10] Entre otras la STC 81/2018, FJ 4, exige la concurrencia de elementos objetivos y subjetivos como son el hostigamiento continuado y sistemático, la gravedad de la conducta o la intencionalidad denigratoria del acosador, es decir, según esta sentencia el acoso requiere una conducta de persecución u hostigamiento sistemático y planificado y su prueba. Pese a esta interpretación, que ha sido la aplicada de forma predominante en suplicación, en la doctrina ya se venía considerando que ni la intencionalidad ni el daño son elementos necesarios para la concurrencia de acoso, *vid.* MOLINA NAVARRETE (2019), pg. 127.

concepto de trabajador, más allá del ámbito estrictamente laboral y del concepto mismo de trabajo, más allá del tiempo y lugar de trabajo, al "mundo del trabajo", mucho más amplio.

El ámbito subjetivo del Convenio –y, por tanto, de todas las medidas de protección contra la violencia y el acoso– se extiende a los trabajadores "y a otras personas en el mundo del trabajo, con inclusión de los trabajadores asalariados según se definen en la legislación y la práctica nacionales", así como a toda persona que trabaja, cualquiera que sea su situación contractual, las personas en formación, incluidos los pasantes y los aprendices, los trabajadores despedidos, los voluntarios, las personas en busca de empleo y los postulantes a un empleo y los individuos que ejercen autoridad, las funciones o las responsabilidades de un empleador. En definitiva, se proyecta sobre un ámbito más amplio que el estrictamente laboral, abarcando otras relaciones de empleo administrativas o estatutarias, trabajo por cuenta propia, trabajo en la economía no declarada o informal, personas en búsqueda de empleo, despedidas, que desempeñan un trabajo bajo cualquier tipo de figura contractual, prestaciones de servicios en el marco de la formación, aprendizaje, pasantía o prácticas. Además, especifica también que el Convenio es aplicable a todos los sectores, al empleo público y privado, a la economía formal y a la informal, a zonas urbanas y a zonas rurales.

Es de advertir que esta opción por abarcar la violencia y el acoso no solo en el contexto de una relación laboral, sino en sentido muy amplio, en el mundo del trabajo, no deja margen de decisión a las legislaciones nacionales, en orden a exceptuar o matizar su aplicación en ningún caso, pero sí permite el abordarlo de la forma más conforme o coherente con cada ordenamiento. Sin duda en este punto será necesario realizar ajustes en nuestro ordenamiento interno, como veremos en el apartado siguiente, que exceden del Estatuto de los Trabajadores.

En relación con el ámbito objetivo, el trabajo, ésta definido en términos igualmente amplios desde el punto de vista temporal y locativo, más allá de lo que en el ámbito laboral se considera tiempo y lugar de trabajo. El Convenio núm. 190 considera trabajo no solo el referido o llevado a cabo en el tiempo y lugar de trabajo, sino en otros espacios y tiempos, adoptando desde este punto de vista también una configuración muy amplia. En efecto, tal como establece su artículo 3, el Convenio es aplicable a la violencia y acoso en el mundo del trabajo que ocurren durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo; ámbito que evidentemente incluye al teletrabajo y trabajo a distancia o a domicilio, pero que el propio texto normativo define con una proyección aun mayor, al establecer un listado –entendemos no cerrado– de lo que se entiende es violencia o acoso en el mundo del trabajo: el lugar de trabajo (inclusive en espacios públicos y privados que son un lugar de trabajo); en los lugares donde se paga al trabajador, donde éste toma su descanso o donde come, o en los que utiliza instalaciones sanitarias o de aseo y en los vestuarios; en los desplazamientos, viajes, eventos o actividades sociales o de formación relacionados con el trabajo, en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnología de la información y de la comunicación, en el alojamiento proporcionado por el empleador y en los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo.

En este punto, el Convenio es claro y –a diferencia de lo analizado respecto a los conceptos de violencia o acoso– tampoco deja espacio al legislador interno para exceptuar o matizar la aplicación del mismo en todos estos espacios, físicos y virtuales. Sin duda, muchas legislaciones nacionales habrán de efectuar ajustes en este punto, incluyendo la nuestra –ET, EBEP, ETAU e incluso, la normativa de Seguridad Social, en la configuración de la enfermedad del trabajo–.

1.3. Los principios fundamentales

El apartado III del Convenio núm. 190 lleva la rúbrica de "principios fundamentales", conte-

nidos en los artículos 4 a 6. Para una adecuada comprensión de estos denominados "principios" se ha de partir de que, en realidad, esta parte del Convenio no contiene propiamente principios; para empezar, porque el artículo 4 no proclama un principio sino un derecho. En concreto, y es una aportación esencial o fundamental de este Convenio, dicho precepto consagra el reconocimiento expreso del derecho de toda persona a un "mundo del trabajo" libre de violencia y acoso (art. 4), incluidos la violencia y el acoso por razón de género. Cabría pensar que este derecho se sustentaría en una serie de "principios fundamentales" contenidos a lo largo del propio artículo 4, el artículo 5 y el artículo 6, pero la realidad es que en el apartado III, aunque bajo la denominación de "principios fundamentales", lo que establece son las obligaciones fundamentales de los Estados, tal y como se desprende del tenor literal de estos preceptos: "deberá respetar", "todo Estado Miembro deberá adoptar"…

Estas obligaciones fundamentales que derivan de la ratificación son las siguientes: respetar, promover y asegurar el disfrute del derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso (art. 4.2), adoptar, de conformidad con la legislación y la situación nacional y en consulta con las organizaciones representativas, un enfoque inclusivo, integrado y que tenga en cuenta las consideraciones de género para prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo –teniendo en cuenta la implicación de terceros cuando proceda– (art. 4.2). El principio subyacente es, por tanto, el enfoque inclusivo, integrado y de género. Además concreta que este enfoque que consistirá en: prohibir la violencia y el acoso, velar por que las políticas pertinentes los aborden, adoptar una estrategia integral para prevenirlos y combatirlos, establecer mecanismos de control de aplicación y de seguimiento (o fortalecer los existentes), velar por que las víctimas tengan acceso a vías de recurso y reparación y a medidas de apoyo, prever sanciones, desarrollar herramientas, orientaciones y actividades de educación y de formación y de sensibilización en forma accesible, garantizar que existan medios de inspección e investigación efectivos en casos de violencia y acoso –incluyendo la actuación a través de la inspección de trabajo o de otros organismos competentes–.

Junto a estas obligaciones específicas, el Convenio invoca el cumplimiento de los principios y derechos fundamentales del trabajo decente, artículo 5, estableciendo que todo Miembro deberá respetar, promover y llevar a efecto los principios y derechos fundamentales en el trabajo (libertad de asociación, reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva, eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, la abolición efectiva del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación), así como fomentar el trabajo decente y seguro. Este precepto, en esencia viene a considerar que sin el respecto de estos principios no hay garantía del derecho a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso porque constituyen un paso previo e ineludible, unos mínimos infranqueables, que no son nuevos pero que expresan la decidida voluntad de reforzamiento y consolidación. Además, este precepto, conectando expresamente con los principios fundamentales del trabajo, viene a confirmar que el Convenio 190 pasará a ser considerando uno de los convenios fundamentales, siendo ya parte del concepto de trabajo decente.

El artículo 6 establece que todo Estado Miembro deberá adoptar una legislación y políticas que garanticen el derecho a la igualdad y no discriminación en el empleo y la ocupación, incluyendo a las trabajadoras así como a los trabajadores y otras personas pertenecientes a uno o varios grupos vulnerables o a grupos en situación de vulnerabilidad que están afectados de manera desproporcionada por la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Del mismo modo que el artículo anterior, tampoco se trata de una novedad en sí, residiendo su valor jurídico en la vinculación que hace entre la discriminación y la violencia y el acoso, no porque toda forma de violencia o acoso sea discriminatoria, sino porque en alguna de sus

manifestaciones mas relevantes –cualitativa y cuantitativamente hablando– subyace la discriminación y el género. De ahí que se quiera establecer una expresa vinculación jurídica entre ésta y la violencia y la discriminación.

La Recomendación número 206 sobre la violencia y el acoso cuyas, previsiones deben considerarse conjuntamente con las del Convenio, dedica el Apartado I a los "Principios Fundamentales". La Recomendación sí contiene propiamente principios, si bien, también los vincula con recomendaciones de hacer a los Estados–"obligaciones"– empleando términos como "deberán" o "deberían", propios de una Recomendación.

- En primer lugar, establece como principio fundamental el enfoque inclusivo, integrado y de género: se recomienda adoptar y aplicar este enfoque establecido en el párrafo 2 del artículo 4 del Convenio, en la legislación relativa al trabajo y el empleo, la seguridad y la salud en el trabajo, la igualdad y no discriminación y en el derecho penal, según proceda. Por tanto, la aportación de la Recomendación en realidad se limita a especificar las legislaciones que han de incorporar este enfoque inclusivo, integrado y de género en el tratamiento de la violencia en el mundo del trabajo (laboral, empleo, seguridad y salud en el trabajo, legislación sobre igualdad y legislación penal).
- Garantía plena de la libertad sindical y reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva, de conformidad con los Convenios núms. 87 y 98, en todos los sectores, ocupaciones y modalidades de trabajo que están más expuestos a la violencia y el acoso. Derechos plenamente consagrados en todos los ámbitos, pero que en la Recomendación se destacan para dar una mayor relevancia a su protagonismo en la lucha contra toda forma de violencia en el trabajo y que, de forma indirecta, supone una llamada de atención sobre aquéllas regiones o sectores donde estos derechos presentan déficits (como es el caso de las empleadas de hogar). Y nuevamente, se visibiliza aquí la vinculación del Convenio 190 con los convenios fundamentales.
- Promoción de la negociación colectiva a todos los niveles como medio para prevenir y abordar la violencia y el acoso y, en la medida de lo posible, mitigar el impacto de la violencia doméstica en el mundo del trabajo. Esta llamada a dar un mayor protagonismo a la negociación colectiva en la erradicación de la violencia en el trabajo, incluyendo expresamente a la violencia doméstica, que no se refiere solo a las empleadas domésticas sino a las recidivas de la violencia familiar en el ámbito del trabajo. Además de una nueva llamada a los Convenios fundamentales de la organización internacional.
- Apoyo a la negociación mediante la recopilación y divulgación de información sobre tendencias y buenas prácticas, tanto respecto al proceso de la negociación, como al contenido de los convenios colectivos. Recomendación que insiste por tercera vez en el papel tan relevante de la negociación colectiva y la necesidad de que se produzca una propagación de las buenas prácticas, tanto de negociación como de contenido.
- La toma en consideración por las legislaciones y políticas nacionales del Convenio núm. 100 sobre igualdad y no discriminación y la Recomendación núm. 90 sobre igualdad de remuneración, el Convenio núm. 111 y la Recomendación núm. 111 sobre discriminación en materia de empleo y ocupación. Por tanto, este último principio, vuelve a incidir en la perspectiva de género, obligando a poner en conexión, en una adecuada interpretación sistemática, estas normas y el nuevo Convenio.

Estos cinco denominados "principios fundamentales" de la Recomendación núm. 206, en

realidad se reducen, de un lado, al enfoque inclusivo, integrador y de género, ya identificado en el Convenio 190 y, por tanto, en este punto, se da una plena coincidencia entre ambos instrumentos, aunque la Recomendación añade los ámbitos legislativos donde se ha de trasladar este enfoque (trabajo, empleo, seguridad y salud, igualdad y no discriminación y derecho penal). Y de otro, la dimensión colectiva de la violencia y el acoso, reafirmando en este ámbito la relevancia el derecho a la libertad sindical y del derecho a la negociación colectiva conforme a los Convenios 87 y 98, respecto a todos los trabajadores y todos los empleadores "incluidos aquellos en los sectores, ocupaciones y modalidades de trabajo que están más expuestos a la violencia y el acoso", entre los que sin duda se encuentran las trabajadoras y trabajadores domésticos, especialmente migrantes por todos los factores ya señalados en la primera parte de este trabajo. Y, por tanto, se trata de un principio que refuerza la plena vigencia de estos dos derechos colectivos fundamentales en el ámbito de sectores como el del empleo doméstico, donde como se sabe la implantación sindical y el desarrollo de la negociación colectiva son aún, en la mayor parte del mundo, un mero *desideratum* o altamente deficitarios. El principio de autonomía colectiva se configura como eje básico de la eliminación de toda forma de violencia y acoso en el mundo del trabajo y se puede considerar una llamada a la negociación colectiva para regular protocolos anti acoso y violencia.

Junto a este principio impulsor y expansivo del derecho de libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva (Convenios 87 y 98) en relación con la violencia y el acoso, en la Recomendación se invocan otros instrumentos, concretamente todos los relativos a la no discriminación: el Convenio 100 y la Recomendación 90 sobre igualdad de remuneración y el Convenio 111 y Recomendación 111 sobre no discriminación en materia de empleo y ocupación. Se ha de reparar que de estos seis instrumentos expresamente invocados como principios fundamentales, cuatro de ellos coinciden con cuatro de los ocho Convenios Fundamentales de la OIT. Es decir, no se invocan aquí de forma expresa ni el Convenio sobre eliminación de la esclavitud (Convenio 29, de 1930), ni el Convenio 105 sobre eliminación de todas las formas de trabajo forzoso, ni tampoco los Convenios sobre eliminación de las peores formas de trabajo infantil y el de edad mínima. Pese a ello, lo cierto es que el Preámbulo del Convenio 190 reafirma la "pertinencia de los convenios fundamentales de la OIT", sin excepción–además de otros instrumentos internacionales expresamente mencionados[11]. Y ello no es casual, ya que las diversas formas de trabajo forzoso y de esclavitud –aunque sea esclavitud o trabajo forzado de facto, también denominadas formas contemporáneas de esclavitud o servidumbre–, como hemos visto, acusan una importante dimensión de género muy significativa en el empleo doméstico, realidades en que la violencia y/o el acoso son además elementos identificativos que están presentes por definición en estas formas de explotación extrema. La inclusión como principios fundamentales de estos Convenios fundamentales –los ocho– queda además consagrada en el artículo 5 del Convenio, donde de nuevo se invoca el respeto y garantía de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, haciendo mención expresa al derecho a la libertad de asociación, reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva, eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, la abolición del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación, así como el fomento del trabajo decente y seguro.

En conclusión, la Recomendación, respecto al Convenio, añade o hace más hincapié en

[11] Concretamente, la Declaración Universal del os Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De lo que se desprende la necesaria conexión sistemática del Convenio sobre la violencia y el acoso y ciertas realidades y colectivos especialmente vulnerables en función del sexo, la migración y la discapacidad.

la necesidad de apoyar e impulsar un efectivo derecho a la negociación colectiva como vía de prevención y afrontamiento de la violencia y el acoso, lo que en el ámbito europeo ha dado buenas muestras de ser un instrumento especialmente adecuado para desarrollar una intervención preventiva, reactiva y reparadora frente a la violencia y el acoso.

Por último, se puede considerar que, a partir de un análisis íntegro y sistemático de esta norma (el Convenio 190), se deducen unos principios fundamentales implícitos que son los que inspiran el preámbulo y los preceptos del Convenio 190 y que se extraen también a partir del articulado de la complementaria Recomendación– 206

Estos principios fundamentales "implícitos" – o deducidos de la integridad del texto– en son:

- El principio de universalidad o inclusivo, según el cual este derecho se reconoce a toda persona en el mundo del trabajo sin ningún tipo de distinción (art. 2 del Convenio) adoptando un enfoque absolutamente inclusivo, sin excepciones de ningún tipo, como, al menos hasta ahora, suele ser la regla general en la mayor parte de los Convenios de la OIT, descartando en esta materia la opción tradicional de las regulaciones sectoriales.

- El principio amplificador del concepto, superando la noción de trabajo restrictiva del mismo, que se amplía al "mundo del trabajo", superando la limitada noción de tiempo y espacio de trabajo, en consonancia con los cambios tecnológicos.
  "Principio de derecho humanitario", es decir, se opta por su configuración como derecho humano antes que, aunque también, como derecho laboral. La dignidad humana, la integridad física y moral y la igualdad de oportunidades de toda persona son el telón de fondo de este nuevo derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso. Por ello pasará a ser uno de los principios fundamentales del trabajo y queda expresamente vinculado a los convenios fundamentales.

- "Principio de tolerancia cero" vinculado al derecho a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso y que afecta a todos los actores del mundo del trabajo, es decir, no sólo a los empleadores en sentido estricto, quienes deberán abstenerse de estas conductas prevenirlos y combatirlos. Por tanto, se descarta toda visión "fisiológica" justificadora de la conflictividad social y personal propia del mundo del trabajo, adoptando una concepción patológica sin ambages, de las interacciones entre la violencia y el mundo del trabajo.

- "Principio preventivo", en cuanto da tanta relevancia a la tutela reparadora y sancionadora como a la preventiva, debiendo integrarse estos riesgos psicosociales en la gestión y organización de la empresa, configurándose como una obligación de protección preventiva para el empleador.

- "Principio de sostenibilidad y eficiencia económica" de ambientes de trabajo libres de violencia y acoso, en cuanto se considera que estos fenómenos son incompatibles y perjudican la calidad de los servicios públicos y privados y la productividad (organización del trabajo, reputación o relaciones en el lugar de trabajo).

- Principio de "preeminencia de género", reconociendo la mayor afectación de las mujeres por formas de violencia y acoso –incluyendo la económica–, que ha de ser tenido en cuenta necesariamente para acabar con la violencia y acoso en el mundo del trabajo. Ello supone la consideración de que la violencia y el acoso –al margen de la violencia discriminatoria y violencia sexual– afectan de manera desproporcionada a las mu-

jeres y niñas, siendo preciso un enfoque integrado que tenga en cuenta las causas y factores de riesgo –entre ellos los estereotipos de género y las formas múltiples e interseccionales de discriminación y abuso de las relaciones de poder por razón de género–.

– Principio de conectividad entre violencia laboral y violencia doméstica. Se reconoce que la violencia doméstica puede afectar al empleo, la productividad y la seguridad y salud, lo que lleva a afirmar la necesaria contribución de organizaciones de empleadores, de trabajadores e instituciones del mercado de trabajo, como parte de otras medidas, a reconocer, afrontar y abordar el impacto de la violencia doméstica. Junto a ello, late en el Convenio la inclusión en el ámbito familiar de la violencia sufrida por los empleados domésticos, debido a la existencia de cada vez más países donde se incluye en el concepto de familia tanto a quienes tienen vínculos de parentesco por consanguinidad o afinidad o relación análoga de pareja, como a otras personas que conviven en el hogar.

2. DESCRIPCIÓN CRÍTICA DEL MARCO NORMATIVO INTERNO

Es casi un tópico caracterizar el marco jurídico interno sobre violencia y acoso en el trabajo con los calificativos de incompleto, asistemático, disperso o de formación aluvional. Aunque, en realidad, dichas afirmaciones se efectúan mayoritariamente sobre el acoso moral –y no tanto en relación con la violencia y acoso de género– y éstos son precisamente los retos primeros y más relevantes que la ratificación del Convenio 190 puede comportar para una cualitativa mejora técnica del tratamiento de la violencia y el acoso en el trabajo en el ordenamiento español. Esto es, evolucionar hacia un tratamiento normativo más completo y sistemático.

El primer punto sobre el que queremos llamar la atención es el ámbito de aplicación subjetivo del Convenio núm. 190, cuyo artículo 3, como vimos en el apartado anterior, no lo limita al ámbito de una relación laboral de trabajo asalariado por cuenta ajena, sino que abarca al trabajo por cuenta propia, al empleo público, al trabajo en la economía informal, al voluntariado, a los estadios previos al contrato (búsqueda de trabajo y procesos de selección), a las figuras de formación, aprendizaje, prácticas o pasantías y cualquier otra que guarde relación con el mundo del trabajo. Nos hemos referido a esta importante aportación del Convenio, porque ello suscita a nivel interno la necesidad de adoptar una norma cuyo ámbito de aplicación no coincide con el laboral. Por tanto, el legislador deberá, bien adoptar una ley de reforma de las leyes afectadas por el Convenio, bien, optar por aprobar una ley general contra la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, en cuyo caso ello no impediría incluir previsiones específicas en diferentes normas. Personalmente, considero técnicamente más acertado optar por una ley general de violencia y acoso en el mundo del trabajo, en la que se incluyan, además –en las disposiciones adicionales o finales– las modificaciones de preceptos concretos de todas las demás leyes que requieren un cambio específico por incurrir en contradicción con el Convenio 190 OIT.

Ciertamente en el ámbito laboral es ya algo habitual el que las diferentes normas laborales tengan ámbitos subjetivos diferenciados y no necesariamente coincidentes (generalmente, más amplio) con el establecido en el artículo 1 del ET, como de hecho sucede, por ejemplo con la Ley Orgánica de Libertad Sindical o la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Por tanto, es posible acudir a cualquiera de las dos opciones, ya que modificando varias leyes se llegaría a cumplir con la exigencia de ampliación del ámbito de aplicación del Convenio 190 más allá del definido en el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores. No obstante, si se procediera a una modificación de las diferentes leyes afectadas por la norma internacional, es preciso advertir que, además de las dos leyes mencio-

nadas, habría que adaptar a las exigencias del Convenio 190 normas tan relevantes como la Ley de Empleo, el Estatuto del Trabajo Autónomo y el Estatuto Básico del Empleo Público, entre otras. Es cierto que la economía informal podría quedar desprotegida frente a esta lacra, sin embargo, en la medida en que todo trabajo por cuenta ajena "aflore", la protección sería la correspondiente al trabajo por cuenta ajena, por lo que no es del todo imprescindible la adopción de una ley general y transversal de acoso y violencia. Cuestión distinta es que ello sea más oportuno, como pensamos, para dar una mayor visibilidad y tratamiento unitario, lo cual técnicamente, sin embargo, no es menos complejo porque muchos de los mecanismos de prevención y protección previstos en el Convenio están pensados para el ámbito del trabajo por cuenta ajena, en cualquier sector y ya sea público o privado, pero no para el trabajo por cuenta propia o las situaciones de desempleo y búsqueda de empleo.

En el ordenamiento español no se cuenta con una definición legal del acoso moral, a diferencia del discriminatorio y sexual, sin embargo, la doctrina judicial y jurisprudencial viene considerando su existencia cuando concurre una conducta atentatoria de la dignidad y los derechos fundamentales, lo que, en términos del Convenio equivaldría a "conductas inaceptables", como hostigamiento, vejaciones o intimidación; además de ello, el segundo elemento hasta, ahora requerido, es la reiteración o proceso prolongado en el tiempo, lo que no casa con la definición internacional conjunta. No obstante, cabe exigir este requisito solo al acoso moral como proceso, siempre que el legislador opte por diferenciar entre violencia y acoso; en tercer lugar, la finalidad o intención de destrucción psíquica de la persona, hasta ahora predominantemente requerida por nuestros tribunales, tampoco sería conforme al Convenio que, teniéndola en cuenta, no lo exige en todo caso. A lo sumo, en relación con el acoso moral podría entenderse implícitamente incluida cuando concurre la concatenación de actos durante un cierto tiempo; y, por último, el resultado lesivo de la salud o la dignidad, hasta ahora requerido por un sector importante de la doctrina judicial, como hemos visto, tampoco casa con la definición del Convenio, para el según el bastaría con la mera potencialidad lesiva, sin que llegue a materializarse el daño, para que se considere jurídicamente relevante a todos los efectos. Los cambios legales necesarios, no cabe duda de que contribuirán al incremento del número de sentencias estimatorias, que por el momento se ha mantenido en cifras alarmantemente bajas[12].

Desde mi punto de vista, la primera cuestión que deberá abordar nuestro legislador es si conviene diferenciar la violencia del acoso –hasta ahora en función de diferencia si se trata de un acto aislado o un proceso–, lo que desde mi punto de vista debe responderse en sentido afirmativo. Esto es, conviene adoptar una definición autónoma de cada uno de ellos, teniendo en cuenta sobre todo la diferencia relativa al elemento intencional objetivado en la reiteración de las conductas propia del acoso moral. De este modo el legislador, dada la flexibilidad de la definición del Convenio, podría mantener el elemento reiteración –conjunto de conductas– como elemento diferencial del acoso moral frente a la violencia y otros tipos de acoso –discriminatorio, sexual o sexista–.

A la hora de definir la violencia, se ha de tener presente que nuestra legislación –art. 54.2 ET– configura las ofensas verbales o físicas a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos, como una causa de despido disciplinario. Se trata de una previsión sobre violencia en el trabajo de alcance limitado a este ámbito disciplinario, que no tiene en cuenta ni la perspectiva preventiva ni la reparadora (además de contemplar solo los incumplimientos de los trabajadores y no, por tanto, la violencia empresarial), que, además, suscita fallos judiciales encontrados a la hora de valorar la gravedad de los mismos, teniendo

[12] Basándose en datos del Observatorio vasco sobre el acoso y la discriminación, a partir del estudio de 1000 decisiones, concluyendo que solo son estimatorias dos de cada diez, *vid.* críticamente sobre la jurisprudencia y doctrina judicial, MOLINA NAVARRETE, C. (2021), pg. 94 y siguientes.

en cuenta el contexto en que se producen y el principio de proporcionalidad. Además la negociación colectiva contempla de forma generalizada, aunque no siempre con el deseable grado de precisión, esta falta laboral, según su entidad, como leve, grave o muy grave e, incluso, como causa de despido.

De otro lado, el apartado g) de dicho artículo 54.2 del ET, contempla que es causa de despido el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa. Es decir, no contempla el acoso moral como tal, sino solo el discriminatorio, por razón de sexo y sexual.

De este modo, al menos en lo que se refiere a conductas de los trabajadores, nuestra legislación diferencia hasta ahora entre violencia verbal o física y acoso – aunque, como decimos, solo se refiere al acoso discriminatorio y sexual–. Por tanto, resultaría más coherente con nuestro ordenamiento adoptar una definición diferenciada de violencia y acoso, tal y como permite el Convenio 190, además de añadir el acoso moral, junto a los demás tipos de acoso. Conforme a lo que se analizó en la primera parte de este trabajo, parece razonable distinguir el acoso moral del acoso discriminatorio y sexual, dados su diferente etiología y presupuestos y dado que, además, éstos cuentan ya con definición conforme al Derecho de la UE. En relación al acoso moral –que es el que no cuenta con definición legal– el legislador ha de tener como referencia la definición amplia del artículo 1 del Convenio, desligándose de una praxis judicial restrictiva, debiendo por tanto romper con la exigencia de una cierta gravedad de la conducta, cuya concurrencia no establece el Convenio 190. Y, de la misma manera, se habrá de prescindir en dicha definición, tanto de la intención última del agresor como del resultado lesivo, bastando con la potencialidad lesiva.

Ello no obsta a la tipificación penal de estas conductas, tal como efectivamente hace el Código Penal –art. 173.1 entre los delitos de tortura y otros delitos contra la integridad moral, sustentado en la gravedad de las conductas hostiles o humillantes, la concurrencia de dolo, la reiteración, el abuso de la relación de superioridad y un resultado lesivo real, no potencial y grave. En nuestra opinión, el Convenio 190 brinda la posibilidad de ampliar el tipo penal, sin embargo, no lo impone necesariamente, al dejar en ese ámbito un mayor margen de disposición a cada Estado ratificador, no obstante sí deberá hacerse una valoración en sentido ampliatorio en torno a la concurrencia de dolo, la necesidad de relación de poder o superioridad sobre la víctima y el resultado lesivo efectivo.

Una herramienta que entendemos puede ser un punto de partida para el legislador es la NTP– Nota Técnica Preventiva– del INSST 854/2009. En efecto, siendo un instrumento jurídicamente no vinculante, considero que es útil y por ello debe ser especialmente considerada por su contenido definitorio y su dimensión preventiva –muy acusada en el Convenio 190–. En ella se identifican los elementos a considerar en una acotación conceptual: qué (tipo de conductas), quien (sujetos implicados), cuándo (frecuencia y duración), cómo (asimetría de poder o igual posición), dónde (el marco de la relación laboral) y por qué (perspectiva preventiva, la salud). Especialmente interesa considerar al legislador nacional, desde mi punto de vita, el listado no cerrado de las posibles conductas (ataques a la víctima con medidas organizativas, ataques a las relaciones sociales de la víctima, ataques a la vida privada de la víctima, amenazas de violencia física, ataques a las actitudes de la víctima, agresiones verbales, rumores), y ello porque la opción de listar las conductas inaceptables, aun de forma no cerrada, puede contribuir a una mejor identificación, sensibilización, conocimiento y denuncia, que una mera alusión genérica y abstracta. Redundando ello en el avance de la necesaria seguridad jurídica.

De otro lado, el Convenio núm. 190 OIT –art. 3– amplía su ámbito de aplicación más allá de tiempo y lugar de trabajo, a todas aque-

llas conductas que ocurren "durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo", concretando que el lugar de trabajo incluye los espacios públicos y privados cuando son un lugar de trabajo y abarcando expresamente también los lugares donde se paga, donde toma su descanso o donde come, o en los que utiliza instalaciones sanitarias o de aseo en los vestuarios, en los desplazamientos, viajes, eventos o actividades sociales o de formación relacionados con el trabajo, en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación, en el alojamiento proporcionado por el empleador y en los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo.

Este aspecto es imprescindible incluirlo en la norma que proceda a dar cumplimiento al Convenio, ya que en nuestro ordenamiento no hay previsión alguna al respecto, y, en su defecto los tribunales aplican criterios encontrados. El último de ellos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2022, en la que se desestima un recurso de casación referido a un despido por insultos y agresiones producidos fuera del centro y tiempo de trabajo, por cuestiones extra laborales, concretamente una comida de navidad. El TS estima el RCUD interpuesto por la parte empresarial contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 21 de febrero de 2020, que declaró improcedente el despido por referirse a actos que se produjeron fuera del lugar y del tiempo del trabajo, rebajando la gravedad, además, por el contexto en que se produjeron los hechos y tratarse de cuestiones ajenas al desempeño del trabajo.

Para el TS, en cambio, estos hechos afectan muy negativamente a la necesaria y obligada convivencia laboral futura, considerándola una conducta "vinculada o anulada a la relación laboral". Según el TS, aunque el trabajador se encontraba fuera del lugar y horario de trabajo, se trata de actos sancionables si transgreden la buena fe contractual para causar un perjuicio a la empresa, si con ello incurre en comportamientos que tienen algún tipo de relevancia y vinculación con la actividad laboral. Las graves ofensas proferidas por el trabajador a sus compañeros, de palabra y físicas, condicionaron irremediablemente las relaciones laborales entre ellos y también comportaron un deterioro para la imagen de la entidad empresarial, trascendiendo las relaciones privadas, por lo que, para el TS no puede enervarse la sanción disciplinaria de despido y su calificación de procedente. Por todo ello, EL TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa y aunque se comparten estas argumentaciones, no deja de llamar la atención el hecho de que precisamente el TS no invocara el Convenio 190 en apoyo de su fundamentación jurídica, pues conforme a éste, no cabría duda de que se trata de violencia en el trabajo. Además de concurrir, entre los insultos, un sesgo discriminatorio por razón de raza ("moro de mierda").

3. PROPUESTAS TÉCNICAS PARA LA NECESARIA "TRANSPOSICIÓN" DEL CONVENIO 190 AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Una vez hemos analizado tanto el contenido y alcance del Convenio 190 y su correlativa Recomendación 206, como el estado actual del ordenamiento español en la materia, es posible pasar ya a determinar los cambios normativos necesarios para un adecuado cumplimiento de este histórico Convenio de la OIT.

En primer lugar, es importante advertir que pese al extraordinario grado de concreción de esta norma internacional, la misma realiza importantes mandatos a los Estados para su cumplimiento, en algunos casos dejando un escaso margen de maniobra o de adaptación, en otros, permitiendo diferentes posibilidades. En todo caso, de un modo similar a lo que sucede con las directivas de la UE, este convenio internacional requiere de una labor de transposición, no solo incorporando contenidos nuevos, sino modificando algunas de las normas internas que pueden colisionar con el mismo.

Es cierto que la mayor parte de los Convenios de la OIT contienen mandatos dirigidos a los Estados y su aplicación directa es solo residual, caracterizándose la mayoría por establecer pautas de conducta o mandatos muy generales, sin reconocer directamente derechos subjetivos a la ciudadanía. Pero en este caso dicha característica es aún más ostensible.

Dicho esto, en el caso del Convenio 190, y por ello lo hemos calificado como Convenio histórico, se reconoce un derecho fundamental a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso, tal y como hemos visto. Un derecho subjetivo ejercitable ante los tribunales directamente una vez esta norma entra en vigor, lo que no contradice lo señalado sobre la necesaria labor legislativa que garantice plenamente este nuevo derecho. Además, el marco jurídico interno, como hemos visto, es excesivamente disperso y asistemático[13], siendo ahora el momento oportuno para adoptar una legislación específica, con un ámbito de aplicación más amplio que el laboral, referido al "mundo del trabajo".

Entre las diferentes opciones técnicas, tras el estudio precedente sobre nuestro ordenamiento interno, llegamos a la conclusión de que lo más adecuado sería adoptar una ley sobre eliminación de toda forma de violencia y acoso en el mundo del trabajo, mejorando así un marco normativo disperso, en el que pese a los esfuerzos doctrinales y judiciales, subsisten lagunas de regulación. Esto es, parecería lo más adecuado una ley *ad hoc*, sin perjuicio de que dentro de ella se incluyan cuantas disposiciones de modificación de otras leyes sean precisas, que, fundamentalmente son el Estatuto de los Trabajadores, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, la Ley de Empleo, la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, la legislación antidiscriminatoria, legislación procesal laboral, Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. Además, claro está, de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo y Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

Esta ley de protección integral contra toda forma de violencia y acoso en el mundo del trabajo, independientemente de la estructura sistemática que adopte, ha de contar con una parte referida a las definiciones fundamentales, más importantes y novedosas del Convenio 190. No obstante, previamente, parece más que razonable incluir un preámbulo o exposición de motivos que dé cuenta de lo que supone del reconocimiento de un derecho fundamental a un mundo del trabajo libre de toda forma de violencia y de acoso, así como de la amplitud conceptual y modalidades de éstos y del ámbito subjetivo de aplicación, cuyas fronteras supera con creces tanto el empleo por cuenta ajena, como los límites espacio-temporales del contrato de trabajo, esto es, tiempo y lugar de trabajo tradicionales.

A parte de dicho preámbulo, la ley debe incluir –no sólo porque esta sea la estructura del Convenio, sino porque es lo más adecuado técnicamente– una primera parte relativa a las definiciones conforme a lo establecido en el Convenio. Como hemos venido sosteniendo, de un lado, el Convenio permite a los Estados diferenciar el acoso de la violencia, o bien optar por una definición unitaria; de otro lado, aunque no distingue entre acoso moral, discriminatorio y sexual, tampoco lo impide. En el caso del ordenamiento español en el marco del derecho de la UE, parece más coherente optar por definir de forma diferenciada violencia y acoso y, además, definir de forma diferenciada todos los tipos de acoso, siendo especialmente importante definir el acoso moral o mobbing por que hasta ahora no ha sido conceptualizado en una ley. A tal efecto, la definición establecida en el artículo 1 del Convenio es amplia e inclusiva de todo tipo de abuso físico, verbal, moral o discriminatorio, no obstante, ello no impide, sino todo lo contrario, que la ley inter-

[13] En este sentido en la doctrina, LOUSADA AROCHENA afirma que el tratamiento dela violencia y el acoso en el ámbito laboral es fragmentario, fruto de una construcción aluvional directamente influida por la normativa comunitaria, en el que se detectan lagunas importantes, cfr. "El Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo", *Revista de Derecho Social, nº 88, 2020,* pg. 73.

na enumere, en una lista abierta, conductas que constituyen acoso moral, tales como amenazas, intimidación, menosprecio, humillaciones, hostigamiento, acecho… incluyendo una cláusula abierta del tipo, "además de prácticas laborales abusivas análogas que causen o sean susceptibles de causar daños físicos, psicológicos, sexuales o económicos". Desde nuestro punto de vista y en relación con el acoso moral, el Convenio no exige (no impone) la inclusión de conductas que se lleven a cabo "una sola vez", ya que esta expresión se referiría a otras modalidades de acoso o a la violencia, ya que el acoso moral no se configura en un solo acto, requiriendo una cierta reiteración. De hecho el Acuerdo Marco Europeo sobre violencia y acoso en el trabajo de 26 de abril de 2007, que al igual que el Convenio 190 se refiere a las dos conductas (violencia y acoso), diferencia entre ambas optando por una definición del acoso que requiere la reiteración –apartado 3–. Distinción que también hace la Resolución del Parlamento Europeo de 11 de noviembre de 2018 (2018/2055), destacando la fragmentada y débil atención prestada al acoso sexual y psicológico, frente a la violencia física. Por tanto, parece lo más acertado, dado el marco europeo reseñado y dada nuestra legislación interna, el optar, de un lado, por una definición diferenciada entre violencia y acoso y, de otro, en relación con el acoso moral, respetando la amplitud de la definición del Convenio 190, exigir una reiteración de las conductas, así como incluir un listado abierto de ellas. En ambos casos, violencia y acoso en todas sus modalidades, es preciso afianzar el elemento objetivo en los términos del Convenio, esto es, que las conductas causen daño físico, psíquico, sexual o económico o que sean susceptible de causarlos. Y, lógicamente, este apartado debe cerrarse con una clara y expresa prohibición de todas estas conductas.

La norma interna que se adopte para el cumplimiento de este compromiso internacional, debiera definir, también con una redacción abierta (del tipo "cualquier grupo o colectivo que se vea afectado de forma desproporcionada"), cuáles se consideran grupos vulnerables (además de los de género), tales como el empleo en el hogar familiar o algunos sectores productivos, de modo que las medidas que se adopten puedan contar con una mayor concreción y toma en consideración de la problemática específica de estos colectivos.

Y finalmente, en el apartado de las definiciones, se debiera abordar la de la expresión "mundo del trabajo". Es cierto que ello se debe desarrollar más en la parte que regule el ámbito de aplicación de la ley, sin embargo, se trata de una expresión de gran relevancia, que no debe pasar desapercibida, ya que, de alguna manera, la misma nos traslada una idea sobre el futuro del Derecho del Trabajo, lo que claramente se percibía en el contexto de la aprobación del Convenio 190, vinculado a los actos de celebración del centenario de la organización. En efecto, ese futuro Derecho del Trabajo que en este texto solo se esboza o presiente, denota la amplia superación del modelo taylorista-fordista, hacia un medio de trabajo más amplio e intangible (teletrabajo, trabajo en plataformas digitales…), profundamente afectado por las tecnologías informáticas. Y en relación con el tema que nos ocupa, el Convenio 190 reconoce la modalidad de acoso cibernético en el trabajo.

En segundo lugar, la norma que se adopte para garantizar el cumplimiento del Convenio 190, tendrá que reconocer, el derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso (art. 4 del Convenio) como expresión de la dignidad humana y del concepto de trabajo decente (art. 5) y delimitar su ámbito de aplicación. En relación con este derecho fundamental, en el ordenamiento interno, en concreto en el Estatuto de los Trabajadores, sería conveniente una más explícita y precisa regulación de los derechos reconocidos en el apartado d) (integridad física y adecuada política de prevención de riesgos laborales) y en el apartado e) (derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por

razón de sexo), en el primer caso para referirse a los riesgos psicosociales de violencia y acoso y en el segundo para simplificar su redacción acogiendo la más simple y omnicomprensiva del Convenio 190. Igualmente, deberá valorarse una más completa redacción del artículo 54.2 g) del ET que, hasta ahora, solo considera causa de despido el acoso discriminatorio, sexual y de género, sin contemplar el acoso moral. A diferencia el ET, el Estatuto Básico del Empleado Público (Real Decreto Legislativo 5/2015) sí establece que es falta disciplinaria muy grave tanto el acoso discriminatorio (art. 95.2 b), como el "acoso laboral" (art. 95-2 o) EBEP), siendo no obstante recomendable un ajuste a la terminología del Convenio.

En esta misma parte, una de las primeras cuestiones que requieren cierta concreción por el legislador interno son las relativas al ámbito de aplicación de la Ley. Es cierto que el Convenio por sí solo una vez ratificado y entre en vigor, es norma "interna" y aplicable directamente, sin embargo, parece más que razonable, además de por razones "pedagógicas" o de difusión, por razones de técnica jurídica, el que la ley nacional delimite su ámbito aplicativo (coherentemente con lo establecido en el Convenio) pudiendo añadir alguna especificación. Como hemos visto, el ámbito de aplicación tan novedoso del mismo no se limita a la dimensión subjetiva, sino que abarca también diversos aspectos del ámbito objetivo (el trabajo), concretamente en sus dimensiones espaciales y temporales, en lo que viene a conformar el denominado "mundo del trabajo". En esta parte, la ley nacional no sólo ha de establecer su aplicación al trabajo por cuenta ajena (cualquiera que sea la modalidad de contrato, incluyendo a los postulantes o aspirantes, despedidos, en prácticas…), al empleo público, al trabajo autónomo y al trabajo no declarado o economía informal (en los términos establecidos en el artículo 2 del Convenio), sino que deberá precisar la dimensión subjetiva tanto de las víctimas como de los agresores incluyendo expresamente a terceras personas, tales como clientes, proveedores, pacientes, alumnado..., pudiendo ampliar o precisar sobre todo en este último punto.

Y, en relación con la ampliación del ámbito objetivo, espacio-temporal, la ley habrá de especificar qué lugares y qué tiempos, han de considerarse a los efectos de la violencia y el acoso, prestando especial atención a todo lo relativo al empleo de medios digitales, pero también a otras actividades y tiempos –desplazamientos, eventos..– que el Convenio incluye de forma expresa. Y aunque en este punto el Convenio –artículo 3– es bastante explícito y pormenorizado, su inclusión de nuevo en esta futura ley, incidiría favorablemente, en cuanto haría más visible que el derecho a un ambiente de trabajo libre de violencia y acoso no se limita a las horas laborales y dependencias de la empresa.

Una tercera parte de la ley interna que se adoptara (o, acumulativa o alternativamente, una modificación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales) entiendo habría de ser la relativa a la prevención de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, ya que partiendo del análisis del artículo 9,b) –"exigiendo la legislación a los empleadores ·tener en cuenta la violencia y el acoso, así como los riesgos psicosociales asociados, en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo"–, del artículo 9 c) –obligación empresarial de identificar los peligros y evaluar los riesgos de violencia y acoso con participación de los trabajadores y sus representantes y adoptar medidas para prevenir y controlar dichos peligros y riesgos– y del artículo 10 g) –garantía legal del derecho de todo trabajador a alejarse de una situación de trabajo cuando tenga motivos razonables para considerar que está en peligro grave e inminente para su vida, su salud o su seguridad a consecuencia de actos de violencia o acoso–, no podemos sino afirmar que nuestra legislación preventiva adolece de carencias importantes que propician un déficit de protección preventiva frente a la violencia y el acoso, puesto que ni siquiera se cuenta con referencia expresa a la violencia y el acoso como riesgos psicosociales. Recordemos que, pese a las críticas doc-

trinales y algunas sentencias que defendían la necesaria inclusión en el ámbito de aplicación de la LPRL de estos riesgos, la ITSS, en su Criterio Técnico 34/2003, dictaminó que el acoso laboral quedaba fuera del ámbito sustantivo y sancionador preventivo de la ITSS. Con posterioridad el TC en su Sentencia de 4 de marzo de 2014 (rec. 788/2013) sentó doctrina considerando que el acoso y demás riesgos psicosociales son daños derivados del trabajo comprendidos en el art. 4.3 de la LPRL, del que se deriva la existencia de un deber de protección del empresario, que incluye a la protección frente al acoso, adoptando cuantas medidas sean necesarias y siendo aplicable el recargo de prestaciones de Seguridad Social por omisión de medidas de seguridad y salud en el trabajo.

Coherentemente con esta doctrina constitucional y para una mejor garantía del cumplimiento de estas obligaciones preventivas que el Convenio exige que los Estados incluyan en su legislación, parece razonable que el legislador nacional incluya expresamente la obligación empresarial de protección frente a estos riesgos y la obligaciones de evaluación e identificación de los riesgos, además de su consideración en la gestión de la seguridad y salud de los trabajadores y la obligación de proporcionar a los trabajadores en forma accesible información y capacitación sobre los peligros y riesgos de violencia y acoso identificados y de las medidas de prevención y de protección. En relación con ello, la norma deberá hacer una especial consideración del trabajo en plataformas digitales o trabajo mediante tecnología informática (acoso cibernético), además del trabajo en las denominadas relaciones de trabajo triangulares, abordando la superación de la noción tradicional de empleador o empresario como destinatario de una prestación de servicios en régimen laboral. Esta mejor delimitación contribuirá a un régimen de responsabilidades más claro (incluyendo responsabilidades de los trabajadores), tanto en materia preventiva como, incluso, en relación con el recargo de prestaciones por omisión de medidas de prevención.

La Recomendación 206 –complementaria del Convenio 190– concreta más estas obligaciones preventivas al establecer –apartado 8– que en la evaluación de riesgos se deberían tener en cuenta los factores que aumentan las posibilidades de violencia y acoso, incluyendo los peligros y riesgos psicosociales. Y en este sentido menciona los siguientes: condiciones y modalidades de trabajo, organización del trabajo y gestión de recursos humanos, implicación de terceros como clientes, proveedores de servicios, usuarios, pacientes o público, se deriven de la discriminación, el abuso de las relaciones de poder y las normas de género, culturales y sociales que fomentan la violencia y el acoso.

El legislador deberá hacer una valoración sobre la pertinencia de introducir la obligación en las empresas de adoptar protocolos contra la violencia y el acoso, tanto preventivos, como reactivos, elevando el nivel de exigencia respecto a lo que significan las meras políticas de *compliance*. Dichos protocolos deben ser negociados con los representantes de los trabajadores en la empresa (tal como exige el art. 9 a) y c) del Convenio), sin perjuicio de que los convenios colectivos sectoriales puedan establecer también el contenido general de estos protocolos. Protocolos que, igualmente, han de guardar coherencia y ser tenidos en cuenta en la evaluación y en los planes de prevención. Si vemos el desarrollo de los protocolos de acoso sexual o sexista por parte de la negociación colectiva, se constata que se adoptan modelos muy diferentes –en la empresa o externalizados–, con sistemas de quejas o denuncias y de órganos, instancias o sujetos diferentes. Por ello es igualmente importante establecer en la ley la relación de estos protocolos generales contra la violencia y el acoso con otros protocolos distintos como los relacionados con el género y la discriminación incluidos generalmente en los planes de igualdad, o los protocolos para la solución de conflictos interpersonales en la empresa. Y de la misma manera, si se creara una figura especial –comisión, comité o persona– la ley debe determinar su relación con otras figuras como unidades de igualdad o

los comités disciplinarios, evitando el solapamiento de protocolos y figuras diversas[14].

En el empleo por cuenta propia, al igual que sucede en general con la prevención de riesgos, sería lamentable que no contaran con una protección eficaz de su seguridad y salud frente a este tipo de riesgos. El empleo autónomo casi nunca se lleva a cabo de forma individual, aislada y sin contacto con terceros, siendo preciso en estos casos la adopción de medidas de apoyo frente a la violencia y el acoso, que no puede sino ser asumida por los poderes públicos.

Finalmente, teniendo en cuenta los denominados "principios fundamentales" del artículo 4 del Convenio, que como se ha señalado, en realidad contiene los mandatos dirigidos a los Estados Miembros, "de conformidad con la legislación y la situación nacional", la ley debe establecer los mecanismos de garantía del derecho a un ambiente de trabajo libre de violencia y acoso. A tal fin puede considerarse importante determinar los medios de la inspección de trabajo en supuestos de violencia y acoso, así como, incluso valorar la creación de organismos específicos. Igualmente, concretar las infracciones relativas a violencia y acoso, precisando mejor la actual redacción de tipos de infracciones, incluyendo la violación del deber empresarial de protección frente a la violencia y el acoso y las infracciones de violencia o acoso por parte de trabajadores. Concretamente, hemos de recordar que el Real Decreto Legislativo 5/2000 (LISOS) establece que es infracción muy grave el acoso sexual (art. 8.13) y el acoso discriminatorio (art. 8.13 bis) y "los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores (art. 8.11). Según ello, se viene considerando que el acoso moral estaría incluido en éste apartado 11, siendo el que desde nuestro punto de vista requeriría una más expresa y precisa redacción conforme al Convenio 190[15].

En materia procesal es aconsejable la introducción de algunas mejoras, ya que, además de procedimientos de presentación de quejas e investigación o procedimientos de solución de conflictos en el lugar de trabajo, el Convenio admite (como no puede ser de otra manera) mecanismos externos al lugar de trabajo y la vía judicial, Además establece la posibilidad de incluir una específica protección de los querellantes, víctimas, testigos o informantes (incluyendo medidas de asistencia jurídica, social, médica y administrativa), frente a la victimización y las posibles represalias. Pero, se trata de medidas posibles –no necesariamente exigidas– pudiendo el legislador adoptar otras, siempre que sean mecanismos seguros, equitativos y eficaces.

Asimismo el Convenio (art. 4) exige a los Estados adoptar una estrategia integral para

[14] Es importante, incluso necesario, tener en cuenta el estado más avanzado de la legislación antidiscriminatoria y, por tanto, del acoso discriminatorio –especialmente el relacionado con el sexo y el género-. De hecho, la primera ley que definió el acoso discriminatorio fue la Ley 62/2003, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (para la transposición de las Directivas 2000/43 y 2000/78. La Ley Orgánica 1/2004, de protección integral contra la violencia de género define la violencia de género como manifestación de discriminación contra las mujeres, incluyendo su definición tanto la violencia física como la psicológica (art. 1.3) y posteriormente la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad, que define tanto el acoso sexual como por razón de sexo. También en relación con el acoso discriminatorio, el Real Decreto Legislativo 1/2013, sobre derechos de las personas con discapacidad, define el acoso discriminatorio. Finalmente, el RD Ley 6/2019, de medidas urgentes de garantía de la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, se refiere a la prevención del acoso sexual y por razón de sexo, ampliando la obligación de adoptar un plan de igualdad a las empresas de más de 50 trabajadores a partir de 2022. El legislador deberá valorar, aun manteniendo esta legislación tan desarrollada, el prestar especial atención al menos regulado, el acoso moral, haciéndolo en términos coherentes con la legislación antidiscriminatoria.

[15] Además de las sanciones laborales (suspensión o no acceso a ayudas públicas de toda índole y multa), el Código Penal español regula como delitos específicos contra la integridad moral, el acoso de acecho o predatorio (art. 172 ter) y el acoso laboral (173.1), además del delito de acoso sexual (art. 184), éste como delito contra la libertad y la indemnidad sexual. Es el "acoso laboral" el que requiere una redacción más amplia, más allá del ámbito laboral o funcionarial y más allá de que el sujeto se prevalezca de una situación de inferioridad –incluyendo el acoso horizontal, ascendente y el de terceros como exige el Convenio 190 OIT–

prevenir y combatir la violencia y el acoso, establecer las vías de reparación y medidas de apoyo a las víctimas, así como la adopción de políticas que incluyan la creación de herramientas, desarrollo de actividades formativas, educativas y de sensibilización, pudiendo la ley establecer algún tipo de mandato a los poderes públicos en orden al cumplimiento de estos mandatos del Convenio, partiendo de y respetando las competencias de las Comunidades Autónomas. En definitiva, el Convenio 190 impone a los Estados obligaciones legislativas y políticas, que en nuestro caso requieren ser adoptadas porque nuestro ordenamiento interno no está al nivel de tutela exigido por esta norma de la OIT. En contraste, el impacto del acoso y la violencia es cada vez más visible en la estadística de suicidios de etiologia laboral. Las carencias, lagunas y deficiencias aquí planteadas admiten diferentes opciones, todas ellas conformes con el Convenio, pero lo que es claro es que la intervención estatal es necesaria.

BIBLIOGRAFÍA

ARESE,C.: "La poderosa y compleja definición de la violencia y acoso laboral en el Convenio 190", en *Revista Jurídica del Trabajo*, núm. 4, 2021.

CORREA CARRASCO, M.: "El elemento teleológico (intencionalidad lesiva) en el concepto de violencia y acoso laboral contenido en el Convenio 190 OIT" en VV.AA. dirs. Manuel CORREA CARRASCO y María Gema QUINTERO LIMA, *Violencia y acoso en el trabajo. Significado y alcance del Convenio nº 190 OIT en el marco del trabajo decente,* Dykinson 2021.

CRUZ VILLALÓN, J.: "La centralidad del trabajo digno en un nuevo modelo social", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, número 4, 2019, Adpat Univesity Press

MOLINA NAVARRETE, C.: "La des-psicologización del concepto constitucional del acoso moral en el trabajo: ni la intención ni el daño son elementos del tipo jurídico", Revista de Derecho Social núm. 86, abril-junio, 2019.

– "Impacto en España del Convenio 190 IOT para la tutela efectiva frente a la violencia en el trabajo: obligados cambios legales y culturales", en VV. AA. dirs. Manuel Carrasco Correa y María Gema QUINTERO LIMA, *Violencia y acoso en el trabajo. Significado y alcance del Convenio nº 190, en el marco del trabajo decente*, Dykinson, 2021.

PÉREZ AMORÓS, F.: "Nuevo concepto de violencia y acoso en el trabajo según el Convenio 190 de la OIT de 2019", *Revista iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* volumen 3, número 6, 2021.

PONS CARMENA, M.: "Aproximación a los nuevos conceptos sobre violencia y acoso en el trabajo a partir de la aprobación del Convenio OIT 190", *Labos, vol 1, No 2,* EISSN 2660-7360-*http://www.uc3m/labos*.

RAMOS QUINTANA, M.: "Enfrentar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo: la discusión normativa de la OIT", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social,* núm. 138, 2018.

ROSEMBAUM CARLI, F.: "La ratificación del Convenio n1 190 por Uruguay: contextos normativos y estructura sindical", en VV.AA., dirs. CORREA CARRASCO Manuel y María Gema QUINTERO LIMA, *Violencia y acoso en el trabajo. Significado y alcance del Convenio nº 190 en el marco del trabajo decente,* Dykinson, 2021.

VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M.: "El Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo: principales novedades y expectativas", *Estudios Financieros. Revista de trabajo y seguridad social,* número 437 y 438 (2019), p 125-126.

YAGÜE BLANCO, S.: "Convenio 190 de la IOT sobre violencia y acoso: delimitación de su ámbito de aplicación ante la posible ratificación por España", en RGDTSS, núm. 57, 2020.

Tiempo de trabajo y desconexión digital. Hacia una nueva ordenación a partir de la normativa comunitaria y su interpretación judicial

Working time and digital disconnection. Towards a new regulation based on community legislation and its judicial interpretation

M.ª DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO*

https://doi.org/10.55617/revmites.28

Resumen: Las múltiples aristas que presenta el factor temporal, unido a la gran casuística presente en la aplicación práctica de la normativa laboral, ha provocado que la ordenación legal del tiempo de trabajo haya sido considerada como un referente en la ordenación de las relaciones laborales, convirtiéndose en una constante en el debate tanto doctrinal como jurisprudencial. Durante el tiempo transcurrido desde la aprobación de la Directiva 2003/88/CE en materia de ordenación del tiempo de trabajo, la limitación de la jornada de trabajo y la regulación adecuada de los descansos siguen constituyendo elementos esenciales de las relaciones laborales y uno de los pilares básicos de la dimensión social europea. El estancamiento de la iniciativa reformista de la Directiva ha incrementado los conflictos en torno a su interpretación y ha generado un abundante corpus de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que no deja de crecer (a propósito de las denominadas "guardias en régimen de disponibilidad no presencial", trabajo nocturno, descanso diario o registro de jornada). A la falta de claridad de algunas de las previsiones del texto, se añade el alejamiento cada vez mayor entre sus contenidos y la realidad socio-laboral en la que actúa, por lo cual no resulta extraño que se produzcan fricciones entre la norma comunitaria y las legislaciones internas de los Estados, que tratan de dar respuesta a las crecientes demandas en esta materia. Al tiempo no puede desconocerse que el entorno productivo, social y económico ha experimentado transformaciones muy profundas, que influyen de forma considerable en la concepción y aplicación de este derecho en el momento actual, al punto que el debate sobre los límites de la jornada y su control empresarial, además de tener un efecto positivo y saludable, sirve de trasfondo al denominado derecho a la desconexión digital.

Palabras clave: Tiempo de trabajo; límite de jornada; descansos; desplazamientos; registro de jornada; vacaciones; desconexión digital.

* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León. Mail: mrmarb@unileon.es

Abstract: The multiple edges presented by the time factor, together with the great casuistry present in the practical application of labor regulations, has caused that the legal organization of working time has been considered as a reference in the organization of labor relations, becoming a constant in the doctrinal and jurisprudential debate. In the time that has passed since the approval of Directive 2003/88/EC on the organization of working time, the limitation of working time and the appropriate regulation of rest periods continue to be essential elements of labor relations and one of the basic pillars of the European social dimension. The stagnation of the reform initiative of the Directive has increased the conflicts surrounding its interpretation and has generated an ever-growing body of case law of the Court of Justice of the European Union (concerning the so-called "on-call duty on call", night work, daily rest or time recording). In addition to the lack of clarity of some of the provisions of the text, there is a growing gap between its contents and the social and labor society in which it operates, which is why it is not surprising that frictions arise between the Community rules and the domestic legislation of the States, which are trying to respond to the growing demands in this area. At the same time, it cannot be ignored that the productive, social and economic environment has undergone very profound transformations, which have a considerable influence on the conception and application of this right at the present time, to the point that the debate on the limits of the working day and its corporate control, in addition to having a positive and healthy effect, serves as a background to the so-called right to digital disconnection.

Keywords: Working time; working time limits; breaks; commuting; time recording; vacations; digital disconnection.

1. PREMISAS DE PARTIDA DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DEL CONCEPTO EXPANSIVO "TIEMPO DE TRABAJO" CONFORME AL ORDENAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA

Han sido múltiples las disposiciones que, tanto a nivel interno como supranacional se han aprobado con el fin de fomentar la construcción de un sistema de límites jurídicos que permita hablar, de manera efectiva, de la existencia de un trabajo decente[1] o digno, pues no debe olvidarse que una inadecuada ordenación del tiempo de trabajo puede repercutir negativamente en otros derechos sociales esenciales como son el derecho al descanso, a la conciliación de la vida personal y familiar, e incluso en los propios objetivos empresariales al haberse demostrado que un mayor número de horas de trabajo no es sinónimo de productividad, viéndose afectado el rendimiento de las personas trabajadoras como consecuencia del cansancio acumulado[2]. Los cambios en los patrones sociales y culturales de conducta obligan hoy a proteger el derecho a un tiempo de trabajo razonable, no sólo ya en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, de cara a preservar la salud y seguridad, sino con objetivos más amplios, como la conciliación de las obligaciones profesionales, personales y familiares[3]. Frente a un modelo estable, en el

[1] En la doctrina, entre otros, Quílez Moreno, J.M.ª "La jornada de trabajo y su relación con el trabajo efectivo: reflexiones sobre si el mismo es eficaz o eficiente y cumple con el trabajo decente". *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo.* N 29 (2019), pp. 25 y ss.

[2] A partir de los postulados de la OIT: *Guía para establecer una ordenación del tiempo de trabajo equilibrada,* Ginebra, 2019, p. 7, López Vico, S. y Monereo Pérez, J.L. "De nuevo en torno a la ordenación del tiempo de trabajo: igualdad de trato y protección de la salud y seguridad de los trabajadores nocturnos. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de febrero de 2022, asunto C-262/20". *La Ley Unión Europea.* N 103 (2022), p. 4.

[3] De hecho la práctica negocial no deja de sorprender con diversos y heterogéneos mecanismos para, a través de la ordenación del tiempo de trabajo, implementar en el seno de

que los tiempos de trabajo y descanso estaban más normalizados, la organización del trabajo requiere ahora una mayor flexibilidad. Los generalizados sistemas de producción *just in time*[4] permiten a la empresa reducir costes ajustando la actividad a los pedidos y no a las expectativas de la demanda, pero en contrapartida exigen una estructura menos rígida, en la que la carga de trabajo y, consecuentemente, la disponibilidad de la persona trabajadora, van variando con un margen de previsión muy reducido. Se extiende de esta forma la conciencia de que la persona trabajadora más valiosa es la más disponible, pero no puede obviarse el recorte significativo que esta flexibilidad empresarial supone para los derechos laborales, al interferir en los tiempos inicialmente planificados para el ocio y las responsabilidades familiares. Y ello sin perjuicio de que esta flexibilidad interna pueda contribuir a limitar o evitar otras medidas con repercusión más grave para la persona trabajadora, como la extinción del contrato[5].

En la medida en que el tiempo de trabajo constituye un factor clave en toda relación laboral, la adecuada adaptación de la regulación jurídica del mismo a las nuevas tendencias empresariales que repercuten en este ámbito no puede pasar por una mera reducción de las garantías legales existentes, debiendo de procederse a adaptar la regulación existente en esta materia de modo que se luche por proteger no solo la libertad de la persona trabajadora (cuestión que sin duda se alza cada vez con mayor relevancia ante el aumento de los poderes empresariales de vigilancia y control) sino también su salud[6].

La limitación de la jornada de trabajo[7], el reconocimiento de periodos de descanso y el trabajo en condiciones respetuosas con la salud, seguridad y dignidad de las personas trabajadores son derechos reconocidos en el art. 31 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE), que encuentran su pertinente desarrollo en la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo[8] y en la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo[9].

El transcurso de casi dos décadas desde esa regulación primigenia del tiempo de trabajo pone de manifiesto cómo el actual contexto de

las empresas, medidas tendentes a favorecer la tan anhelada corresponsabilidad (cláusulas relativas a la flexibilidad en el horario de trabajo, a la reducción de la jornada por cuidado de parientes, a conceder una protección específica en estos aspectos a la mujer embarazada, a introducir ciertas preferencias en cuanto al disfrute de las vacaciones, a limitar la utilización de las horas extraordinarias o complementarias o a permitir alteraciones en los turnos de trabajo) FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y PRIETO PADÍN, P. "La conciliación de la vida laboral y familiar en los convenios colectivos de sectores emergentes: aspectos novedosos", en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., Dir.) *Nuevos escenarios y nuevos contenidos de la negociación colectiva*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, pp. 362 y ss.

[4] EUROFOUND y OIT: *Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2019, p. 57.

[5] FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O. "Flexiseguridad y tiempo de trabajo en la ordenación de la actividad asalariada en España". *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*. N 134, (2018), p. 190.

[6] Un exhaustivo análisis en MORENO VIDA, M.ªN. "Configuración general del tiempo de trabajo: algunas reflexiones críticas", en AA.VV. (PERÁN QUESADA, S., Dir.) *La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes*. Granada: Comares, 2014, pp. 35 y ss.; ORTEGA LOZANO, P.G. "Criterios para la consideración del 'tiempo de trabajo efectivo': los supuestos más recientes". *Revista de Derecho Social*, N 92 (2020), pp. 81 y ss. o MARTÍN RIVERA, L. "Tendencias recientes en la ordenación del tiempo de trabajo". *Revista Española de Derecho del Trabajo*. N 250 (2022), pp.135 y ss.

[7] Entre los comentarios más recientes *vid.* TRILLO PÁRRAGA, F. "La conquista (in progress) del derecho a la limitación de la jornada de trabajo". *Trabajo y Derecho*. N 92 (2022).

[8] Diario Oficial de la Unión Europea, serie L, N 183 de 29 de junio de1989.

[9] Diario Oficial de la Unión Europa, serie L, N 299 de 18 de noviembre de 2003, que codifica la Directiva 93/104/CE (LCEur\1993\4042) del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, y la Directiva 2000/34/CE (LCEur\2000\2026) del Parlamento Europeo y del Consejo.

las relaciones laborales, del sistema productivo y de la economía, son muy diferentes a los existentes entonces, por lo cual dicho molde normativo, que sin duda resulta necesario, cada vez encaja más difícilmente en las nuevas formas de trabajo, especialmente en las que incorporan procesos de digitalización, en los que el elemento físico del trabajo se difumina, a la par que existe una mayor diversidad de fórmulas en el tiempo de prestación de servicios. De ahí que cada vez más voces autorizadas insistan en una cada vez más necesaria reformulación de los conceptos de tiempo de trabajo y de descanso, que dé respuesta a las nuevas realidades productivas, mediante categorías jurídicas más diversas y no excluyentes que, a la par, mantengan el nivel de protección de los derechos de las personas trabajadoras[10].

No obstante, no resulta fácil hacer frente a tales desafíos, como atestiguan los infructuosos intentos de revisión de la Directiva 2003/88/CE. Entre los años 2004 y 2008 se llevó a cabo un proceso de revisión que terminó sin resultados positivos. Las principales dificultades para encontrar un punto de equilibrio entre los diversos intereses que convergen en este ámbito se han puesto de manifiesto en las cuestiones más relevantes, como el concepto de tiempo de trabajo, la duración máxima del trabajo semanal o la cláusula de exclusión (*opting-out),* que permite superar el límite máximo de horas de trabajo semanales con el consentimiento de la persona trabajadora[11]. El estancamiento de esta iniciativa ha incrementado los conflictos en torno a la interpretación de la Directiva y ha generado un abundante corpus de jurisprudencia que no deja de crecer. A la falta de claridad de algunas de las previsiones del texto, se añade el alejamiento cada vez mayor entre sus contenidos y la realidad socio-laboral en la que actúa, por lo cual no resulta extraño que se produzcan fricciones entre la norma comunitaria y las legislaciones internas de los Estados, que tratan de dar respuesta a las crecientes demandas en esta materia, asumiendo en ocasiones algunos de los cambios propuestos en su día en la Directiva y que nunca llegaron a cristalizar, como ha ocurrido, por ejemplo, con los saldos interanuales, esto es, la posibilidad de compensar en un plazo de doce meses las diferencias resultantes de la aplicación del mecanismo de distribución irregular, excediendo así notablemente el periodo general de referencia de cuatro meses establecido por la Directiva para el cálculo de los límites de jornada[12].

Consciente de esta situación, la Comisión ha abierto un período de reflexión sobre la Directiva que ha llevado a un reexamen detallado de la misma en los últimos años, con la participación de los interlocutores sociales y las aportaciones de diversos estudios externos. Como resultado, se publicó en mayo de 2017 una Comunicación interpretativa, que puede resultar de interés, si bien no tiene valor vinculante ni pretende crear nuevas reglas ni usurpar la función interpretativa que corresponde al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), pero aspira a ofrecer mayor claridad y seguridad jurídica a las partes en su aplicación, para lo cual compendia en un solo texto la abundante jurisprudencia recaída hasta ese momento sobre las diferentes disposiciones de la norma[13]. Las directrices homogeneizadoras impuestas

[10] Sepúlveda Gómez, M.ª S. "Guardia de disponibilidad no presencial y tiempo de trabajo conforme a la Directiva 2003/88/CE". *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social.* N 158 (2021), p. 303.

[11] Martín Rodríguez, O. "Las directrices de la Unión Europea sobre tiempo de trabajo, su interpretación por el Tribunal de Justicia y sus repercusiones en el sistema español". *Revista Española de Derecho del Trabajo.* N 194 (2017), pp. 239 y ss.

[12] Dicha reforma legal, introducida por el RD 16/2013 en el art. 34 ET se sitúa en la línea de algunas de las propuestas de reforma a la norma comunitaria, que abogan por ampliar dicho plazo a los doce meses sin la excepcionalidad con que actualmente se prevé en la norma comunitaria. Sobre el particular *vid.* Monreal Bringsvaerd, E. "La duración de la jornada y los saldos interanuales de horas. A propósito de la última reforma normativa del tiempo de trabajo". *Relaciones Laborales.* N 10 (2014), pp. 89 y ss.

[13] Sobre el particular, en detalle, Martín Puebla, E. "El fallido proceso de revisión de la directiva comunitaria sobre la ordenación del tiempo de trabajo". *Aranzadi Social.* N 22 (2010), pp. 91 y ss.

por el Tribunal pueden resultar excesivamente rígidas si nos atenemos al propio tenor literal de la Directiva, que define el tiempo de trabajo (todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o funciones, *ex* art. 2) pero de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales. Sin embargo, la férrea línea marcada por la jurisprudencia comunitaria ha dejado prácticamente vacía de contenido esta matización, de forma que los Estados miembros carecen de margen de maniobra en esta materia, y difícilmente podrá admitirse la viabilidad de un pacto o acuerdo que clarifique o acote lo que deba comprenderse en el tiempo de trabajo[14]. Los Estados podrán adoptar, por tanto, disposiciones que establezcan una duración del tiempo de trabajo y de los períodos de descanso más favorable para los trabajadores que la prevista en la Directiva, pero no modificar el concepto de tiempo de trabajo ofrecido por dicha norma[15].

De un modo especial se ha centrado en los dos últimos años en las dudas interpretativas que surgen en la aplicación de la Directiva 2003/ 88/CE[16], a propósito de las denominadas "guardias en régimen de disponibilidad no presencial", analizando si deben ser o no consideradas tiempo de trabajo en pronunciamientos que resultan de especial relevancia, por cuanto fijan las circunstancias que los tribunales nacionales deben de ponderar para calificar las guardias no presenciales bien como tiempo de trabajo, bien como periodo de descanso; también se ha ocupado recientemente de la modalidad de trabajo nocturno, de la duración del descanso entre jornadas o del control horario, marcando el camino a seguir para que puedan aunarse los intereses empresariales de rentabilidad y laborales de seguridad.

En fin, la regulación del tiempo de trabajo constituye una cuestión conflictiva y de difícil garantía no solo a nivel internacional[17] sino también en el marco jurídico interno, en tanto constituye el centro del conflicto entre los intereses empresariales y las necesidades de las personas trabajadoras. La parte empresarial intentará alargar la duración de la jornada de trabajo, de modo que el trabajador pueda desempeñar un mayor número de tareas, reportando, al menos teóricamente, una mayor rentabilidad. Por el contrario, la persona trabajadora exige que se garanticen sus derechos (arts. 4 y 34 y ss. ET), lo cual implica también que se delimite la duración de su jornada laboral, estableciendo los mecanismos pertinentes para evitar abusos y proteger, entre otros, el derecho al descanso y a la conciliación de la vida personal, familiar y profesional. Es por ello que, pese al gran número de disposiciones garantistas y cláusulas convencionales destinadas a ordenar el tiempo de trabajo, siguen existiendo escollos en la regulación de esta cuestión, que se recrudecen ante las cada vez más intensas y sucesivas innovaciones tecnológicas, provocando una cada vez más elevada litigiosidad. En todo caso, el abordaje del problema debe hacerse desde la obligación empresarial de respetar los límites de jornada

[14] CABEZA PEREIRO, J. "Algunas reflexiones a la vista del asunto TYCO sobre el concepto de 'tiempo de trabajo'". *Derecho de las Relaciones Laborales*. N 1 (2016), p. 37.

[15] LÓPEZ ÁLVAREZ, M.ªJ. "La ordenación comunitaria del tiempo de trabajo. Puntos críticos", en AA.VV. (MIRANDA BOTO, J.M.ª, Dir.) *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*. Madrid: Cinca, 2018, pp. 366-367.

[16] Solo en 2021 se ha pronunciado hasta en cinco ocasiones el TJUE en diversos aspectos concernientes a la ordenación del tiempo de trabajo, lo cual muestra el activo papel de la jurisprudencia europea en este punto. Un análisis en profundidad en CAIRÓS BARRETO, D.M.ª "Nuevos pronunciamientos del TJUE sobre el concepto de tiempo de trabajo en el Derecho de la Unión Europea. Balance a la luz de las SSTJUE de 28 de octubre de 2021 (Asunto C-909/19) y de 11 de noviembre de 2021 (Asunto C-214/20)". *Trabajo y Derecho*. N 89 (2022).

[17] Son numerosos los Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo que versan sobre la organización del tiempo de trabajo. Entre otros, pueden señalarse el Convenio nº1 sobre las horas de trabajo (industria) del año 1919, el Convenio núm 30 sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas) del año 1930 o el Convenio N 171 sobre el trabajo nocturno del año 1990.

y descansos, garantizando su efectivo cumplimiento.

Pese a los avances conseguidos en los últimos años (promoción de la desconexión digital, limitación de los tiempos de disponibilidad, imposición del registro horario, etc.) resta aún un importante camino por recorrer en esta materia, siendo los pronunciamientos aquí analizados únicamente una pequeña muestra de los muchos que en los próximos meses seguirán sucediéndose en torno a esta cuestión, y que inevitablemente deberán influir en la interpretación de la normativa interna, pues las horas de trabajo "no saludables" no deben constituir un medio para aumentar las ganancias de la empresa.

2. TIEMPO DE TRABAJO Y TIEMPO DE DESCANSO: DOS CONCEPTOS EXCLUYENTES EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Los conceptos de tiempo de trabajo y tiempo de descanso previstos en la Directiva 2003/88/CE, tienen su antecedente en la anterior Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993[18], relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, utilizando como base jurídica el art. 118A del Tratado de Roma, que se justificó en la necesidad de proteger a los trabajadores europeos frente a las jornadas de trabajo excesivas, a la vez que se evitaban las distorsiones en la libre competencia.

La determinación de los períodos de tiempo de trabajo se ha llevado a cabo a partir de los tres criterios que ofrece el art. 2 de la Directiva:

A) que la persona trabajadora permanezca en el trabajo. Constituye un criterio físico-espacial, relacionado con la necesidad de que la persona trabajadora deba de estar en el lugar de trabajo o en aquel que determine el empresario. En todo caso, como se verá, no es preciso que el lugar designado sea necesariamente aquel en el que habitualmente se desarrolla la prestación de servicios, sino que la presencia física viene condicionada por la disponibilidad a favor de la empresa.

B) que la persona trabajadora permanezca a disposición de la empresa, resultando decisivo en este punto que esté en condiciones de poder realizar de manera inmediata dicha prestación de servicios. Se encuentra pues a las órdenes de la empresa y no tiene disponibilidad de su tiempo. Por el contrario, el hecho de que pueda organizar su tiempo con menos limitaciones y dedicarlo a sus asuntos e intereses personales se considera un indicio de que ese tiempo no constituye tiempo de trabajo.

C) que la persona trabajadora permanezca en el ejercicio de su actividad o de sus funciones. Y a este respecto, tanto la intensidad como cualquier discontinuidad en las actividades realizadas son irrelevantes. El TJUE considera que entre los elementos peculiares del tiempo de trabajo no figura la intensidad del trabajo desempeñado ni el rendimiento de la persona trabajadora y, en consecuencia, el tiempo en cuestión puede considerarse tiempo de trabajo independientemente de la circunstancia de que la persona trabajadora no realice efectivamente una actividad profesional continua[19].

El hecho de que la Directiva 2003/88/CE defina el concepto de tiempo de descanso como todo periodo que no sea tiempo de trabajo (art. 2) ha llevado al Tribunal de Justicia a interpretar que son conceptos que se excluyen mutuamente, de manera que al analizar los periodos de guardia (ya sean presenciales o de localización) afirma sin ambages que el tiempo de guardia de un tra-

[18] Ambas Directivas comparten la misma base jurídica y las dos están redactadas, esencialmente, en los mismos términos, aunque con un mayor alcance la de 2003, lo cual justifica que las respuestas ofrecidas por el TJUE a las cuestiones planteadas frente a la Directiva de 1993 sigan aplicándose y entendiéndose válidas.

[19] STJUE de 1 de diciembre de 2005, Dellas y otros, asunto C-14/04 (ECLI:EU:C:2005:728).

bajador debe calificarse, bien de "tiempo de trabajo", bien de "período de descanso", al carecer la Directiva de una categoría intermedia[20]. Es más, ambos conceptos no deben interpretarse en función de las disposiciones de los diferentes Estados miembros, sino que deben definirse según características objetivas, acordes a la finalidad de dicha Directiva, pues sólo una interpretación autónoma puede garantizar la plena eficacia de la norma, así como una aplicación uniforme de los mencionados conceptos en la totalidad de los Estados miembros[21].

2.1. Las guardias y su carácter ambivalente

Desde fechas tempranas se ha discutido la naturaleza de los períodos en los que la persona trabajadora está de guardia. Con carácter reiterado, en aquellos supuestos que no encajan perfectamente en la definición de tiempo de trabajo o tiempo de descanso, el Tribunal de Justicia ha tenido que interpretar ambos conceptos de forma casuística, dando lugar a determinados criterios interpretativos no exentos de cierta contradicción[22].

2.1.1. Guardias de presencia y guardias de localización

De modo genérico, el término "guardia" comprende todos los períodos durante los cuales la persona trabajadora permanece a disposición de su empresa para poder realizar una prestación laboral, a petición de esta, mientras que la expresión "guardia en régimen de disponibilidad no presencial" hace referencia a aquellos períodos, entre los anteriormente mencionados, durante los cuales la persona trabajadora no está obligada a permanecer en su lugar de trabajo[23]. La guardia genérica o presencial ha generado una reiterada jurisprudencia europea en el sentido de considerarla tiempo de trabajo en su totalidad y, en su caso, como horas extraordinarias, con independencia de si se realiza realmente prestación laboral durante dicho período[24]. Sería el caso, por ejemplo, de aquellas guardias que conllevan una atención continuada en régimen de presencia física del personal médico[25] o de enfermería por cuenta de los servicios sanitarios, ya que en ellas concurren todos los elementos característicos del concepto tiempo de trabajo de la Directiva 2003/88/CE; esto es, que la persona trabajadora permanezca en el trabajo, a disposición de la empresa y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales (art. 2)[26]. A este respecto, carece de relevancia la existencia de periodos de inactividad durante el servicio de atención continuada, ya que permanecer en el trabajo no significa la realización de la prestación laboral en todo momento. Según esta consolidada jurisprudencia europea, no considerar tiempo

[20] Entre las más significativas, SSTJUE de 10 de septiembre de 2015, Tyco, asunto C-266/14 (ECLI:EU:C:2015:578) y de 21 de febrero de 2018, Matzak, asunto C-518/15 (ECLI:EU:C:2018:82).

[21] SSTJUE de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, asunto C-151/02 (ECLI:EU:C:2003:437); de 1 de diciembre de 2005, Dellas y otros, asunto C-14/04 (ECLI:EU:C:2005:728) o auto TJUE de 11 de enero de 2007, Jan Vorel, asunto C-437/05 (ECLI:EU:C:2007:23).

[22] Tal como se pone de manifiesto en Monereo Pérez, J.L. y Muros Polo, A. "De nuevo sobre los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para calificar las guardias como tiempo de trabajo y su compatibilidad con la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales de la Carta Social Europea". *La Ley: Unión Europea.* N 98 (2021). Soporte digital.

[23] STJUE (Gran Sala) de 9 de marzo de 2021, D. J. contra Radiotelevizija Slovenija, asunto C-344/19 (ECLI:EU:C:2021:182).

[24] STJUE de 3 de octubre de 2000, Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (Simap)/Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana, asunto C-303/98 (ECLI:EU:C:2000:528); de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, asunto C-151/02 cit.; de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer, asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01 (ECLI:EU:C:2004:584) o de 1 de diciembre de 2005, Dellas, asunto C-14/04, cit.

[25] Entre los estudios más recientes *vid.* Palomino Saurina, P. "El descanso entre jornada de los MIR tras una guardia de 24 horas en sábado o víspera de festivo. (STS 30 marzo 2022, Rec. 63/2020)". *Diario La Ley.* N 10069 (2022).

[26] Auto del TJCE de 3 de julio de 2001, Confederación Intersindical Galega contra Servicio Galego de Saúde (SERGAS), asunto C-241/99 (ECLI:EU:C:2001:371).

de trabajo los servicios de guardia con atención continuada en el centro de trabajo iría en grave detrimento del objetivo de garantizar la salud y la seguridad de las personas trabajadoras[27]. En este tipo de guardias presenciales resulta fundamental el hecho de que el lugar para la realización del servicio de guardia (en estos casos el centro de trabajo) es determinado por la empresa, es decir, que el trabajador no puede elegir el lugar desde el que realizar dichos servicios.

Las implicaciones económicas y organizativas de esta doctrina obligaron en su momento al Estado español a recurrir a la cláusula de excepciones de la Directiva para apartar al personal sanitario del régimen general de jornada, estableciendo para este colectivo la llamada "jornada especial", prevista en su momento en el art. 49 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, convirtiendo las guardias médicas en uno de los principales puntos de fricción en la aplicación de la Directiva. Las diversas propuestas de modificación de la misma presentadas en los últimos años buscan introducir criterios correctores a esta doctrina, incorporando la distinción entre "períodos activos" y "no activos" dentro del servicio de guardia. De ellos, sólo los primeros computarían necesariamente y en su integridad como tiempo de trabajo, mientras que los segundos, con independencia de su compensación económica, podrían quedar excluidos[28], siempre teniendo en cuenta que aunque no se fije un tiempo específico de incorporación, se espera que este sea necesariamente breve.

Frente a las guardias de presencia o de atención continuada a las que se acaba de hacer referencia, la jurisprudencia del TJUE adopta una solución distinta para las guardias de "alerta localizada", en las que la persona trabajadora no está obligada a permanecer en el centro de trabajo, aunque tiene que estar localizable[29]. En estas circunstancias, con carácter general se entiende que existe una posibilidad mayor de que la persona trabajadora organice su tiempo con arreglo a sus circunstancias y deseos personales, y es por ello que, en estas situaciones, sólo debe considerarse tiempo de trabajo en el sentido de la Directiva el correspondiente a la prestación efectiva de servicios, incluido el tiempo de desplazamiento hasta el lugar en el que se prestan dichos servicios, cuando sean requeridos para ello[30].

Es precisamente la manifestación del poder de dirección empresarial en la determinación del lugar de ejecución de la guardia lo que ha llevado al Tribunal europeo a avanzar en su doctrina sobre el tiempo de trabajo en supuestos de "guardia domiciliaria" del cuerpo de bomberos en el asunto Matzak[31], pues el factor determinante para la calificación de "tiempo de trabajo", es el hecho de que la persona trabaja-

[27] STJUE de 3 de octubre de 2000, asunto Simap, cit.

[28] MARTÍN PUEBLA, E. "El fallido proceso de revisión…", cit., p. 5.

[29] En la doctrina, entre los estudios más recientes, *vid.* MONTOYA MEDINA, D. "Guardias no presenciales ¿tiempo de trabajo o periodo de descanso?". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo.* N 1 (2021), pp. 167 y ss.

[30] STJUE de 3 de octubre de 2000, asunto Simap, cit.

[31] STJUE de 21 de febrero de 2018, Matzak, asunto C-518/15 (ECLI:EU:C:2018:82), relativa a un bombero voluntario en prácticas, no profesional, del servicio municipal de Nivelles, que el Tribunal va a a considerar incluido en el concepto de trabajador, a los efectos de la definición de tiempo de trabajo, que ha suscitado enorme interés a nivel doctrinal. Entre otros estudios pueden verse los de SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.ª L. "Jornadas, descanso, trabajo efectivo", en AA.VV. (CASAS BAAMONDE, M.ªE. y GIL ALBURQUERQUE. R., Dirs.): *Derecho Social de la Unión Europea: aplicación por el Tribunal de Justicia.* Madrid: Francis Lefebvre-El Derecho, 2018, pp. 909 y ss.; ARAGÓN GÓMEZ, C. "La compleja delimitación del concepto tiempo de trabajo y la aportación que, al respecto, ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Reflexiones al hilo de la STJUE 21-2-2018, asunto Matzak, relativa a las guardias de localización". *Revista de Información Laboral.* N 9 (2018), pp. 113 y ss. o GALLEGO MONTALBÁN, J. "¿Deben considerarse las guardias domiciliarias o de localización tiempo de trabajo?: (Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de febrero de 2018. Asunto Matzak. C-518/15)", *Revista de Derecho Social.* N 82 (2018), pp. 133 y ss. POQUET CATALÁ, R. "Localización como posible tiempo de trabajo efectivo a la luz de la doctrina judicial comunitaria: STJUE, de 21 de febrero de 2018, C-518/2015, Asunto Matzak", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social.* N 146 (2019), pp. 223 y ss.

dora está obligada a hallarse físicamente presente en el lugar determinado por la empresa y a permanecer a disposición de esta para poder prestar sus servicios inmediatamente en caso de necesidad. Dichas obligaciones, que impiden que los afectados elijan su lugar de estancia durante los períodos de guardia, deben considerarse comprendidas en el ejercicio de sus funciones, aunque en el caso concreto se tratase del domicilio del trabajador (donde debía estar localizable y responder a la convocatoria de la empresa en el transcurso de ocho minutos). Para el TJUE, este supuesto es diferente al de las guardias que sólo requieren estar localizable, sin necesidad de estar presente en el lugar determinado por la empresa, pues aunque la persona trabajadora esté a disposición de su empresario en la medida en que debe estar localizable, en esta situación puede administrar su tiempo con menos limitaciones y dedicarse a sus intereses personales, por lo que el Tribunal sólo ha considerado como "tiempo de trabajo" el dedicado a la prestación efectiva de servicios. En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo español sobre guardias de disponibilidad, en las que la incidencia se resuelve por vía telefónica o de forma virtual, no considerándolo tiempo de trabajo porque en este caso no se impide a la persona trabajadora el normal desarrollo de su vida personal y social[32]. Debe tenerse en cuenta que el asunto Matzak no deja de ser una excepción a la doctrina mantenida por el TJUE en este punto y, como tal, no debería aplicarse de forma extensiva. Así lo han entendido los órganos jurisdiccionales internos, rechazando la consideración como tiempo de trabajo de las guardias localizadas de los trabajadores del servicio de prevención-extinción de incendios forestales de la Comunidad de Madrid[33], añadiendo, en el caso concreto, el hecho de que el colectivo afectado presta servicios en el medio rural y lo habitual será que las personas trabajadoras residan en localidades cercanas al punto de incorporación y que los desplazamientos se realicen con mayor rapidez que en las grandes ciudades, lo cual supone una mayor libertad de movimientos de la persona en cuestión durante las guardias y, por tanto, un mayor control sobre su tiempo. Parece, en suma, que en este tipo de guardias, la regla general sigue siendo su exclusión como tiempo de trabajo, si bien deberán analizarse las circunstancias particulares del caso concreto, dado que puntualmente la calificación podría ser distinta si se aprecia una restricción inusual de la disponibilidad del tiempo por parte de la persona trabajadora[34].

En definitiva, el lugar de realización del periodo de guardia es indiferente para su calificación o no como tiempo de trabajo en supuestos de guardia de disponibilidad no presencial, siendo otros los elementos determinantes que llevan a considerar este tiempo como de trabajo[35]. Esto es, cabe considerar como tiempo de trabajo los períodos durante los que la persona trabajadora, pese a no estar obligada por su empresa a permanecer en un lugar determinado, se halla sometida a importantes limitaciones en lo que concierne a la

[32] STS de 18 de junio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2747), considerando que el supuesto no puede considerarse como tiempo de trabajo al probarse que las personas trabajadoras no están obligadas a permanecer en ningún concreto lugar durante las guardias de disponibilidad, ni tampoco a atender la incidencia en un determinado y breve plazo temporal desde que reciben el aviso, por lo que pueden dedicarse libremente a las actividades sociales, personales y de ocio que estimen oportunas.

[33] La STSJ de Madrid de 25 de julio de 2018 (Rec. 326/2018) considera que el supuesto fáctico del caso es sensiblemente distinto al que se plantea en el asunto Matzak, dado que los trabajadores no estaban obligados a encontrarse en un determinado sitio durante la guardia y el lapso temporal para incorporarse al puesto de trabajo era de treinta minutos y no de ocho. En este escenario, la persona trabajadora experimenta una restricción en la disponibilidad de su tiempo de ocio, pero no más intensa que la que es consustancial a cualquier otra guardia localizada.

[34] López Álvarez, M.ªJ. "La ordenación comunitaria del tiempo de trabajo. Puntos críticos", cit., pp. 368-369.

[35] Sepúlveda Gómez, M.ªS. "Guardia de disponibilidad no presencial y tiempo de trabajo conforme a la Directiva 2003/88/CE", cit., pp. 296 y ss., a propósito de la STJUE de 9 de marzo de 2021, asunto C-580/19 (ECLI:EU:C:2021:183), referida a un funcionario que desempeña sus funciones de bombero de la ciudad de Offenbach del Meno (Alemania).

libre elección de su paradero y a la administración de su tiempo libre.

Ahora bien, la respuesta no va ser siempre la misma en aquellos supuestos en los que la empresa no obligue a la persona trabajadora a permanecer en su centro de trabajo o en un determinado lugar decidido por ella, pudiendo ser quien decida desde qué lugar realiza el servicio de guardia. Se trata del supuesto analizado en otra sentencia de la Gran Sala dictada el 9 de marzo de 2021, asunto DJ contra Radiotelevizija Slovenija[36]. Al igual que en el supuesto de la misma fecha del bombero alemán, en la sentencia de radiotelevisión eslovena, el trabajador también podía decidir libremente el lugar desde el que llevar a cabo el periodo de guardia (6 horas al día, tras 12 horas de trabajo), debiendo estar localizable durante el servicio de guardia y acudir en caso de llamada en no más de una hora. La particularidad de este caso, que a la postre dará como resultado su no consideración como tiempo de trabajo, es que los condicionantes por los que el trabajador no podía hacer uso de su tiempo libre en período de guardia, se debían a la lejanía geográfica del lugar de trabajo respecto de la ciudad, así como a su orografía. Por tal razón, no se va a considerar tiempo de trabajo esos periodos de guardia, dado que, en el parecer de la Sala, en este supuesto las limitaciones del tiempo libre del trabajador se deben a la naturaleza particular del lugar, que además es su lugar habitual de trabajo, y el hecho de que se encuentre muy alejado de posibles actividades de ocio y sea difícilmente accesible, no constituyen circunstancias pertinentes.

Con todo, como han señalado con acierto algunos comentaristas[37], el lugar de trabajo no es una circunstancia ajena al poder de dirección empresarial, ya que es la empresa la que decide libremente dónde instalar su centro de trabajo, de modo que, aunque sea de forma indirecta, esa circunstancia empresarial sí está afectando a la libre elección de la persona trabajadora para decidir el lugar desde donde realizar la guardia y, por tanto, condicionando su tiempo libre, toda vez que esa circunstancia le hace tener que quedarse en las instalaciones del centro de trabajo sin poder disponer de su tiempo libre. Tampoco se puede desplazar a su domicilio, por la lejanía entre este y el centro de trabajo. Sin embargo, la Sala considera que ha sido la libre elección del trabajador residir en un lugar alejado del centro de trabajo y que, "en tal caso, ese trabajador ha tenido la posibilidad de apreciar libremente la distancia que separa ese lugar de su domicilio".

2.1.2. Las limitaciones del tiempo libre como elemento determinante de la calificación de la guardia

La calificación como tiempo de trabajo de las guardias de disponibilidad no presencial, en los casos en los que la empresa no obligue a la persona trabajadora a realizarlas en un lugar concreto (ya sea el centro de trabajo, el domicilio del trabajador, u otros) depende de si las limitaciones impuestas son de tal naturaleza que afectan objetivamente y de manera considerable a su capacidad para administrar libremente, en esos períodos, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicar ese tiempo a sus propios intereses. En cambio, cuando las limitaciones impuestas durante un determinado período de guardia no alcanzan tal grado de intensidad y le permiten administrar su tiempo y dedicarse a sus propios intereses sin grandes limitaciones, solo constituye "tiempo de trabajo", conforme a la Directiva 2003/88, el tiempo correspondiente a la prestación laboral efectivamente realizada, en su caso, durante

[36] Asunto C-344/19 (ECLI:EU:C:2021:182). Un comentario a la misma en Monereo Pérez, J.L. y Muros Polo, A. "El 'tiempo de trabajo' y el 'período de descanso' a debate en las guardias en régimen de disponibilidad no presencial: Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de marzo de 2021, asuntos C-344/19 y C-580/19". *La Ley: Unión Europea*, N 92 (2021).

[37] Sepúlveda Gómez, M.ªS. "Guardia de disponibilidad no presencial y tiempo de trabajo conforme a la Directiva 2003/88/CE", cit., pp. 298-300.

dicho período. De esta forma, a juicio del TJUE, el elemento determinante para la calificación de la guardia como tiempo de trabajo, va a ser la existencia de limitaciones en el tiempo libre del trabajador, que además revistan un cierto grado de intensidad, y que se trate de limitaciones que impone la empresa, la normativa laboral, un convenio colectivo, o el sistema de distribución de turnos de guardias entre los trabajadores. Por tanto, el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta en cada caso tales limitaciones y sus consecuencias.

En definitiva, la no presencialidad de la guardia de disponibilidad permite extraer como conclusión que el hecho de que sea la persona trabajadora la que pueda elegir el lugar desde el que llevar a cabo los períodos de guardia lleva al TJUE a desplazar el análisis de la cuestión a las condiciones concretas que se imponen para incorporarse al trabajo en caso de aviso o llamada, lo que, si bien parece lógico, no deja de presentar ciertas dificultades. En primer lugar, ese lugar libremente elegido por la persona trabajadora puede estar condicionado por circunstancias que tienen que ver con la organización del trabajo, y sin embargo dejan de apreciarse por no venir dicho lugar impuesto por la empresa. En segundo término, hay cada vez más trabajos en los que el ámbito espacial pierde importancia por la implantación de nuevas tecnologías en los procesos de producción de bienes y servicios, de manera que el hecho de que la persona trabajadora pueda elegir libremente ese lugar no puede jugar en contra de la calificación de las guardias como tiempo de trabajo o, al menos, debería considerarse también como un condicionante decidido por la empresa en su libre organización del trabajo, del que no cabe esperar un impacto en la incorporación física –inexistente– del trabajador al lugar de trabajo para su calificación como tiempo de trabajo[38]. Por último, la valoración del impacto sobre el tiempo libre de la persona trabajadora que tienen las condiciones de incorporación al trabajo en caso de aviso, se torna excesivamente casuística, lo que provoca cierta inseguridad jurídica y una elevada judicialización.

No debe olvidarse que el propio hecho de la disponibilidad supone *per se* una afectación del tiempo de descanso, de la desconexión psicológica del trabajo y de la vida personal, que la norma debe tener en cuenta, sin necesidad de que en todo caso deba producirse un desplazamiento o esfuerzos adicionales por parte de la persona trabajadora. Un tiempo de disponibilidad que debe ser retribuido en todo caso, en la cuantía que se pacte en acuerdos o convenios colectivos, y siempre limitado por los descansos necesarios.

2.2. Los límites a la duración del descanso diario entre jornadas

La STJUE de 17 de marzo de 2021, asunto C-585/19 ha tenido la oportunidad de arrojar algo más de luz sobre algunas de las cuestiones más controvertidas de la regulación del tiempo de trabajo y, aunque ha realizado varios pronunciamientos interesantes, se ha quedado a medio camino en un asunto fundamental: dilucidar si los límites a la duración del descanso diario entre jornadas establecido en la Directiva 2003/88/CE se aplican por persona trabajadora o si deben aplicarse por contrato, de modo que habría que apreciar individualmente respecto a cada contrato, la eventual superación de tales límites, en este caso, cuando se han celebrado varios contratos con la misma empresa. La cuestión deriva de la acomodación o no de unos determinados costes de financia-

[38] Si el elemento determinante es el plazo en que debe incorporarse la persona trabajadora al servicio a requerimiento de la empresa, y las limitaciones que rodean a ese plazo, tal doctrina tiene difícil aplicación a supuestos de guardias en los que la incorporación al servicio no tiene que ser física, ni con desplazamiento, sino en remoto, telemática o digital. En tales casos, al difuminarse el esfuerzo de incorporación al servicio (pues en muchos casos se podrá hacer desde el mismo lugar elegido por el trabajador para la guardia y para su tiempo libre o familiar o social) cada vez resulta más difícil la delimitación del tiempo de trabajo y el tiempo de descanso. SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.ªS. "Guardia de disponibilidad no presencial y tiempo de trabajo conforme a la Directiva 2003/88/CE", cit., p. 303.

ción realizados en el marco de un proyecto de investigación de la Academia de Estudios Económicos de Bucarest a las normas nacionales de concesión de la financiación y a la Directiva, dado que el órgano fiscalizador no consideró justificados los gastos correspondientes a la jornada de trabajo (que excedía de la permitida) porque en algunos casos los investigadores habían computado horas de trabajo por encima del límite de trece horas diarias, y ello porque habían celebrado varios contratos con el mismo empleador y la suma de tiempos arrojó un total de entre catorce y dieciséis horas diarias, lo cual impedía que el descanso mínimo de once horas entre una jornada de trabajo y otra pudiera respetarse. El órgano nacional solicitó en su cuestión prejudicial un pronunciamiento general sobre si estos límites debían aplicarse por contrato o por persona trabajadora con respecto a todos los contratos celebrados con el mismo o con diferentes empleadores, pero el TJUE solo entró a considerar el caso específico, en el que el titular de los contratos de trabajo era el mismo empleador y declaró que los arts. 2.1 y 3 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que, cuando un trabajador ha celebrado con el mismo empresario varios contratos de trabajo, el período mínimo de descanso diario, establecido en dicho art. 3, se aplica a tales contratos considerados en su conjunto y no a cada uno de ellos por separado, pues de lo contrario, la garantía de una mejor protección del trabajador se vería debilitada, puesto que mediante la acumulación de los tiempo de trabajo establecidos separadamente por cada uno de los contratos celebrados, podría resultar imposible garantizar el período de descanso de once horas consecutivas para cada período de veinticuatro y la persona trabajadora estaría expuesta a sufrir presiones empresariales para fraccionar su tiempo de trabajo en varios contratos, lo que dejaría vacía de contenido la Directiva. La cuestión, por tanto, ha quedado resuelta en los casos en que la persona trabajadora es titular de varios contratos de trabajo con el mismo empleador, pero la ausencia de referencia del TJUE a la misma situación en caso de tratarse de diferentes empleadores parece que no debería cambiar los argumentos y la respuesta[39], a partir de una interpretación, tanto literal como sistemática o finalista, pues el objetivo de la Directiva consiste en la promoción de la salud de las personas trabajadoras, garantizando períodos mínimos de descanso[40].

Tal interpretación se ve reforzada por la consideración del derecho al descanso de la Directiva como una especificación del derecho fundamental reconocido en el art. 31.2 CDFUE, donde se alude al derecho de todo trabajador a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, como elementos de las condiciones de trabajo "justas y equitativas" que dicho precepto lleva por título.

3. TIEMPO DE TRABAJO SALUDABLE Y LIMITACIÓN DEL TRABAJO NOCTURNO

Dentro de la línea tendente e garantizar de manera efectiva los derechos de las personas trabajadoras, constituye un paso importante la reciente sentencia del TJUE de 24 de febrero de 2022, asunto VB[41], centrada en la

[39] Cairós Barreto, D.M.ª *Una nueva concepción del tiempo de trabajo en la era digital*. Albacete: Bomarzo, 2021, pp. 134 y ss.

[40] Nogueira Guastavino, M. "El descanso diario mínimo de 11 horas en cada período de 24 horas al que obliga el Derecho de la UE es por trabajador y no por contrato de trabajo cuando se celebran varios contratos con el mismo empresario: ¿conclusión extrapolable si los contratos se celebran con empresarios distintos o se trabaja simultáneamente como autónomo?". *Revista de Jurisprudencia Laboral*. N 4 (2021), p. 9.

[41] Con el objeto de resolver una serie de cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal de Primera Instancia de Lukovit (Bulgaria) con arreglo al art. 267 TFUE, surgidas en el conflicto entre "VB" (empleado del cuerpo de bomberos) y la "Glavna direktsia", esto es, la Dirección General de Prevención de Incendios y Protección Civil, adscrita al Ministerio del Interior de Bulgaria, en relación a la determinación del número de horas de trabajo extraordinarias que el señor VB había realizado en la jornada nocturna y, en consecuencia, el importe de la retribución que le correspondería por ello. Para ello, la sentencia debe determinar previamente cuál es el tiempo de trabajo nocturno normal previsto en Bulgaria, cuestión que además, al tratarse de un funcionario del Ministerio, podría dar lugar a una vulneración del principio de igualdad de trato respecto a los trabajadores del sector privado.

modalidad de trabajo nocturno, la cual, pese a ser una figura tradicional en el ordenamiento jurídico, sigue presentando problemas aplicativos. En particular, dicho pronunciamiento trata de discernir si sobre la base de la Directiva debe de establecerse o no en la normativa nacional un precepto expreso que establezca una duración normal del trabajo nocturno para trabajadores del sector público (como los bomberos), inferior a la duración normal del trabajo diurno, planteándose un posible caso de trato desigual entre las personas trabajadoras del sector público y del sector privado, al fijarse para estas últimas un intervalo temporal de trabajo nocturno inferior al establecido para los primeros. En síntesis, dicho pronunciamiento establece que el Derecho de la Unión relativo a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que no exige la adopción de una normativa nacional que establezca que la duración normal del trabajo nocturno para trabajadores del sector público, como los policías y los bomberos, sea inferior a la duración normal del trabajo diurno prevista para estos. No obstante, tales trabajadores deben disfrutar de otras medidas de protección en materia de duración del trabajo, de salario, de retribución específica o de beneficios similares, que permitan compensar la especial "penosidad" que implica el trabajo nocturno que realizan. Los arts. 20 y 31 CDFUE no se oponen a que la duración normal del trabajo nocturno (fijado en siete horas por la normativa de Bulgaria para los trabajadores del sector privado) no se aplique a los trabajadores del sector público, incluidos los policías y los bomberos, siempre que tal diferencia de trato se base en un criterio objetivo y razonable, es decir, que guarde relación con un fin legalmente admisible perseguido por dicha normativa y sea proporcionada a ese fin. En esta materia, la Directiva 2003/88/CE lo que hace es establecer un contenido mínimo, esto es, determinar en qué consiste el trabajo nocturno y qué requisitos deben de concurrir para considerar a una persona trabajadora como nocturna. Por ello, del análisis de su contenido se deduce que, si bien otorga una protección especial al colectivo, precisamente por los especiales riesgos presentes en esta forma de trabajo, no existen en la misma, medidas específicas, que efectivamente permitan garantizar el respeto del tiempo normal máximo de trabajo establecido y con ello, la protección de la salud y seguridad de los afectados. Por lo tanto, en virtud de lo dispuesto tanto en el art. 8 párrafos a) y b) como en el art. 12 a) de la Directiva, este deber recaerá sobre los distintos Estados miembros, teniendo estos una cierta flexibilidad a la hora de concretar dichas medidas[42]. A juicio del TJUE, al encontrarnos ante trabajadores que integran el cuerpo de bomberos y de policías, "las funciones especiales y extremadamente importantes de estos trabajadores del sector público implican que se impongan a estos numerosas exigencias y obligaciones adicionales, como guardias que pueden llegar hasta las 24 horas de duración u obligaciones especiales en situaciones de urgencia", pudiendo en consecuencia (y habida cuenta de la especial penosidad que presenta el trabajo nocturno frente al diurno) ser la reducción del tiempo normal de trabajo nocturno una solución adecuada para garantizar la protección de la salud y seguridad de dichos trabajadores. Sin embargo, esta no es la única opción adecuada para afrontar el problema planteado, sino que, sobre la base de la naturaleza de la actividad que realizan, "la concesión de períodos de descanso adicionales o de períodos de tiempo libre, por ejemplo", podría contribuir también a la protección de su salud y seguridad.

No pueden desconocerse las numerosas evidencias empíricas de que el desempeño de largas jornadas en la modalidad de trabajo nocturno, al alterar los "ritmos biológicos naturales programados para la actividad diurna y el descanso nocturno", pueden causar problemas en la salud[43]. En particular, puede pro-

[42] Así lo destacan las SSTJCE de 24 de enero de 2012, Domínguez, asunto C-282/10, EU:C:2012:33 y de 11 de abril de 2019, Syndicat des cadres de la sécurité intérieure, asunto C-254/18, EU:C:2019:318.

[43] CORDERO SAAVEDRA, L. "Trabajo nocturno y estado de salud: a propósito de las garantías protectoras del marco legal

vocar trastornos derivados de la alteración de los ritmos circadianos (trastornos del sueño, hormonales, cardio-vasculares), alteraciones relacionadas con el entorno laboral (fatiga, aumento de errores y de la probabilidad de sufrir accidentes laborales, descenso del rendimiento etc.), sin olvidar las perturbaciones en el ámbito familiar y social[44].

Obviamente, la existencia de esta forma de trabajo nocturna, de tendencia creciente en nuestro país[45], no solo responde a intereses empresariales, sino también al propio interés general de la ciudadanía[46], existiendo determinados servicios públicos que deben de funcionar las veinticuatro horas del día, como pueden ser los servicios de salud o de protección ciudadana (policía, bomberos, etc.). Con el fin de aunar los interés empresariales y públicos y la necesaria protección de la salud y seguridad de las personas trabajadoras sometidas a esta forma de trabajo se han venido estableciendo ciertas garantías, tanto a nivel interno[47] como en el ámbito europeo, dirigidas a garantizar que el hecho de prestar los servicios en dicho intervalo de tiempo no suponga una disminución de los derechos laborales y, sobre todo, no implique un riesgo para su salud. Así, se ha excluido o limitado legalmente la posibilidad de que determinados colectivos considerados tradicionalmente como vulnerables presten sus servicios por medio de dicha modalidad de trabajo; se ha prohibido la posibilidad de realizar horas extraordinarias en esta modalidad; se ha dispuesto el cambio a la modalidad de trabajo diurno en otro puesto vacante en la empresa y para el que el trabajador esté cualificado si se detectan problemas de salud como consecuencia del trabajo nocturno o, en fin, rige una prohibición de que las mujeres embarazadas presten sus servicios por medio de esta modalidad y resulta habitual la recomendación de que se limite la posibilidad de realizar la labor productiva en dicho intervalo de tiempo a partir de determinadas edades[48].

En el plano nacional, el trabajo nocturno se encuentra recogido en el art. 36 ET, el cual lo delimita objetivamente acudiendo a un criterio temporal y lo define como aquel "realizado entre las diez de la noche y las seis de la mañana", concretando posteriormente dicho precepto que, para considerar a un trabajador como nocturno, además, deberá de realizar "normalmente en período nocturno una parte no inferior a tres horas de su jornada diaria de trabajo" o cuando se prevea "que puede realizar en tal período una parte no inferior a un tercio de su jornada de trabajo anual". En este punto la regulación nacional resulta más favorable que la recogida en la Directiva 2003/88/CE, ya que la misma fija dicho intervalo horario entre las doce de la noche y las cinco de la mañana, limitándose como consecuencia de ello el número de personas trabajadoras que tendrán tal consideración de nocturnas. No obstante, no debe de olvidarse que dicha Directiva únicamente establece una serie de disposiciones mínimas, recayendo sobre los diversos Estados miembros el deber de desarrollar la misma estableciendo los mecanismos oportunos para garantizar la protección de las personas trabajadoras en esta materia,

y su reflejo en la doctrina de los tribunales sociales". *Revista Doctrinal Aranzadi Social*. N 5 (2003). Soporte digital.

[44] Guillén Subirán, C. "Trabajando mientras los demás duermen: efectos sobre la salud del trabajo nocturno". *Revista Gestión Práctica de Riesgos Laborales*. N 143 (2016). Soporte digital.

[45] 1.297.900 personas en el primer trimestre de 2022, mientras que en el mismo período de 2021 el número de trabajadores nocturnos ocasionales ascendía a 979.000 personas. INE: *Ocupados por frecuencia con la que trabajan por la noche, sexo y grupo de edad. Valores absolutos y porcentajes respecto al total de cada grupo de edad*, primer trimestre de 2022.

[46] López Vico, S. y Monereo Pérez, J.L. "De nuevo en torno a la ordenación del tiempo de trabajo: igualdad de trato y protección de la salud y seguridad de los trabajadores nocturnos. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de febrero de 2022, asunto C-262/20", cit., pp. 6 y 7.

[47] *Vid.* Pérez Amorós, F. "Tiempo y trabajo. Algunas consideraciones sobre el trabajo nocturno y trabajadores nocturnos", en AA.VV. (Aparicio Tovar, J. y López Gandía, J., Coords.): *Tiempo de trabajo*. Albacete: Bomarzo, 2008, pp. 97 y ss.

[48] Establecida en la NTP 455: *Trabajo a turnos y nocturno: aspectos organizativos*, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, 1997.

por la exigente naturaleza de las actividades que desempeñan.

4. LA POSIBLE CONSIDERACIÓN DE LOS TIEMPOS DE DESPLAZAMIENTO COMO TIEMPO DE TRABAJO Y SU REPERCUSIÓN EN MATERIA PREVENTIVA Y DE PROTECCIÓN SOCIAL (EN ESPECIAL, ACCIDENTES *IN ITINERE* Y EN MISIÓN)

Aunque no puede decirse que durante los desplazamientos las personas trabajadoras estén ejercitando propiamente sus funciones laborales, si están desarrollando una actividad instrumental imprescindible para la ejecución de sus tareas y, en consecuencia, deberá valorarse si en algún caso dichos desplazamientos deben entenderse comprendidos como parte de la actividad. Las relaciones laborales se desarrollan actualmente en un contexto de flexibilidad y mundialización que ha multiplicado el número de viajes de negocios, reuniones con clientes, servicios prestados a distancia y tantas otras novedades que el lector alcanza a adivinar. Si a ello se une el tradicional volumen de trabajo que exige desplazamientos para su realización (representantes de comercio, transportistas, repartidores, comerciales…) la resultante del conjunto de fuerzas no es otra sino que el riesgo cuantitativo de accidente de trabajo ocurrido en misión se ha incrementado sobremanera en las últimas décadas, por más que la mejora en los medios de transporte y en las vías de comunicación hayan podido disminuir en cierta medida el riesgo cualitativo siempre aparejado a cualquier desplazamiento motivado por razones profesionales. Con todo, no siempre resulta sencillo, desde un punto de vista fáctico, distinguir entre el accidente *in itinere* y el ocurrido en misión durante el desplazamiento. Obviamente no es el momento de abundar en tal extremo, si bien cabe sentar que el desplazamiento entre el domicilio y el centro de trabajo parece que siempre merecerá la condición de *in itinere,* pues, con carácter general, hasta tanto la persona trabajadora no arriba al lugar de la prestación y se coloca bajo la dependencia empresarial no puede decirse que concurran las circunstancias del accidente de trabajo en sentido propio[49]. Cosa distinta, y frecuente, es que la persona trabajadora emprenda un viaje para cumplir un cometido profesional desde su propio domicilio (y regrese directamente a él tras acabar la tarea), sin necesidad de pasar por el centro de trabajo; en tal caso, y a juicio de quien escribe, el accidente ocurrido tendrá la consideración de accidente de trabajo en misión, si bien quizá la persona trabajadora debiera acreditar la existencia de la orden o conformidad empresarial con tal plan de viaje para poder apreciar el contexto laboral determinante de la contingencia profesional[50]. Entrando en las particulares situaciones en las que ocurre el accidente en misión, procede tomar en consideración cómo este se produce normalmente fuera del tiempo y lugar de trabajo habituales, produciéndose un ensanchamiento extraordinario de las condiciones normales de trabajo. Esto hace que la persona trabajadora desplazada deba enfrentarse a varias circunstancias que, por salirse de la habitualidad, hacen necesariamente más peligrosa su prestación[51], lo cual habrá de ser tomado en consideración a la hora de proceder a efectuar la evaluación de los riesgos a los que está sometida y, correlativamente, de implementar las medidas necesarias para evitarlos[52].

En relación a los desplazamientos que la persona trabajadora ha de realizar antes, durante y después de la jornada, el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de pronunciar-

[49] STSJ de Extremadura de 28 de diciembre de 2007 (Rec. 588/2007).

[50] STSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de julio de 2008 (Rec. 3627/2007).

[51] Como ya intuía ALONSO OLEA, M. "Accidente de tráfico y accidente de trabajo", en AA.VV. *Estudios jurídicos en homenaje al Dr. Néstor De Buen Lozano.* México: UNAM, 2003, pp. 53 y ss.

[52] Por todos *vid.* TASCÓN LÓPEZ, R. "Accidentes de trabajo *in itinere* y en misión", en AA.VV. (AGRA VIFORCOS, B., Dir.) *Siniestralidad y enfermedad laboral en carretera.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 133 y ss.

se en el asunto Tyco[53], que parte de unas circunstancias muy concretas para plantear la consideración como tiempo de trabajo de los desplazamientos efectuados por trabajadores de asistencia técnica y mantenimiento, desde su domicilio hasta el primer centro de la empresa cliente donde tienen prevista una intervención, así como el último desplazamiento desde la empresa cliente hasta su domicilio. En su momento, la empresa disponía de oficinas donde los trabajadores acudían al comienzo y final de la jornada y desde donde iniciaban sus visitas o llegaban tras las mismas, considerando los desplazamientos a las sedes de los clientes como tiempo de trabajo, aunque el traslado del trabajador desde y hasta su domicilio no lo fuera. Sin embargo, es a raíz de la supresión de las oficinas cuando la empresa modifica esta situación y no computa como tiempo de trabajo los desplazamientos del trabajador (a veces de hasta 100 km) al iniciar y finalizar la jornada. Para el Tribunal de Justicia, lo único que ha cambiado es el punto de partida de los desplazamientos, no la naturaleza de los mismos, entendiendo que se cumplen los requisitos del tiempo de trabajo que establece la Directiva, en primer lugar, porque los trabajadores están a disposición del empresario y están obligados a obedecer las instrucciones de este, ya que no es un tiempo que puedan organizar con libertad ni dedicarlo a sus intereses personales. En segundo término, aunque no puede decirse que durante los desplazamientos los trabajadores estén ejercitando propiamente sus funciones laborales, si están desarrollando una actividad instrumental que, en el caso concreto, resulta imprescindible para la ejecución de sus tareas técnicas y, en consecuencia, deben entenderse comprendidas como parte de su actividad a estos efectos. Por último, en cuanto se refiere al tercer elemento del concepto (que el trabajador permanezca en el trabajo), no se trata de una exigencia que imponga de forma estricta la presencia física de la persona trabajadora en la empresa, sino que se entiende como la obligación de permanecer en el lugar indicado por la empresa.

Por tanto, en el caso de personas trabajadoras que carecen de centro de trabajo fijo o habitual, los desplazamientos son consustanciales a su condición y no parece entonces que haya que decantarse por una interpretación restrictiva de centro de trabajo, que se circunscriba a los confines de las empresas clientes donde realizan sus intervenciones físicas[54].

En todo caso, parece que en la sentencia Tyco se otorga transcendencia también al hecho de que sea la empresa la que decide cerrar las oficinas, privando a los trabajadores de un centro de trabajo estable y obligándoles a efectuar los desplazamientos desde un momento dado. Por tanto, cabe pensar que si se produce un cambio de circunstancias sobrevenido por imposición empresarial, como el traslado del trabajador a otro centro o el traslado de las propias instalaciones, el recorte en la disponibilidad que pueda sufrir la persona trabajadora en su tiempo, con ocasión de ese cambio, podría llevar a modificar la naturaleza de los desplazamientos y considerarlos como tiempo de trabajo, entre otros motivos porque, de no hacerlo, se estaría obligando a las personas trabajadoras a asumir el coste de la decisión empresarial.

Lo anterior no impide desconocer las dificultades que pueden darse para controlar el tiempo que invierte la persona trabajadora en estos desplazamientos cuando se califican como parte del tiempo de trabajo, para evitar posibles abusos, lo cual comporta una carga adicional para la empresa y, desde luego, la Directiva 2003/88/CE no aborda el tema de la remuneración, salvo en lo referente al derecho a vacaciones, por lo cual, *a priori,* sería posible establecer una retribución inferior para estos

[53] STJUE de 10 de septiembre de 2015, Tyco, asunto C-266/14 (ECLI:EU:C:2015:578).

[54] López Álvarez, M.ª J. "La ordenación comunitaria del tiempo de trabajo. Puntos críticos", cit., p. 369.

tiempos de desplazamiento de la que correspondería a los períodos de prestación efectiva de servicios.

4.1. Trayectos dentro de la jornada

Como se anticipó, los trayectos dentro de la jornada laboral para trabajos en otros centros, visitas a clientes, etc. parece que habrán de considerarse como tiempo de trabajo, en la medida en que la persona trabajadora permanezca a disposición de la empresa durante ese tiempo, pues tales desplazamientos constituyen el instrumento necesario para la prestación de servicios[55].

4.2. Trayectos irregulares

Respecto a los trayectos irregulares de las personas trabajadoras que, en lugar de acudir a su centro de trabajo habitual, acuden directamente a citas o reuniones o a otro centro de trabajo a petición de su empleador, deberán considerarse igualmente como tiempo de trabajo, ya que constituyen un supuesto muy similar al abordado en el asunto Tyco.

4.3. Desplazamientos diarios hacia y desde un centro de trabajo fijo

Tales desplazamientos no deberían incluirse, en principio, como tiempo de trabajo, puesto que las personas trabajadoras pueden determinar la distancia que separa su domicilio del centro de trabajo y pueden disponer libremente de su tiempo y organizarlo con libertad en el camino o trayecto hacia y desde dicho centro de trabajo y dedicarlo a asuntos personales. No obstante, no cabe desconocer que el enorme casuismo que rodea esta materia, dificulta el avance hacia soluciones concluyentes. Así, desde los órganos comunitarios se pone especial énfasis en la disponibilidad a favor del empresario, por lo cual si, por ejemplo, en dichos trayectos diarios hacia el centro de trabajo se introdujeran restricciones, tales como utilizar un determinado medio de transporte, una ruta preestablecida o recoger a un compañero, ello podría influir en la calificación como tiempo de trabajo de estos períodos, al mermar considerablemente la capacidad de autoorganización de la persona trabajadora[56].

5. OTROS PERÍODOS DE TIEMPO: TAREAS ACCESORIAS, PREVIAS O POSTERIORES

El expansivo concepto de tiempo de trabajo acuñado por la jurisprudencia comunitaria permite cuestionar la calificación que hayan de merecer otras situaciones dentro de la relación laboral. A nivel interno, a efectos de cómputo, el art. 34.5 ET precisa que "el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo". A partir de tal premisa, la jurisprudencia interna ha considerado como tiempo de trabajo todas aquellas tareas accesorias, pero necesarias, que se desarrollan en el lugar de trabajo, con anterioridad o posterioridad a la prestación de servicios propiamente dicha, como el encendido de motores[57], la transmisión de información sanitaria de los pacientes entre personal de enfermería con ocasión del cambio de turno[58] o la propia colocación de equipos de protección individual.

Ahora bien, la interpretación expansiva llevada a cabo por el Tribunal de Justicia sobre los criterios que conforman el concepto de tiempo de trabajo rebasa los límites marcados

[55] Tal solución coincide con la mantenida por nuestros Tribunales, que han rechazado, en el caso de los abogados, la previsión del art. 14.2 RD 1331/2006, que excluía del cómputo de la duración máxima de la jornada, el tiempo empleado en desplazamientos a las sedes de los clientes y las esperas en los juzgados. .

[56] LÓPEZ ÁLVAREZ, M.ªJ. "La ordenación comunitaria del tiempo de trabajo. Puntos críticos", cit., p. 370.

[57] STS de 4 de octubre de 2012 (Rec. 3102/2011).

[58] STS de 20 de junio de 2017 (Rec. 170/2016).

en el Derecho interno, abriendo paso a la posibilidad de considerar como tiempo de trabajo otros períodos, en los que la persona trabajadora no se encuentra en su puesto, pero sí a disposición de la empresa y el lugar indicado por esta; o realizando labores instrumentales pero vinculadas a las que propiamente constituyen el objeto de su prestación laboral. Tal proceder hermenéutico ha permitido integrar dentro del tiempo de trabajo el empleado por las personas trabajadoras para recoger su uniforme en lugar distinto al de trabajo[59]; el invertido en el desplazamiento entre el depósito de armas y el centro de prestación de servicios en empresas de seguridad[60] o incluso el invertido en la realización de cursos formativos impuestos por la empresa, incluso aunque se realicen fuera de la jornada habitual y en un lugar ajeno al centro de trabajo[61].

A la vista de la flexibilidad de la que hace gala la jurisprudencia comunitaria a la hora de interpretar el concepto en cuestión, no cabe tampoco descartar la "recalificación" de otros períodos que tradicionalmente no se vienen incluyendo en el concepto interno de tiempo de trabajo, pero que podrían perfectamente encajar en los moldes comunitarios, como las labores de aseo y cambio de indumentaria de la persona trabajadora antes y después de la prestación o las propias comidas de trabajo o determinadas actividades sociales a las cuales se acude por conveniencia empresarial. En cualquier caso, no falta quien considera que esta concepción expansiva del tiempo de trabajo puede provocar, a la larga, efectos indeseados, desincentivando aquellas actividades sociales, lúdicas o deportivas que, cada vez con mayor frecuencia, organizan las empresas para fomentar la cohesión entre la plantilla y mejorar el clima laboral[62] y que no solo tienen una repercusión positiva para la parte empresarial sino que también contribuyen al bienestar emocional de las personas trabajadoras.

6. EL CONTROL DE LA JORNADA Y LA DESCONEXIÓN DIGITAL

No hace falta recordar que es obligación de la empresa asegurar que se respetan los descansos legal o convencionalmente establecidos y los límites de jornada. Como consecuencia la empresa debe llevar a cabo algún tipo de control, comprobación o fiscalización de la actividad desplegada por cada empleado para verificar que no se exceden los límites. Pero lo que el legislador interno no establece es cuál haya de ser el método empleado, que habrá de ser necesariamente flexible para adaptarse a la heterogénea realidad empresarial, en la que existen cuasi infinitos esquemas organizativos diferentes atendiendo al tamaño de la plantilla o a la actividad desempeñada. Obviamente, en este contexto, la negociación colectiva resulta un cauce sumamente apropiado para concretar los mecanismos de control a utilizar, adecuándolos a las concretas circunstancias y necesidades empresariales.

En segundo término, la introducción de nuevas tecnologías ha contribuido también a la aparición de formas de empleo más flexibles, tanto desde la perspectiva espacial como temporal[63]. Con ello, la persona trabajadora gana en autonomía y puede elegir con mayor libertad dónde y cuándo realiza la prestación de servicios, pero también se incrementa el riesgo de que se amplíen los tiempos de trabajo más allá de los límites establecidos y se desdibujen las fronteras entre la vida profesional y la personal. De ahí la necesidad de garantizar la desconexión digital de la persona trabajadora, de forma que se asegure una

[59] STS de 24 de septiembre de 2009 (Rec. 2033/2008).

[60] STS de 18 de septiembre de 2000 (Rec. 1696/1999).

[61] SAN de 27 de octubre de 2017 (ECLI:ES:AN:2017:4208).

[62] MIRÓ, D. "El tiempo de trabajo y las actividades fuera de la jornada de trabajo". *Actualidad Jurídica Aranzadi*. N 938 (2018).

[63] Adivinando las inminentes repercusiones en las relaciones laborales, MERCADER UGUINA, J.R. *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

desvinculación efectiva del entorno laboral durante los períodos de no-trabajo[64].

6.1. El registro de jornada en el trabajo presencial y en el trabajo a distancia. Principales inconvenientes

Tradicionalmente las estadísticas han venido a contrastar la creencia generalizada de que en nuestro sistema las jornadas laborales se prolongan más allá de los límites legales y convencionales, sin que dichos excesos sean reconocidos ni compensados adecuadamente. La necesidad de garantizar la efectividad de los límites de jornada y los descansos reconocidos en la normativa laboral, en sus diferentes planos, ha llevado a cuestionar cada vez con mayor frecuencia el control que haya de exigirse a la empresa para asegurar el cumplimiento de la jornada ordinaria pactada y proceder a computar, en su caso, los excesos, como horas extraordinarias. Evidentemente, el registro de jornada no es el único instrumento idóneo para llevar a cabo el control del tiempo de trabajo, pero sí el único previsto actualmente en el ordenamiento español, desde que el art. 10 del RD-Leg. 8/2019, de 8 de marzo, introdujera un nuevo art. 34.9 ET, estableciendo que "La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo. Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa[65], se organizará y documentará este registro de jornada. La empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social".

Llegar hasta la redacción actual no resultó sencillo[66], sino que tras un vivo debate en la jurisprudencia española y tras la intervención del TJUE[67], se resolvió finalmente la discordia con la intervención del legislador[68]. En términos casi idénticos y haciendo una remisión general a la LET, el art. 14 Ley 10/2021 sobre trabajo a distancia especifica que el sistema de registro horario que se regula en el art. 34.9 ET, de conformidad con lo establecido en la negociación colectiva, deberá reflejar fielmente el tiempo que la persona trabajadora que realiza trabajo a distancia dedica a la actividad laboral, sin perjuicio de la flexibilidad horaria, y deberá incluir, entre otros, el momento de inicio y finalización de la jornada.

De hecho cierto sector doctrina ya había destacado que el precepto estatutario resultaba aplicable a toda forma de relación laboral y, por tanto, también a la desarrollada a distancia, que no debería suponer un impedimento para el control de la jornada, sin perjuicio de que en tal modalidad probablemente requiera de adaptaciones propias de sus especialidades, principalmente que la misma pueda hacerse

[64] Precursora de las mismas, Vallecillo Gámez, M.ª R. "El derecho a la desconexión digital: ¿Novedad digital o esnobismo del 'viejo' derecho al descanso?". *Revista Trabajo y Seguridad Social.* N 408 (2017), pp. 167 y ss.

[65] Que, ante la falta de previsión expresa, deberá efectuarse respetando al menos las previsiones de los apartados 5 y 6 del art. 65 ET. SAN de 27 de octubre de 2020 (Rec. 78/2020). Un detallado análisis de la jurisprudencia generada hasta el momento en Cairós Barreto, D.M.ª *Una nueva concepción del tiempo de trabajo en la era digital,* cit., pp. 192 y ss.

[66] Igartúa Miró, M.ªT. "La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el RDL 8/2019". *Temas Laborales: Revista andaluza de Trabajo y Bienestar Social.* N 147 (2019), pp. 133 y ss.

[67] STJUE de 14 de mayo de 2019, *Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) contra Deutsche Bank SAE*, asunto C-55/18 (ECLI:EU:C:2019:402), estableciendo que los Estados miembros deben imponer a los empresarios la obligación de implantar un sistema objetivo, fiable y accesible que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador y corresponde a cada uno de ellos definir los criterios concretos de aplicación de tal sistema, especialmente la forma que este debe revestir.

[68] Poquet Catalá, R. "Obligación de registro del art. 35.9 ET, ¿cierre del debate?". *Revista Relaciones Laborales.* N 9 (2017), pp. 917 y ss.

de forma telemática y remota, pero de forma objetiva y no modificable, a través de los propios instrumentos informáticos que se utilizan para el desarrollo de la prestación, existiendo fórmulas "asequibles" que permiten el cumplimiento de la obligación de registro, si bien no deja de resultar cuanto menos curioso que una obligación específica para el trabajo a distancia (de registro horario) fuera derogada por obsoleta en el año 2012 y otra genérica (para toda forma de prestación laboral) venga ahora a convertirse en necesaria por mor de la coyuntura legislativa[69]. Así, por ejemplo (y será labor de los interlocutores sociales precisarlo en la negociación colectiva), los más o menos tradicionales o novedosos controles horarios propios de los sistemas presenciales (desde el control de firmas o tarjetas magnéticas, hasta la huella dactilar o lectura de retina, pasando por sistemas centrales de control, hojas volantes no manipulables o el propio teléfono móvil utilizado por la persona trabajadora[70]), quizá deban ser sustituidos en el trabajo a distancia por controles instalados en el propio ordenador de trabajo, para verificar los momentos de inicio y finalización y el número de horas total dedicado a las labores profesionales.

Este control, desde luego desvirtúa un tanto la flexibilidad buscada en ocasiones por la propia persona trabajadora a distancia, pero también evita fórmulas de semiesclavitud remota, en las que a través del artilugio informático se consigue una prestación de servicios elástica y prácticamente permanente, sin respeto por el adecuado derecho al descanso. De esta forma la empresa podrá supervisar y evitar, por ejemplo [bajo el conocido axioma conforme al cual no sólo existe un derecho al descanso, sino también un deber de descansar], que la persona trabajadora, por su cuenta, realice tareas durante los días de descanso semanal, o en festivos, o, en fin, durante las vacaciones anuales.

Los tradicionales sistemas de huella dactilar se han visto sustituidos a raíz de la pandemia por mecanismos de reconocimiento facial para evitar el contacto con el lector de huella que facilitaría la propagación de la COVID. No obstante, el tratamiento del reconocimiento facial presenta altos riesgos para los derechos y libertades fundamentales y antes de implantar un proyecto de tratamiento de datos, siempre y cuando sea probable que el mismo suponga un riesgo significativo para los derechos y libertades de las personas, como es este caso, es preciso auditar su funcionamiento, no de forma aislada sino en el marco del tratamiento concreto en que se va a emplear[71].

6.2. El derecho a la desconexión digital en las nuevas formas de trabajo a distancia

Si las medidas de control que debe implementar la empresa resultan de obligado cumplimiento cuando la actividad se lleva a cabo en las instalaciones empresariales, no lo son menos cuando esa actividad se realiza en otro lugar diferente elegido por la persona trabajadora, si bien, dada la peculiaridad del trabajo a distancia, resulta necesaria una adaptación de tales medidas en función de esta peculiar y cada vez más frecuente forma de traba-

[69] TASCÓN LÓPEZ, R. "El teletrabajo como forma de presente y futuro de prestación laboral de servicios. Experiencias en la negociación colectiva", en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., Dir.) *Nuevos escenarios y nuevos contenidos de la negociación colectiva*, cit., pp. 601-602.

[70] Voto particular a la STS de 23 de marzo de 2017 (Rec. 81/2016), considerando, en el conocido caso Bankia, que no es necesario llevar un registro de la jornada diaria de toda la plantilla para comprobar el cumplimiento de la jornada laboral y horarios pactados, sino que únicamente se debe llevar registro de las horas extras realizadas.

[71] No debe olvidarse que la utilización de datos biométricos y, en particular, el reconocimiento facial entraña mayores riesgos para los derechos de los interesados. Por tanto, resulta fundamental que el recurso a esas tecnologías se haga respetando debidamente los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad y minimización de los datos establecidos en el Reglamento General de Protección de Datos, cuyo art. 35 establece la obligación de disponer de una Evaluación de Impacto en la Protección de los Datos Personales (EIPD). Resolución AEPD, de 21 de julio de 2022 PS-00218-2021.

jar[72]. En la Comunicación interpretativa de la Directiva 2003/88/CE se apunta que estas formas de empleo tienen cabida dentro del ámbito de aplicación de la misma, advirtiendo sin embargo de la necesidad ineludible de preservar la seguridad y salud de las personas trabajadoras, lo que incluye el respeto a las limitaciones de jornada y los períodos mínimos de descanso establecidos en las normas, que deberán cumplirse escrupulosamente por los Estados miembros.

La empresa debe ser cada vez más consciente de los riesgos que supone para la seguridad y salud de las personas trabajadoras la dependencia tecnológica, y tomar las medidas necesarias para controlar el tiempo de trabajo, lo cual puede materializarse por diversas vías, desde la implantación de alertas que bloqueen los dispositivos tecnológicos puestos a disposición de las personas trabajadoras cuando se excede el tiempo de trabajo o se utilizan fuera del horario establecido hasta la desconexión de los servidores, tal y como ya han puesto en marcha algunas empresas europeas[73]. Es más, la persona trabajadora debe tener el amparo suficiente para poder ignorar, con los límites pactados[74], y en función de las circunstancias, las comunicaciones recibidas de la empresa durante su tiempo de descanso y a la inversa, debe fomentarse la conciencia de que la actividad realizada fuera de la jornada laboral no cuenta con la aquiescencia, explícita ni implícita, de la empresa y, por tanto, podrá ser objeto incluso de reprobación[75]. Igualmente problemático resulta el asunto de la teledisponibilidad, habida cuenta de que, en ocasiones, quizá la duración de la prestación no tenga por qué ser muy extensa, pero lo que a la empresa le interese sea una permanente disponibilidad de la persona teletrabajadora que, al no ser trabajo efectivo, puede no estar retribuida, pero mantener al empleado reo del equipo telemático en el que, eventualmente, pudiera recibir encargos o instrucciones[76].

Tal es la razón de que el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (RDLTD) primero, en sus arts. 15 y 16, y la Ley 10/2021, de 9 de julio, de idéntica denominación (LTD), después, establecieran (en los mismos preceptos y con idéntico tenor literal) una serie de criterios de obligado cumplimien-

[72] Entre los primeros estudios sobre el particular puede verse IGARTÚA MIRÓ, M.ª T. "Teletrabajo y prevención de riesgos laborales: Problemas y propuestas de soluciones", en AA.VV. (AEDTSS): *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2000, pp. 1045 y ss.; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. "Teletrabajo y prevención de riesgos laborales", en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J., Coord.): *La prevención de riesgos laborales y las nuevas formas de organización empresarial y del trabajo: II Jornadas Universitarias Castellano y Leonesas sobre Prevención de Riesgos Laborales*. León: Eolas, 2011, pp. 315 y ss. o MOLINA NAVARRETE, C. "La gran transformación digital y bienestar en el trabajo: riesgos emergentes, nuevos principios de acción, nuevas medidas preventivas". *Revista Trabajo y Seguridad Social*. N Extraordinario, 1 (2019), pp. 5 y ss.

[73] *Vid.* AGUILERA IZQUIERDO, R. y CRISTOBAL RONCERO, R. "Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica" *El futuro del trabajo que queremos*, Vol. II. Madrid: MEYSS, 2017, p. 362. A nivel interno, son numerosos los convenios que aún no recogen el derecho a la desconexión, pero las empresas atienden esta cuestión por vía de acuerdos internos o protocolos específicos negociados con los representantes de los trabajadores o por decisión directa empresarial, utilizando para ello diferentes medios como prohibir las comunicaciones fuera del horario, introduciendo el derecho de los trabajadores "a no responder cualquier tipo de comunicación por cualquier canal (correo electrónico, teléfono, whattsapp, redes sociales, etc.)", lo que implica la obligación de los directivos de respetar tal derecho evitando enviar comunicaciones a sus trabajadores fuera del horario laboral (IKea). FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. "La disponibilidad horaria del trabajador y el derecho a la desconexión. Últimas tendencias en la negociación colectiva", en AA. VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., Dir.) *Nuevos escenarios y nuevos contenidos de la negociación colectiva,* cit., pp. 543 y ss.

[74] La mayoría de los convenios que acogen la implantación de fórmulas de teletrabajo se ocupan de contemplar los límites y relaciones (presencialidad/trabajo a distancia) que la prestación puede presentar en cada caso concreto. Sobre el particular, TASCÓN LÓPEZ, R. "El teletrabajo como forma de presente y futuro de prestación laboral de servicios. Experiencias en la negociación colectiva", cit., pp. 597 y ss.

[75] LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J. "La ordenación comunitaria del tiempo de trabajo. Puntos críticos", cit., p. 378.

[76] GONZÁLEZ VILLANUEVA, F.J. "La ordenación del tiempo de trabajo de los teletrabajadores". *Actualidad Laboral*. N 11 (2003), p. 173.

to para esta modalidad de trabajo a distancia[77] en nuestro país. De entrada, el art. 15 LTD, establece el principio de que "las personas que trabajan a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud en el trabajo", en el sentido de que pese a realizar el trabajo fuera del control inmediato empresarial, se mantiene esa obligación. Por su parte, el art. 16 LTD, distingue entre la forma de realizar la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva, poniendo atención en tres factores: psicosociales, ergonómicos y organizativos.

No puede desconocerse que esta forma de trabajo ha provocado un impulso decisivo del uso de los dispositivos digitales para trabajar a distancia[78]. En esencia, lo que se pretende es que la persona trabajadora pueda delimitar su tiempo entre el dedicado a su trabajo y al descanso, pues, al no cambiar de lugar para ir a trabajar, se corre el riesgo de conectarse más tiempo del acordado en el contrato de trabajo, invadiendo los tiempos de dedicación al descanso y, en definitiva, al derecho de conciliación de la vida laboral, personal y familiar. No se olvide, que en una sociedad hiperconectada[79] como la presente, la condición humana del trabajador requiere que se garanticen unos tiempos de descanso de calidad y aunque el reconocimiento del derecho a la desconexión se solapa con otros derechos, ya consolidados, como el derecho al descanso y a la limitación de la jornada, la motivación jurídica de su reconocimiento y garantía se centra, de un lado, en la dificultad de fiscalización por los órganos de control de cumplimiento de la legislación laboral en materia de registro de la jornada de trabajo, y de otro, en la facilidad que ofrece la tecnología para prolongar el tiempo de trabajo ordinario, con los riesgos colaterales que ello comporta.

Por tanto, resulta evidente que el teletrabajo requiere un tratamiento específico en la evaluación de riesgos, más cercano a los tres factores anteriores que a los comunes del resto de actividades efectuadas ordinariamente de forma presencial, pero sin descartarlos, adaptándolos a las circunstancias del concreto trabajo a distancia[80].

Al contenido del derecho a la desconexión digital, aun con cierto grado de indefinición y sin que resulte posible abordarlo en este momento con mayor intensidad, se refiere el art. 18 LTD, si bien dicho precepto limita su aplicación a las relaciones de "trabajo regular a distancia" en el sector privado en las que concurran las condiciones descritas en el art. 1.1 ET, cuando se preste al menos el treinta por ciento de la jornada, mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación, durante un periodo de referencia de tres meses, o la parte proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo. En tales supuestos, el deber empresarial de garantizar la desconexión, sin que puedan imponerse excepciones al respecto[81], conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo

[77] *Vid.* Mella Méndez, L. "Valoración crítica del RD-ley 28/2020, en especial sobre la protección de la salud en el trabajo a distancia", en AA.VV. (Rodríguez-Piñero Royo, M. y Todolí Signes, A., Coords.) *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*. Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2021, pp. 173 y ss. o Montoya Medina, D. "Teletrabajo y prevención de riesgos laborales". *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*. N 243 (2021), pp. 35 y ss.

[78] En la doctrina, entre muchos, De Vicente Pachés, F. "Teletrabajo y salud laboral en la era COVID: el nuevo marco normativo de prevención de riesgos laborales en el teletrabajo". *Documentación Laboral*. N 121 (2020), pp. 29 y ss. o Romero Burillo, A.M.ª *El marco regulador del teletrabajo*. Barcelona: Atelier, 2021, pp. 80 y ss.

[79] Trujillo Pons, F. "La conectividad constante del 'trabajo en remoto' desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales". *Derecho de las relaciones laborales*. N 11 (2020), pp. 1524 y ss.

[80] Según la SAN de 22 de marzo de 2022 (ECLI:ES:AN:2022:1132), es válido que el trabajador deba informar a la empresa sobre las características del lugar de trabajo (lo cual no exonera a la empresa de realizar la evaluación) pero no establecer que el servicio de prevención pueda acudir al domicilio para evaluar los riesgos.

[81] Rotunda, insistiendo en que no es válido obligar a la persona trabajadora a facilitar su e-mail y móvil personales y en que la empresa no puede imponer excepciones a la desconexión digital, SAN de 22 de marzo de 2022 (ECLI:ES:AN:2022:1132).

durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables. El resto de las relaciones laborales, así como el trabajo a distancia "no regular" en el que se preste menos del treinta por ciento de la jornada mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación, durante un periodo de referencia de tres meses, quedarían excluidas del ámbito de aplicación de la norma sobre teletrabajo, Sin perjuicio de lo cual, mantienen intacto el derecho a la desconexión digital por aplicación del art. 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y del art. 20 *bis* del ET[82].

En definitiva, existe una relación indisociable entre revolución tecnológica y norma laboral, y ya nadie cuestiona aspectos como que la digitalización de la economía proporciona grandes oportunidades y flexibilidad a las relaciones laborales. Por ello es imprescindible realizar una labor de humanización de la tecnología para que sea esta la que se ponga a disposición del individuo y no al revés[83]. Para ello, paralelamente a los esfuerzos inversores que se han realizado ya, y que deberán seguir haciéndose, para garantizar la conexión digital en cualquier ámbito territorial, resulta imprescindible detectar y prevenir los riesgos emergentes que genera la hiperconectividad (fundamentalmente tecnoestrés o fatiga informática), y evitar sus efectos perniciosos sobre la salud y la seguridad de las personas trabajadoras, pues solo así será posible ofrecer una respuesta adecuada a los retos a los que se enfrenta la sociedad del siglo XXI. Y en esta labor, la negociación colectiva tendrá que desplegar todo su potencial, no solo en las grandes corporaciones sino también en la pequeña y mediana empresa, para disponer de un adecuado marco que garantice la utilización segura de la tecnología, sin dar opción a presunciones de cumplimiento de la obligación de efectuar la evaluación de tales riesgos emergentes[84].

Las escasas certezas que aporta el exiguo marco jurídico español sobre prevención de riesgos en el trabajo a distancia en general, y en el teletrabajo en particular, presagian un incremento de la conflictividad laboral que habrá de ser resuelta en último extremo por la jurisdicción social. Y en este sentido, el Acuerdo Marco Europeo sobre la Digitalización en el trabajo, apunta hacia un impulso de la regulación del proceso de desconexión digital y los distintos procedimientos especiales a través de la negociación colectiva (que deberá incidir de un modo progresivo en el asunto), por lo cual el texto final de la directiva europea sobre desconexión deberá estar condicionado por el grado de penetración del derecho en los convenios colectivos.

7. EL DERECHO A VACACIONES ANUALES RETRIBUIDAS Y SU INTERACCIÓN CON OTRO TIPO DE PERMISOS

A lo largo de los años, el derecho a un mínimo de cuatro semanas retribuidas de descanso anual se ha revelado como una materia particularmente conflictiva, precisando de una intensa labor interpretativa por parte del TJUE, que ha insistido en que el derecho a vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio esencial del Derecho de la Unión Europea, respecto al cual no pueden establecerse excepciones, no puede ser interpretado restrictivamente y cuya aplicación

[82] Ampliamente sobre el particular, IGARTUA MIRÓ, M.ª T. "El derecho a la desconexión en la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales". *Revista Trabajo y Seguridad Social.* N 432 (2019), pp. 61 y ss.

[83] ARRUGA SEGURA, M.ª C. "Las implicaciones del derecho a la desconexión digital en la prestación de trabajo y en el teletrabajo regular". *Revista Derecho Social y Empresa.* N 15 (2021). Soporte digital.

[84] LOUSADA AROCHENA, F. "Prevención de Riesgos en el Trabajo a Distancia". *Revista Derecho social y empresa.* N 14, 2021. Soporte digital.

por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente en la propia Directiva[85]. Dicha labor interpretativa del TJUE ha sentado el principio de que la finalidad de las vacaciones es doble, tanto permitir que las personas trabajadoras descansen, como que dispongan de un período de ocio y esparcimiento. A día de hoy, muchas de las soluciones aportadas en el ámbito comunitario han sido convenientemente asumidas en el ordenamiento interno y no suscitan mayor fricción, si bien a raíz de la aprobación de la ya mencionada Comunicación interpretativa de la Directiva 2003/88/CE, resulta obligado mencionar algunos aspectos controvertidos.

En cuanto hace al posible efecto directo del derecho, el Tribunal de Justicia ha establecido que el art. 7 de la Directiva cumple los criterios para desplegar dicho efecto, en cuanto constituye una disposición precisa, clara, inequívoca e incondicional, lo cual implica que cualquier particular puede hacer valer su derecho ante los órganos jurisdiccionales nacionales, si bien únicamente contra el Estado[86] o los organismos públicos, ya sea en su condición de empleadores o autoridades públicas, sin que inicialmente hubiera admitido el denominado "efecto directo horizontal", esto es, que el derecho a vacaciones pueda invocarse en un litigio suscitado exclusivamente entre particulares. La situación comentada debe ser reconsiderada, no obstante, tras el reconocimiento del derecho a vacaciones en el art. 31.2 CDFUE, a la que el art. 6.1 del Tratado de Lisboa otorga idéntico valor jurídico que a los Tratados. El propio Tribunal Supremo español[87] ha mantenido también una posición restrictiva, entendiendo que, pese a la inclusión del derecho a vacaciones en la CDFUE, para otorgar eficacia plena a un derecho hace falta, además, que no se vea necesitado de una expresa regulación legal y sea suficiente por sí mismo para conferir un derecho subjetivo, lo que no puede predicarse de la expresión vacaciones anuales retribuidas utilizada por dicho art. 31.2 porque no tiene la suficiente y debida concreción. En el fondo, como muy bien ha precisado la doctrina, el debate excede con mucho al derecho a vacaciones y lo que deja entrever el Tribunal es su preocupación por una mera interpretación literal de la norma, pues si el reconocimiento de todos los derechos contenidos en la CDFUE determinase la eficacia directa de todas las Directivas que los regulan, quedaría vacía de contenido la previsión por la cual las Directivas obligan exclusivamente a los Estados miembros destinatarios[88].

En cualquier caso, la Comunicación interpretativa subraya expresamente que todavía el Tribunal de Justicia podría confirmar dicho efecto directo horizontal, lo cual impondría a los Tribunales nacionales la obligación de garantizar la efectividad de dicho principio, lo que incluiría la no aplicación, si es preciso, de cualquier disposición de la normativa nacional contraria a dicho principio. Y así ha ocurrido recientemente, dado que el TJUE ya ha confirmado el efecto directo horizontal, es decir, el efecto directo en los litigios entre particulares, teniendo en cuenta el precitado art. 31.2 CDFUE, ya que su existencia ha sido establecida de forma imperativa e incondicional y no requiere ser concretada por disposiciones del Derecho de la Unión Europea o del Derecho nacional. Con base en estas premisas, el TJUE ha llegado a concluir que dicha disposición es suficiente por sí sola para conferir a las personas trabajadoras un derecho que

[85] Sobre el particular, López Álvarez, M.ª J. "Tiempo de trabajo y derecho a vacaciones a la luz de la jurisprudencia comunitaria". *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.* N 127 (2017), pp. 180 y ss. o Martínez Moya, J. "Las vacaciones", en AA.VV. (Casas Baamonde, M.ª E. y Gil Alburquerque, R., Dirs.) *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia,* cit., pp. 985 y ss.

[86] La parte perjudicada por la no conformidad del Derecho nacional con el Derecho de la Unión podrá obtener, en su caso, la reparación del daño causado por el Estado. STJUE de 24 de enero de 2012, Maribel Domínguez/Centre Informatique du Centre Ouest Atlantique y Préfet de la región Centre, asunto C-282/10 (ECLI:EU:C:2012:33).

[87] STS de 8 de junio de 2016 (Rec. 207/2015).

[88] López Álvarez, M.ª J. "La ordenación comunitaria del tiempo de trabajo. Puntos críticos", cit., p. 384.

pueda ser invocado como tal en un litigio contra su empresa[89].

También el Tribunal de Justicia ha mediado en la controversia relativa a la interacción entre el derecho a vacaciones y otro tipo de permisos, sentando como doctrina general que un permiso garantizado por el Derecho comunitario no puede menoscabar el derecho a disfrutar de otro permiso garantizado por el mismo Derecho[90]. Ello se traduce en que en caso de eventual acumulación de varios permisos, deberá garantizarse el derecho a vacaciones en un período posterior, incluso si para ello es precisa su transferencia al año siguiente.

Cuando la concurrencia se produzca entre las vacaciones y otros permisos regidos por el Derecho nacional, habrá de evaluarse en el caso concreto la finalidad del mismo para extraer conclusiones sobre las consecuencias de tal solapamiento. A partir de tal premisa interpretativa, el art. 38.3 ET ha regulado la posposición en nuestro sistema de tal derecho cuando el periodo de vacaciones fijado en el calendario de la empresa coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el periodo de suspensión del contrato de trabajo previsto en los apartados 4, 5 y 7 del art. 48, disponiendo a tal efecto que se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso correspondiente, al finalizar el periodo de suspensión, "aunque haya terminado el año natural a que correspondan".

Tal derecho de posposición en supuestos de colisión de permisos se predica únicamente para las vacaciones y aquellos permisos que pudieran reconocerse con idéntica finalidad en el derecho nacional, pero no, *a priori*, en relación con los días de asuntos propios reconocidos convencionalmente[91]. En todo caso, de acuerdo a la Comunicación interpretativa, dicha obligación de transferencia de las vacaciones regirá, exclusivamente, para el período mínimo de cuatro semanas garantizado por la Directiva y no para otros períodos adicionales que pudieran contemplarse en el Derecho nacional, salvo en el caso de trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o que estén en período de lactancia, en cuyo caso deberá reconocerse el derecho a transferencia de cualquier período vacacional, de acuerdo a la Directiva particular sobre la materia.

Esta doctrina se ha visto matizada, en cierta medida, por la STJUE de 19 de noviembre de 2019[92], en virtud de la cual no hay vulneración del art. 7 de la Directiva 2003/88/CE cuando las normas nacionales y los convenios colectivos establecen la concesión de días de vacaciones anuales retribuidos que exceden del período mínimo de cuatro semanas, y que, al mismo tiempo, excluyen el aplazamiento de esos días de vacaciones en caso de enfermedad, porque el derecho a vacaciones por encima del mínimo que exige la Directiva, no se rige por esta sino por el Derecho nacional. Por tanto, y como consecuencia, no resulta aplicable el art. 31.2 CDFUE cuando se trata de normativa nacional y convencional, porque cuando los Estados miembros conceden o permiten que los interlocutores sociales concedan derechos a vacaciones anuales retribuidas que excedan del período mínimo de la Directiva, tales derechos, así como los requisitos para su eventual aplazamiento en caso de que la persona trabajadora se ponga enferma durante las vacaciones, forman parte del ámbito del ejercicio de la competencia que conservan los Estados miembros, sin que se rijan por dicha Directiva

[89] SSTJUE de 6 de noviembre de 2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV contra Tetsuji Shimizu, asunto C-684/16 (ECLI:EU:C:2018:874). También de la misma fecha, Stadt Wuppertal contra Maria Elisabeth Bauer y Volker Willmeroth contra Martina Broßonn, asunto C-569/16 (ECLI:EU:C:2018:871) y Willmeroth, asuntos acumulados C-569/16, C-570/16.

[90] STJUE de 14 de abril de 2005, Comisión de las Comunidades Europeas/Gran Ducado de Luxemburgo, asunto C-519/03 (ECLI:EU:C:2005:234), entre otras.

[91] López Álvarez, M.ªJ. "La ordenación comunitaria del tiempo de trabajo. Puntos críticos", cit., p. 385.

[92] Terveys- ja sosiaalialan neuvottelujärjestö (TSN) ry contra Hyvinvointialan liitto ry y Auto- ja Kuljetusalan Työntekijäliitto AKT ry contra Satamaoperaattorit ry, asuntos acumulados C-609/17 y C-610/17 (ECLI:EU:C:2019:981).

ni estén incluidos en el ámbito de aplicación de la misma[93].

En fin, el TJUE ha sentado los principios de aplicación de este derecho, considerando que se trata de un período de descanso mínimo, no sujeto a ninguna condición (como la exigencia de un período previo mínimo de trabajo) y retribuido, que coloca a la persona trabajadora en una situación salarial equivalente o comparable a la prestación de trabajo efectivo[94]. Si la retribución está compuesta por diversos elementos, es preciso un análisis específico para determinar la retribución ordinaria, y con ello el importe al que dicha persona trabajadora tiene derecho durante sus vacaciones anuales. Esto es, los componentes de la retribución global inherentes a la condición personal y profesional, deben mantenerse durante las vacaciones anuales retribuidas[95].

BIBLIOGRAFÍA

Aguilera Izquierdo, R. y Cristobal Roncero, R. "Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica" en AA.VV. *El futuro del trabajo que queremos*, Vol. II. Madrid: MEYSS, 2017.

Alonso Olea, M. "Accidente de tráfico y accidente de trabajo", en AA.VV. *Estudios jurídicos en homenaje al Dr. Néstor De Buen Lozano.* México: UNAM, 2003.

Aragón Gómez, C. "La compleja delimitación del concepto tiempo de trabajo y la aportación que, al respecto, ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Reflexiones al hilo de la STJUE 21-2-2018, asunto Matzak, relativa a las guardias de localización". *Revista de Información Laboral.* N 9 (2018).

Arruga Segura, M.ª C. "Las implicaciones del derecho a la desconexión digital en la prestación de trabajo y en el teletrabajo regular". *Revista Derecho Social y Empresa.* N 15 (2021).

Cabeza Pereiro, J. "Algunas reflexiones a la vista del asunto TYCO sobre el concepto de 'tiempo de trabajo'". *Derecho de las Relaciones Laborales.* N 1 (2016).

Cairós Barreto, D.M.ª *Una nueva concepción del tiempo de trabajo en la era digital*. Albacete: Bomarzo, 2021.

– "Nuevos pronunciamientos del TJUE sobre el concepto de tiempo de trabajo en el Derecho de la Unión Europea. Balance a la luz de las SSTJUE de 28 de octubre de 2021 (Asunto C-909/19) y de 11 de noviembre de 2021 (Asunto C-214/20)". *Trabajo y Derecho.* N 89 (2022).

Cordero Saavedra, L. "Trabajo nocturno y estado de salud: a propósito de las garantías protectoras del marco legal y su reflejo en la doctrina de los tribunales sociales", *Revista Doctrinal Aranzadi Social.* N 5 (2003).

De Vicente Pachés, F. "Teletrabajo y salud laboral en la era COVID: el nuevo marco normativo de prevención de riesgos laborales en el teletrabajo". *Documentación Laboral.* N 121 (2020).

Eurofound y OIT: *Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2019.

Fernández Domínguez, J.J. "Teletrabajo y prevención de riesgos laborales", en AA.VV. (Fernández Domínguez, J.J., Dir. y Fernández-Costales Muñiz, J., Coord.): *La prevención de riesgos laborales y las nuevas formas de organización empresarial y del trabajo: II Jornadas Universitarias Castellano y Leonesas sobre Prevención de Riesgos Laborales.* León: Eolas, 2011.

Fernández Fernández, R. y Prieto Padín, P. "La conciliación de la vida laboral y familiar en los convenios colectivos de sectores emergentes: aspectos novedosos", en AA.VV. (Fernández Domínguez, J.J., Dir.) *Nuevos escenarios y nuevos contenidos de la negociación colectiva.* Madrid: Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020.

Fernández Márquez, O. "Flexiseguridad y tiempo de trabajo en la ordenación de la actividad asalariada en España". *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.* N 134, extraordinario (2018).

Fernández-Costales Muñiz, J. "La disponibilidad horaria del trabajador y el derecho a la desconexión. Últimas tendencias en la negociación colectiva", en AA.VV. (Fernández Domínguez, J.J., Dir.) *Nuevos escenarios y nuevos contenidos de la negociación colectiva.* Madrid: Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020.

[93] Un comentario a dicha doctrina en Martínez Moya, J. "El Derecho nacional 'vence' competencialmente al Derecho de la Unión Europea: vacaciones retribuidas superiores a cuatro semanas y negativa a su aplazamiento, pese a que concurre baja médica". *Revista de Jurisprudencia Laboral.* N 1 (2020).

[94] Cairós Barreto, D.M.ª *Una nueva concepción del tiempo de trabajo en la era digital*, cit., p. 173.

[95] SSTJUE de 15 de septiembre de 2011, Williams y otros contra British Airways plc., asunto C-155710 (ECLI:EU:C:2011:588) y de 22 de mayo de 2014, Z.J.R. Lock contra British Gas Trading Limited, asunto C-539/12 (ECLI:EU:C:2014:351).

GALLEGO MONTALBÁN, J. "¿Deben considerarse las guardias domiciliarias o de localización tiempo de trabajo?: (Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de febrero de 2018. Asunto Matzak. C-518/15)". *Revista de Derecho Social.* N 82 (2018).

GONZÁLEZ VILLANUEVA, F.J. "La ordenación del tiempo de trabajo de los teletrabajadores". *Actualidad Laboral.* N 11 (2003).

GUILLÉN SUBIRÁN, C. "Trabajando mientras los demás duermen: efectos sobre la salud del trabajo nocturno". *Revista Gestión Práctica de Riesgos Laborales.* N 143 (2016)

IGARTUA MIRÓ, M.ª T. "Teletrabajo y prevención de riesgos laborales: Problemas y propuestas de soluciones", en AA.VV. (AEDTSS): *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2000.

– "La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el RDL 8/2019". *Temas Laborales.* N 147 (2019).

– "El derecho a la desconexión en la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales", *Revista Trabajo y Seguridad Social.* N 432 (2019).

INSHT. NTP 455: *Trabajo a turnos y nocturno: aspectos organizativos*, 1997.

LÓPEZ ÁLVAREZ, M.ªJ. "Tiempo de trabajo y derecho a vacaciones a la luz de la jurisprudencia comunitaria". *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.* N 127 (2017).

– "La ordenación comunitaria del tiempo de trabajo. Puntos críticos", en AA.VV. (MIRANDA BOTO, J.M.ª, Dir.) *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones.* Madrid: Cinca, 2018.

LÓPEZ VICO, S. y MONEREO PÉREZ, J.L. "De nuevo en torno a la ordenación del tiempo de trabajo: igualdad de trato y protección de la salud y seguridad de los trabajadores nocturnos. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de febrero de 2022, asunto C-262/20". *La Ley Unión Europea.* N 103 (2022).

LOUSADA AROCHENA, F. "Prevención de Riesgos en el Trabajo a Distancia". *Revista Derecho social y empresa.* N 14 (2021).

MARTÍN PUEBLA, E. "El fallido proceso de revisión de la directiva comunitaria sobre la ordenación del tiempo de trabajo". *Aranzadi Social.* N 22 (2010).

MARTÍN RIVERA, L. "Tendencias recientes en la ordenación del tiempo de trabajo". *Revista Española de Derecho del Trabajo.* N 250 (2022).

MARTÍN RODRÍGUEZ, O. "Las directrices de la Unión Europea sobre tiempo de trabajo, su interpretación por el Tribunal de Justicia y sus repercusiones en el sistema español". *Revista Española de Derecho del Trabajo.* N 194 (2017).

MARTÍNEZ MOYA, J. "Las vacaciones", en AA.VV. (CASAS BAAMONDE, M.ªE. y GIL ALBURQUERQUE, R., Dirs.) *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia.* Madrid: Francis Lefebre, 2019.

– "El Derecho nacional 'vence' competencialmente al Derecho de la Unión Europea: vacaciones retribuidas superiores a cuatro semanas y negativa a su aplazamiento, pese a que concurre baja médica". *Revista de Jurisprudencia Laboral.* N 1 (2020).

MELLA MÉNDEZ, L. "Valoración crítica del RD-ley 28/2020, en especial sobre la protección de la salud en el trabajo a distancia", en AA.VV. (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y TODOLÍ SIGNES, A., Coords.) *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente.* Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi, 2021.

MERCADER UGUINA, J.R. *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

MIRÓ, D. "El tiempo de trabajo y las actividades fuera de la jornada de trabajo". *Actualidad Jurídica Aranzadi.* N 938 (2018).

MOLINA NAVARRETE, C. "La gran transformación digital y bienestar en el trabajo: riesgos emergentes, nuevos principios de acción, nuevas medidas preventivas". *Revista Trabajo y Seguridad Social.* N Extraordinario, 1 (2019).

MONEREO PÉREZ, J.L. y MUROS POLO, A. "El 'tiempo de trabajo' y el 'período de descanso' a debate en las guardias en régimen de disponibilidad no presencial: Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de marzo de 2021, asuntos C-344/19 y C-580/19". *La Ley: Unión Europea*, N 92 (2021).

– "De nuevo sobre los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para calificar las guardias como tiempo de trabajo y su compatibilidad con la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales de la Carta Social Europea". *La Ley: Unión Europea*, N 98 (2021).

MONREAL BRINGSVAERD, E. "La duración de la jornada y los saldos interanuales de horas. A propósito de la última reforma normativa del tiempo de trabajo", *Relaciones Laborales.* N 10 (2014).

MONTOYA MEDINA, D. "Guardias no presenciales ¿tiempo de trabajo o periodo de descanso?". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo.* N 1 (2021).

– "Teletrabajo y prevención de riesgos laborales". *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo.* N 243 (2021).

MORENO VIDA, M.ªN. "Configuración general del tiempo de trabajo: algunas reflexiones críticas", en AA.VV. (PERÁN QUESADA, S., Dir.) *La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes.* Granada: Comares, 2014.

NOGUEIRA GUASTAVINO, M. "El descanso diario mínimo de 11 horas en cada período de 24 horas al que obliga el Derecho de la UE es por trabajador y no por contrato de trabajo cuando se celebran varios contratos con el mismo empresario: ¿conclusión extrapolable si los contratos se celebran con empresarios distintos o se trabaja simultáneamente como autónomo?". *Revista de Jurisprudencia Laboral*. N 4 (2021).

OIT: *Guía para establecer una ordenación del tiempo de trabajo equilibrada,* Ginebra, 2019.

ORTEGA LOZANO, P.G. "Criterios para la consideración del 'tiempo de trabajo efectivo': los supuestos más recientes". *Revista de Derecho Social.* N 92 (2020).

PALOMINO SAURINA, P. "El descanso entre jornada de los MIR tras una guardia de 24 horas en sábado o víspera de festivo. (STS 30 marzo 2022, Rec. 63/2020)". *Diario La Ley.* N 10069 (2022).

PÉREZ AMORÓS, F. "Tiempo y trabajo. Algunas consideraciones sobre el trabajo nocturno y trabajadores nocturnos", en AA.VV. (APARICIO TOVAR, J. y LÓPEZ GANDÍA, J., Coords.) *Tiempo de trabajo.* Albacete: Bomarzo, 2008.

POQUET CATALÁ, R. "Obligación de registro del art. 35.9 ET, ¿cierre del debate?". *Revista Relaciones Laborales.* N 9 (2017).

– "Localización como posible tiempo de trabajo efectivo a la luz de la doctrina judicial comunitaria: STJUE, de 21 de febrero de 2018, C-518/2015, Asunto Matzak". *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social.* N 146 (2019).

QUÍLEZ MORENO, J.M.ª "La jornada de trabajo y su relación con el trabajo efectivo: reflexiones sobre si el mismo es eficaz o eficiente y cumple con el trabajo decente". *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo.* N 29 (2019).

ROMERO BURILLO, A.M.ª *El marco regulador del teletrabajo.* Barcelona: Atelier, 2021.

SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.ª L. "Jornadas, descanso, trabajo efectivo", en AA.VV. (CASAS BAAMONDE, M.ªE. y GIL ALBURQUERQUE. R., Dirs.) *Derecho Social de la Unión Europea: aplicación por el Tribunal de Justicia.* Madrid: Francis Lefebvre-El Derecho, 2018.

SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.ªS. "Guardia de disponibilidad no presencial y tiempo de trabajo conforme a la Directiva 2003/88/CE". *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social.* N 158 (2021).

TASCÓN LÓPEZ, R. "Accidentes de trabajo *in itinere* y en misión", en AA.VV. (AGRA VIFORCOS, B., Dir.) *Siniestralidad y enfermedad laboral en carretera.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

– "El teletrabajo como forma de presente y futuro de prestación laboral de servicios. Experiencias en la negociación colectiva", en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., Dir.) *Nuevos escenarios y nuevos contenidos de la negociación colectiva.* Madrid: Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020.

TRILLO PÁRRAGA, F. "La conquista (in progress) del derecho a la limitación de la jornada de trabajo". *Trabajo y Derecho.* N 92 (2022).

TRUJILLO PONS, F. "La conectividad constante del 'trabajo en remoto' desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales". *Derecho de las relaciones laborales.* N 11 (2020).

VALLECILLO GÁMEZ, M.ª R. "El derecho a la desconexión digital: ¿Novedad digital o esnobismo del 'viejo' derecho al descanso?". *Revista Trabajo y Seguridad Social.* N 408 (2017).

Teletrabajo internacional: transnacional y móvil (o nomadismo digital internacional)

International telework: transnational and mobile (or international digital nomadism)

FRANCISCA FERNÁNDEZ PROL*

https://doi.org/10.55617/revmites.29

Resumen: El estudio analiza el fenómeno del teletrabajo internacional. A tal efecto, persigue tres propósitos esenciales: definir la referida categoría y sus diversas manifestaciones; visibilizar las disfunciones generadas por aquél desde la óptica del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; efectuar propuestas, en su caso de *lege ferenda*, dirigidas a enmendar o atenuar aquéllas. Para lo primero –la elaboración de conceptos–, además de una aproximación a las nuevas realidades suscitadas por la conjunción de globalización y nuevas tecnologías, se procede a un estudio de la normativa reguladora del teletrabajo, señaladamente en los marcos internacional y europeo. Lo que permite la identificación de una macrocategoría, el "teletrabajo internacional", y dos subespecies, el teletrabajo transnacional y el teletrabajo internacional móvil –conformando este último, a su vez, una de las posibles materializaciones del denominado nomadismo digital internacional–. En segundo lugar, para poner de manifiesto las dificultades aplicativas suscitadas por el teletrabajo internacional, son objeto de análisis las reglas de conflicto que dirimen, en presencia de un elemento de extranjería, foro competente y Ley aplicable al contrato de trabajo y en materia de Seguridad Social. Lo que revela la sujeción, con carácter general, al Derecho del Estado en que se prestan físicamente los servicios y, a la postre, la infraprotección de los teletrabajadores internacionales, así como el efecto de *dumping* social. Finalmente, se plantean diversas hipótesis de intervención: así, en el marco europeo, vía reforma de las normas de conflicto, al amparo de una acción armonizadora en materia de teletrabajo o también en virtud de la articulación de una norma especial, que, emulando lo dispuesto en materia de desplazamientos temporales, permita la aplicación al teletrabajador internacional de condiciones de trabajo contempladas por el Derecho del Estado en que se halle la empresa receptora de los servicios.

Palabras clave: Teletrabajo internacional; teletrabajo transnacional; teletrabajo móvil; nómadas digitales; ley aplicable al contrato de trabajo y en materia de Seguridad Social; *dumping* social.

Abstract: The study examines the phenomenon of international teleworking. To that end, it seeks three primary goals: to define the aforementioned category and its various manifestations; to make visible the dysfunctions caused by it from the standpoint of

* Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo. franfernandez@uvigo.es

Labor Law and Social Security, and to make proposals, if applicable, de lege ferenda aimed at amending or attenuating those. For the first, concept elaboration, we proceed to a study of the regulations governing teleworking, particularly in the international and European frameworks, in addition to an approach to the new realities raised by the convergence of globalization and new technologies. This enables the identification of a macro category, "international teleworking," as well as two subspecies, transnational teleworking and international mobile teleworking, the latter of which is one of the possible materializations of so-called international digital nomadism. Secondly, in order to highlight the difficulties raised by international teleworking, the conflict rules that settle, in the presence of an element of aliens, the competent forum, and the law applicable to the employment contract and in matters of Social Security, are the subject of analysis. This reveals the subjection, in general, to the Law of the State in which the services are physically provided and, ultimately, the underprotection of international teleworkers, as well as social dumping. Finally, various intervention hypotheses are proposed: thus, in the European framework, via reform of the rules of conflict, under a harmonizing action on telework or also through the articulation of a special rule, which, emulating the provisions on temporary displacements, allows the application to the international teleworker of working conditions provided by the law of the State in which the company receiving the services is located.

Keywords: International telework; transnational telework; mobile telework; digital nomads; the law applicable to the employment contract and Social Security; social dumping.

1. NUEVAS REALIDADES Y PROPÓSITOS DEL ESTUDIO

1.1. El teletrabajo a escala global

El trabajo a distancia y, de manera muy señalada, el teletrabajo, han suscitado gran interés en los últimos años. A ello han contribuido, sin duda, el recurso masivo al mismo en el marco de la pandemia[1] y su posterior regulación, de urgencia en primer término –vía RD-ley 28/2020, de 22 de septiembre– y por ley a continuación –en el marco de la nueva Ley 10/2021, de 9 de julio[2]–. Pero la gran atención prestada a dicho fenómeno por la doctrina científica deriva, así mismo, de factores más estructurales: el teletrabajo conforma, en efecto, una realidad compleja y poliédrica, susceptible de múltiples manifestaciones y generadora, a un tiempo y con igual intensidad, de ventajas e inconvenientes para empresarios y trabajadores. Y ello, en los planos colectivo y también individual. Así, el teletrabajo es más sostenible desde una perspectiva medioambiental, conforma una medida de ahorro energético y brinda oportunidades de empleo a personas con especiales dificultades de inserción laboral (por hallarse en zonas más despobladas o por sus dificultades de movilidad). Ya en el marco de la relación de trabajo implica ahorro de costes y mayor flexibilidad para ambas partes, lo que mejora la competitividad y ofre-

[1] *Ex.* art. 6 RD-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. Una reflexión, en clave de futuro, sobre las consecuencias de la imposición masiva del teletrabajo en el marco de la pandemia en ROMAGNOLI, H. "Hacia la normalización del trabajo a distancia". Revista de Derecho Social. N. 93 (2021), p. 17 y siguientes.

[2] *Vid.* un análisis exhaustivo de tal nuevo marco normativo, en monografías y obras colectivas recientes: SALA FRANCO, T. "El Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, sobre el trabajo a distancia", en AA.VV. SALA FRANCO, T. (Dir.). *El teletrabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 167-205; AA.VV. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., THIBAULT ARANDA, X. (Dirs.). *El trabajo a distancia*. Madrid: La Ley, 2021; GÓMEZ ABELLEIRA, F. J. *La nueva regulación del trabajo a distancia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

ce nuevas oportunidades a los trabajadores –singularmente, en términos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral–.

Pero el teletrabajador es también un trabajador menos visible, más propicio a su caracterización –engañosa– como autónomo –falso– o, incluso, a su expulsión misma del trabajo formal. Así mismo, inclusive en el marco del contrato de trabajo, enfrenta numerosas dificultades. Es, en efecto, un trabajador especialmente expuesto a determinados riesgos profesionales: físicos, habida cuenta las carencias del entorno y herramientas de trabajo –a menudo un hogar y un sencillo equipo informático no adaptados al desarrollo de una actividad profesional– y, de manera muy señalada, psicosociales, dada la situación de aislamiento social inherente a dicha modalidad de trabajo y, de manera muy especial, la recurrente inadecuada ordenación del tiempo de trabajo –al prolongarse jornadas, reducirse, cuantitativa y cualitativamente, descansos y hallarse el trabajador permanentemente conectado[3]–. Circunstancias que, a su vez, avocan, paradójicamente, a fricciones con los derechos de conciliación del teletrabajador y merman, así mismo, sus oportunidades de formación y, correlativamente, de promoción profesional. Todo ello redunda en una singular vulnerabilidad y, a la postre, precariedad de la persona teletrabajadora, en no pocas ocasiones –debe destacarse– una mujer compelida, también por razones sociales y culturales, a la opción del trabajo en línea para compatibilizar trabajo y familia[4].

Tales dificultades perviven –se acentúan incluso– en el caso del teletrabajo con incidencia de algún elemento de extranjería. Quienes prestan teletrabajo con proyección internacional a menudo también desarrollan su prestación en condiciones precarias y son, por tanto, especialmente vulnerables, más aún dada la concurrencia, en su caso, de nuevos y más virulentos riesgos.

La deslocalización empresarial y el consiguiente recurso a trabajadores ubicados en otros Estados conforman fenómenos ya antiguos. La procura de beneficios vía reducción de costes sociales –señaladamente, salariales y de Seguridad Social– ha impulsado el traslado de producciones, de bienes y también de servicios, a Estados en vía de desarrollo. Una estrategia de descentralización productiva o *outsourcing* internacional que, más recientemente, ha hallado un destacado aliado en las tecnologías de la información y la comunicación (TICs), a cuyo amparo cabe la importación "telemática" de servicios al precio del Estado con menores costes sociales. Y ello en virtud de múltiples estrategias, bien fundamentadas en la subcontratación –de autónomos o empresas–, bien en la contratación directa de trabajadores dependientes, a su vez susceptibles de prestar servicios en centros de trabajo –en ocasiones denominados "oficinas satélite" o "centros remotos"– o desde sus hogares u otros lugares libremente escogidos –generando el analizado teletrabajo internacional–. Así un trabajador situado en otro Estado y dotado de herramientas hoy por hoy de muy fácil acceso –un simple equipo informático con conexión a internet o incluso un teléfono– puede prestar servicios, en línea o tiempo real, para empresas, o clientes de estas, situados a miles de kilómetros. Así sucede, por ejemplo, en el caso de los servicios, telefónicos o telemáticos, de atención al cliente, que pueden prestarse en centros de trabajo situados en otros Estados –es el caso de los conocidos como *call-centers*– o desde los domicilios de los trabajadores –en una suerte de centros virtuales de atención telefónica o telemática–[5]. De este modo, al facilitar, para infinidad de actividades y sectores, la fragmentación

[3] Todo ello, más extensamente, en FERNÁNDEZ PROL, F. "El trabajo a distancia en España: Análisis en clave preventiva tras la aprobación de la Ley 10/2021, de 9 de julio". *Ius et Praxis*. N. 3 (2021), p. 179 y siguientes.

[4] Singularmente sobre dicho impacto, FERNÁNDEZ PROL, F. "Relaciones de trabajo ante el proceso de digitalización de la economía: análisis desde una óptica de género". *Revista de Derecho Social*. N. 89 (2020), p. 108.

[5] Una descripción de dichas modalidades de trabajo a distancia efectuadas mediante TICs, integradas en la macrocategoría "eWork", en SANGUINETTI RAYMOND, W. *Teletrabajo y globalización*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2003, p. 10 y siguientes.

de los procesos de generación de productos y servicios y, al tiempo, su gestión integrada a distancia, las nuevas tecnologías contribuyen sensiblemente a la deslocalización de los procesos de producción y, correlativamente, a la internacionalización de las relaciones de trabajo, entre otros cauces, vía teletrabajo internacional.

Al fenómeno ha contribuido también la pandemia del COVID-19. La articulación de medidas de confinamiento y distancia social, en efecto, ha determinado una universalización sin precedentes del teletrabajo. De modo muy abrupto y sorpresivo, en apenas unos pocos días, tal nuevo modo de trabajar ha experimentado una gran transformación: de opción singularizada de selectos trabajadores de sectores muy punteros a alternativa preferente para cualquier actividad susceptible de desempeño telemático. Revolución impuesta por la pandemia que también alcanzó a aquellos trabajadores de algún modo ya vinculados a terceros Estados: por ejemplo, transfronterizos, desplazados temporales o, incluso, migrantes "tradicionales", que, en algunos casos, resultaron avocados, por las limitaciones de movimiento impuestas, a permanecer en su Estado de residencia u origen, y que, en otros, brindada la oportunidad del trabajo *on line*, optaron voluntariamente por un desempeño de la prestación de servicios a distancia –desde su Estado primigenio o aquel otro libremente elegido en atención a múltiples factores (por ejemplo, climatológicos, resultando especialmente atractivos los del sur de Europa). Así, la pandemia, global en su impacto y respuesta sanitaria, contribuyó también a la generación de teletrabajadores con proyección internacional, que prestan servicios desde uno o varios Estados, siendo aquéllos objeto de aprovechamiento por un empleador ubicado en otro.

Dicho fenómeno, además, perdura y adquiere nuevos perfiles tras la crisis sanitaria, al revelar esta, con más nitidez si cabe, su viabilidad práctica, así como sus ventajas para trabajadores y empresarios. Para los primeros ello implica la elección del lugar de trabajo, sin renunciar a vivir en el Estado que deseen, el de su origen u otro que estimen más atractivo. Para los segundos conforma un nuevo cauce para el reclutamiento o retención de trabajadores muy cualificados no dispuestos a fijar su residencia en el Estado en que se hallen las dependencias de su empleador. Desde una óptica pública, el teletrabajo internacional también conlleva la apertura de nuevos mercados de trabajo, más allá de las respectivas fronteras y sin los inconvenientes y costes –en términos económicos y humanos– del desplazamiento. La opción puede incluso conformar una fórmula no sólo para la retención, sino también para la atracción de talento[6], lo que ha determinado la promoción de España como país de destino de teletrabajadores internacionales cualificados –hallándose en proceso de tramitación un proyecto de ley, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, precisamente con dicho propósito[7]–.

Desde otra perspectiva, como es evidente, las dificultades o problemáticas generadas no son menores. Deben referirse, en primer término, los riesgos ya apuntados, comunes a deslocalizaciones más tradicionales, de infraprotección y competencia desleal fruto del aprovechamiento de estándares sociales más bajos o *dumping* social. Estrategia a cuyo amparo surgen los llamados teletrabajadores *off shore*[8], denominación con la que

[6] Destacando, así mismo, la virtualidad de los "trabajos remotos" para "captar el talento (...) y turismo de personas cualificadas", SIERRA BENÍTEZ, E. M. "La protección social en la encrucijada. La expansión del trabajo remoto y la recepción en Europa de los nómadas digitales". e-*Revista Internacional de la Protección Social*. Vol. VI. N. 2 (2021), p. 11.

[7] BOCG de 27 de diciembre de 2021. Según señala la exposición de motivos, en efecto, "España presenta importantes activos para la atracción de profesionales altamente cualificados que desarrollan su actividad, por cuenta propia o ajena, mediante herramientas electrónicas": "buenas condiciones de conectividad" y "otras características más subjetivas como pueden ser la benigna climatología, la forma de vida...".

[8] MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A. "El teletrabajo y el Derecho Internacional Privado: el régimen particular del teletrabajo transnacional", en AA.VV. SALA FRANCO, T. (Dir.). *El teletrabajo...*, *op. cit.*, p. 102; así como, de la misma autora, *El teletrabajo transnacional en la Unión Europea. Competencia internacional y ley aplicable*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, p. 32.

se alude, precisamente, a quienes son empleados por empresas situadas en otros Estados atraídas por sus bajos salarios y cotizaciones. Además, el trabajo a distancia en general, y el trabajo a distancia internacional en particular –también en la modalidad de teletrabajo–, conforman realidades de deslinde e identificación complejos, lo que, a su vez, dificulta la aplicación del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Favorecen, por tanto, el trabajo sumergido e informal y, aún reconocido el carácter laboral de la prestación, conforman un fenómeno huidizo a efectos de proyección de las reglas laborales y sociales –singularmente en materia preventiva y de tiempo de trabajo, en términos salariales o en lo relativo a la inserción de los trabajadores en los correspondientes sistemas de Seguridad Social–, cuyo cumplimiento efectivo, por lo demás, resultará extremadamente difícil de fiscalizar. A ello, coadyuvan, como se verá, las lagunas normativas –tanto en el marco internacional, como en el ámbito europeo e interno–, que, al margen previsiones desde los puntos de vista fiscal y migratorio[9], ni definen ni regulan el fenómeno.

1.2. Delimitación del objeto de estudio y metodología

La conjunción de nuevas tecnologías y globalización alumbran, como se ha adelantado, múltiples modalidades de trabajo telemático o *eWork* internacional: por cuenta ajena y en régimen de autonomía, en centros de trabajo convencionales y fuera de los mismos[10]. De todos ellos, es aquí objeto de análisis, exclusivamente, el trabajo desempeñado, en régimen de dependencia, mediante el recurso preponderante a las TICs, desde el hogar o lugar libremente designado por el trabajador –lo que, internamente y conforme a las concepciones al uso, se denomina "teletrabajo"[11]–, para un empleador (o varios) situado/s en otro Estado –lo que, a su vez, determina el cariz internacional del citado teletrabajo–. Al margen quedan, pues, estrategias de subcontratación determinantes del recurso, en otro/s Estado/s, a teletrabajadores autónomos –*freelancers*–, así como a empresas contratistas, aún cuando los primeros y quienes resulten empleados por las segundas desempeñen toda o gran parte de la prestación contratada a distancia y desde terceros Estados.

La atención se centrará, de manera especial, en dicho elemento geográfico, procurando desvelar y, en la medida de lo posible, solventar, las complejidades inherentes al carácter transnacional o internacional de la prestación. Así, en primer término, aquellas derivadas de las evidentes carencias en materia conceptual: además de lo ya adelantado, se procurará, a la vista de las realidades descritas y de lo preceptuado por la normativa en la materia, señaladamente a nivel supranacional –internacional y europeo–, la articulación de categorías y definiciones. Así mismo, se analizarán, aún de modo somero, las reglas dispuestas –de nuevo en los marcos internacional y de la UE– a efectos de identificación de foros competenciales y leyes aplicables al contrato de trabajo y en materia de Seguridad Social. Proceso en que se pondrán de manifiesto las disfunciones generadas por la aplicación de previsiones generalistas –que no ofrecen respuestas singularizadas al fenómeno en análisis– y se articularán algunas propuestas dirigidas, en esencia, a atenuar las prácticas de *dumping* social, que, muy a menudo, impulsan el recurso al teletrabajo internacional –incluso, por cierto, en el marco europeo, al hallarse la nuclear remuneración al margen del proceso de armonización operado–.

[9] Destacando que la escasa atención prestada al fenómeno analizado se ciñe a dichos ámbitos, GARICANO, A.; DE ARMIÓ RODRÍGUEZ, J. A. "Retos legales del teletrabajo internacional". *Documentación Laboral*. N. 124 (2021), p. 101.

[10] La categoría genérica eWork, como se ha indicado, fue acuñada por SANGUINETTI RAYMOND, W. *Teletrabajo y globalización..., op. cit.*, p. 101.

[11] Optando, pues, precisamente por la proyección internacional del estudio, por una configuración más amplia que la que se desprende de la definición legal (arts. 1 y 2 de la Ley 10/2021).

2. UN REPASO AL MARCO NORMATIVO

2.1. La regulación internacional

Ha de referirse, en el marco internacional, el Convenio 177 y la Recomendación 184, ambos de la OIT (1996)[12] y relativos al denominado "trabajo a domicilio"[13]. Macro-categoría que, pese a su dicción literal, resulta asimilable al interno "trabajo a distancia"[14], pues alcanza a todo aquel trabajo "que una persona (…) realiza en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador, a cambio de una remuneración, con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio, conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello" (art. 1 del Convenio 177). En dicho "trabajo a domicilio" resultan, por consiguiente, subsumibles múltiples especies: distintas modalidades de trabajo a distancia –más tradicional o industrial–, el teletrabajo y también, singularmente, ciertas prestaciones de servicios desarrolladas, a domicilio, en plataformas digitales. Así se desprende de estudios en la materia desarrollados por la OIT[15] y también de las tareas desempeñadas, en relación con el Convenio 177, por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones[16]. Las referencias al "trabajo a domicilio" a continuación realizadas deben, pues, entenderse en el "sentido internacional" del término, como expresión por tanto comprensiva de todo trabajo a distancia[17].

El marco normativo internacional es fruto de las consideraciones siguientes –sentadas, aún de modo sucinto, en el Preámbulo del Convenio 177–: por un lado, la necesidad de aplicación de los Convenios y Recomenda-

[12] El Convenio, de conformidad con su art. 12, entró en vigor el 22 de abril de 2000, transcurridos 12 meses desde la segunda ratificación (por Irlanda). En la actualidad, 13 Estados, entre ellos España, han ratificado dicho Convenio. La ratificación por España es reciente -25 de mayo de 2022–, entrando en vigor para esta el 25 de mayo de 2023 (*vid.* Instrumento de adhesión en BOE de 14 de junio de 2022). Para ello, fue determinante la aprobación de Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, que salvó los obstáculos que hasta entonces impedían dicha ratificación (algunos de ellos referidos en el Informe "Promover el empleo y el trabajo decente en un panorama cambiante", de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, presentado en la 109ª Conferencia Internacional del Trabajo, p. 397: "El Gobierno de España considera que, si bien existe un elevado grado de armonía entre la legislación española y el Convenio núm. 177 y la Recomendación núm. 184, hay algunos elementos que dificultan la ratificación (sobre todo la obligación de formular una política nacional en el ámbito del trabajo a distancia, los requisitos relacionados con la seguridad y salud en el trabajo, y las obligaciones que establece la Recomendación)").

[13] Con anterioridad, en efecto –como también destaca SALA FRANCO, T. "La normativa internacional y comunitaria sobre el teletrabajo", en AA.VV. SALA FRANCO, T. (Dir.). *El teletrabajo.., op. cit.* p. 39 y 40–, en el marco internacional, las referencias al trabajo a distancia fueron tangenciales: en el Convenio núm. 97, de 1940, sobre los trabajadores migrantes; en la Recomendación núm. 165, de 1981, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares; en la Recomendación 99, de 1955, sobre la adaptación y readaptación profesionales de los inválidos; en el Convenio núm. 26, de 1928, sobre los métodos para la fijación de los salarios mínimos; en el Convenio núm. 103, de 1952, sobre protección de la maternidad. Posteriormente, también la Recomendación núm. 204, de 2015 sobre la transición de la economía informal a la economía formal, albergó tenues referencias al trabajo a domicilio.

[14] Por ello, precisamente, algunas autoras consideran que el ámbito de aplicación de dichas normas internacionales quedaría más adecuadamente referenciado con el término trabajo a distancia: GARCÍA PIÑEIRO, N. "El trabajo a distancia en el contexto internacional: OIT y Unión Europea", en AA.VV. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., THIBAULT ARANDA, X. (Dirs.). *El trabajo a distancia…, op. cit.*, p. 75; así como USHAKOVA, T. "El Derecho de la OIT para el trabajo a distancia: ¿una regulación superada o todavía aplicable?". *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo.* Vol. 3. N. 4 (2015), p. 2; "El teletrabajo en el Derecho de la OIT". *Revista de Información Laboral.* N. 9 (2015), p. 72.

[15] Informe OIT. "El trabajo a domicilio: de la invisibilidad al trabajo decente" (2021), resumen ejecutivo, p.1, a cuyo tenor, integran tal trabajo en plataformas digitales, "tareas del sector de servicios realizadas por trabajadores en plataformas de trabajo en régimen de externalización abierta o *crowdworkers* según las especificaciones del empleador o del intermediario".

[16] *Vid.* Informes solicitados y recibidos sobre comentarios de la CEACR en relación con el Convenio sobre el trabajo a domicilio, 1996 (núm. 177) –señaladamente a Argentina (2020)–, en *https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:14001:0::NO::P14001_INSTRUMENT_ID:312322*

[17] En este sentido, SALA FRANCO, T. señala que "en el fondo, el Convenio y la Recomendación se refieren al trabajo a distancia", "La normativa internacional y comunitaria sobre el teletrabajo"*.., op. cit.*, p. 53.

ciones generales también a los trabajadores a domicilio, que, de este modo, se entienden amparados por dicho acervo internacional; por otro lado, la constatación de las peculiaridades de dicha modalidad de prestación de servicios, que, habida cuenta las dificultades aplicativas generadas, requieren respuestas singularizadas. La norma internacional persigue, por ello, a un tiempo, facilitar aquella aplicación y atender las características especiales del trabajo a domicilio, lo que, a su vez, ha de redundar en la "mejora de la situación de los trabajadores a domicilio". A ello se comprometen, pues –mediante la articulación de una "política nacional en materia de trabajo a domicilio"–, aquellos Estados que ratifiquen el Convenio (art. 1).

A tal efecto, el principio de igualdad de trato entre trabajadores a domicilio y otros trabajadores asalariados se erige en eje vertebrador de leyes, convenios colectivos u otras herramientas constitutivas de aquellas políticas internas –tal y como precisa la norma, elaboradas, aplicadas y revisadas en consulta con agentes sociales y organizaciones profesionales y de empleadores de tales trabajadores a domicilio– (arts. 5 y 3). Tal igualdad, en particular y según precisa la norma, ha de proyectarse sobre la edad mínima de acceso al trabajo, en las condiciones de empleo y ocupación, singularmente retributivas –otorgando protección frente a discriminaciones–, respecto de los derechos colectivos de los trabajadores a domicilio –garantizando sus derechos de constitución, afiliación y participación en organizaciones representativas–, así como en materia preventiva, formativa, de Seguridad Social y de protección de la maternidad (art. 4). Dos temáticas, además, son objeto de especial atención: la seguridad y salud de los trabajadores a domicilio y el eventual recurso a "intermediarios". En cuanto a lo primero, el Convenio expresa la obligada aplicación a aquéllos de la normativa preventiva "general", que, por otro lado, debe complementarse mediante la indicación de aquellas actividades o sustancias, por su peligrosidad, prohibidas en el trabajo a domicilio (art. 7). Respecto de lo segundo, la norma internacional contempla la posibilidad de intervención, en dicha modalidad de prestación de servicios, de intermediarios, cuyas responsabilidades, así como las de los empleadores, deben, con todo, identificarse (art. 8). En último término, dos previsiones tienen por objeto garantizar el cumplimiento de la legislación aplicable al trabajo a domicilio: así, en primer término, mediante la articulación de un "sistema de inspección", así como de "medidas apropiadas" –inclusive sanciones– de aplicación a las vulneraciones detectadas (art. 9); en segundo lugar, a través de la identificación y cuantificación del trabajo a domicilio, que ha de integrarse en las "estadísticas del trabajo" (art. 5) –aun cuando, como es obvio, dicha regla puede proyectarse sobre muchas otras materias, por ejemplo, a efectos de elaboración misma y revisión de la correspondiente normativa en la materia–.

Complementan el marco internacional las disposiciones contempladas, con carácter orientativo, por la Recomendación 184 –en las que, por cierto, resultan reconocibles no pocas previsiones de la interna Ley 10/2021[18]–. Entre aquellas deben destacarse, por su detalle, las relativas al control del trabajo a domicilio –apartado III de la Recomendación que regula la obligación de registro del trabajo a domicilio por el empleador[19]–, remuneración –en sentido estricto o salarial, así como con objeto de compensar los gastos inherentes a la prestación de servicios a domicilio, en su caso con

[18] Destacando el paralelismo entre la normativa de la OIT y la regulación interna –entonces, el RD-ley 28/2020, de 22 de septiembre–, *vid.* GARCÍA PIÑEIRO, N. "El trabajo a distancia en el contexto internacional…", *op. cit.*, p. 88.

[19] A modo de recomendación, se señala así que el registro a realizar por el empleador debería desglosarse por sexo, indicando, respecto del trabajo encomendado a cada trabajador a domicilio, "(a) el plazo fijado para su realización; (b) la tasa de remuneración; (c) los costos asumidos, en su caso, por el trabajador a domicilio y el importe de los reembolsos correspondientes; (d) las deducciones efectuadas con arreglo a la legislación nacional; (e) la remuneración bruta devengada, la remuneración neta pagada y la fecha del pago" (apartado III, Recomendaciones 2 y 3).

útiles aportados por el propio trabajador[20]– y seguridad y salud –en las que se expresan las obligaciones de prevención de empleadores y trabajadores[21]–. Y mención especial merecen, así mismo, las disposiciones que, aún con carácter orientativo, amplían el ámbito de aplicación material del Convenio 177, al abordar temáticas no referidas, al menos expresamente, por este: tal es el caso, en particular, de los derechos de información de los trabajadores a domicilio –que debería alcanzar los datos identificativos del empleador, el importe y métodos de cálculo de la remuneración y la prestación de servicios comprometida (apartado II, Recomendación 5)–, del derecho a la negociación colectiva –que, según señala, debería fomentarse (apartado V, Recomendación 12)–, del tiempo de trabajo –respecto del cual se expresa, en términos cuando menos laxos que "el plazo fijado para terminar un trabajo no debería privar al trabajador a domicilio de disfrutar de un tiempo de descanso diario y semanal comparable al que tienen los otros trabajadores" (apartado VIII)–, así como en materia de extinción contractual –abogando, sin más, por otorgar, también respecto de esta, igual protección (apartado X)–. Finalmente, las restantes disposiciones de la Recomendación 184 reiteran y, en ocasiones, precisan las previsiones del Convenio en materia de recopilación de datos estadísticos relativos al trabajo a domicilio[22], edad mínima[23], derecho de sindicación[24], Seguridad Social y protección de la maternidad[25].

Las normas glosadas, del año 1996, no refieren en modo alguno ni el trabajo a domicilio internacional –desempeñado en un Estado para un empleador ubicado en otro–, ni el teletrabajo, ni la modalidad combinada de ambos –el teletrabajo internacional–. Omisiones, con toda lógica, generadoras de las correspondientes críticas[26], a las que procede aquí sumarse. Pese a todo, conforme a la interpretación extensiva de la expresión "trabajo a domicilio" más arriba referida –en que se subsumen, como se recordará, prestaciones de servicios desarrolladas en el domicilio u otros locales que escoja el trabajador con independencia de quien proporcione el equipo– y habida cuenta el ámbito de aplicación expresado en la norma misma –al señalar el art. 2 del Convenio 177 que este "se aplica a toda persona que realiza un trabajo a domicilio"–, el acervo internacional parece extensible a todas aquellas variedades. De hecho, la figura de los "intermediarios", expresamente referida por aquél, parece encajar especialmente bien en una hipotética prestación de servicios a un tiempo a domicilio y de carácter internacional: mientras el empleador se halla en un Estado, el "intermediario" –sobre el que recaería, con toda probabilidad, la ejecución del poder de dirección– y los trabajadores a domicilio están en otro. En el caso del teletrabajo internacional. Con todo, en el caso del teletrabajo internacional, las TICs hacen totalmente innecesario intermediario alguno, al remitirse telemáticamente las instrucciones y verificarse, igualmente en

[20] Apartado VI que, además de reiterar el principio de igualdad de retribución "para un trabajo determinado que se pague a destajo" –en el que "la tasa de remuneración aplicada al trabajador a domicilio debería ser comparable a la que percibe un trabajador ocupado en la empresa del empleador" (Recomendación 15)–, precisa así mismo que "los trabajadores a domicilio deberían percibir una compensación por: (a) los gastos relacionados con su trabajo, como los relativos al consumo de energía y de agua, las comunicaciones y el mantenimiento de máquinas y equipos; (b) el tiempo dedicado al mantenimiento de máquinas y equipos, al cambio de herramientas, a la clasificación, al embalaje y a otras operaciones similares" (Recomendación 16).

[21] Apartado VII, a cuyo tenor, por un lado, "los empleadores deberían tener la obligación de: (a) informar a los trabajadores a domicilio acerca de cualquier riesgo relacionado con su trabajo (…); (b) garantizar que las máquinas, herramientas u otros equipos (…) estén provistos de los dispositivos de seguridad adecuados (…); (c) facilitar gratuitamente a los trabajadores a domicilio el equipo de protección personal necesario" (Recomendación 20). Por su parte, "los trabajadores a domicilio deberían tener la obligación de: (a) respetar las medidas prescritas en materia de seguridad y salud; (b) cuidar razonablemente de su seguridad y salud (…)" (Recomendación 21).

[22] Apartado II, Recomendación 4.

[23] Apartado IV.

[24] Apartado V.

[25] Apartado IX.

[26] Sala Franco, T. "La normativa internacional y comunitaria sobre el teletrabajo" …, *op. cit.*, p. 54.

línea y con sumo detalle, el volumen y calidad de los servicios prestados. El Convenio 177, como ya se ha adelantado, incluso extiende su ámbito de aplicación, según precisa la propia organización internacional, al "trabajo en plataformas digitales", en el que también resulta muy probable la concurrencia de elementos de internacionalización. En cualquier caso, como es obvio, el ámbito de aplicación territorial del Convenio ya circunscribe considerablemente su virtualidad: hoy por hoy, en efecto, sólo 13 Estados han ratificado el Convenio analizado. Entre ellos, muy recientemente –el 25 de mayo de 2022–, España, al favorecer dicha ratificación la reciente intervención legislativa en la materia[27] –por Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, más adelante objeto de análisis[28]–.

Y debe destacarse, así mismo, que resultan excluidos los teletrabajadores autónomos –laguna que, en cambio, no parece susceptible de interpretación correctora–, pese a desempeñarse por cuenta propia gran parte del teletrabajo. Lo que, de nuevo, ha sido remarcado por la doctrina, abogando por la extensión de la protección internacional también a dichos trabajadores por cuenta propia[29].

Complementando su acción normativa, la OIT ha dejado constancia de su preocupación por el trabajo a domicilio, señaladamente por el teletrabajo, en diversos informes y estudios –de carácter divulgativo o, en cambio, práctico[30]–. Con ello, se persiguió la actualización y modernización del acervo internacional –cuya aplicación se extiende a las nuevas modalidades de prestaciones de servicios–, así como desvelar y ponderar la entidad del fenómeno del teletrabajo. Así mismo, en el marco de la pandemia y tras la universalización forzada de dicha modalidad de prestación de servicios, se procedió –a menudo optando por el formato de guías prácticas– a la articulación de respuestas a las múltiples incógnitas planteadas por aquella aplicación masiva y repentina del teletrabajo[31].

2.2. El marco europeo

En la UE, pese a alentar las Instituciones a la ratificación del analizado Convenio 177 de la OIT[32] –lo que puede interpretarse como una muestra del interés en la materia–, la regulación es, si cabe, más parca –o endeble– todavía. Así, esto último, habida cuenta la naturaleza y consiguiente eficacia jurídica del instrumento regulador –el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo (AMET) de 16 de julio de 2002– sólo obligatorio para aquellas asociaciones empresariales y sindicatos integrados en las organizaciones europeas firmantes[33]. El Acuerdo, en efecto, constituye un mero marco general cuya puesta en práctica se encomienda a aquellos agentes sociales internos –en el plazo de los tres años siguientes a la firma– "conforme a los procedimientos y

[27] En el Estado español, con todo, la entrada en vigor del Convenio queda pospuesta al 25 de mayo de 2023.

[28] Destacando como con el RD-ley 28/2020 se diluyen los reparos a la ratificación en su día manifestados por el Gobierno de España, *vid.* GARCÍA PIÑEIRO, N. "El trabajo a distancia en el contexto internacional…", *op. cit.*, p. 88 y siguientes.

[29] USHAKOVA, T. "El Derecho de la OIT para el trabajo a distancia: ¿una regulación superada o todavía aplicable?"…, *op. cit.*, p. 16.

[30] Con un propósito analítico, deben destacarse los informes "Working anytime, anywhere: the effects on the world of work", EUROFOUND / OIT (2017) y "Promover el empleo y el trabajo decente en un panorama cambiante", Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, 109ª Conferencia Internacional del Trabajo (2020), ambos sobre la situación previa a la pandemia. Ya con posterioridad a esta, debe citarse el estudio, ya referido, "Working from home. From invisility to decent work" (2021).

[31] *Vid.* Informe "Working from Home: Estimating the worldwide potential" (2020) –en el que se ponderan los empleos susceptibles de desempeño a distancia (p. 6: uno de cada seis a escala mundial y uno de cada cuatro en el caso de los países más avanzados)–, así como el Informe "El teletrabajo durante la pandemia de COVID-19 y después de ella" (2020)

[32] Recomendación de la Comisión de 27 de mayo de 1998 relativa a la ratificación del Convenio nº 177 de la OIT sobre el trabajo a domicilio de 20 de junio de 1996 (98/370/CE, DOUE de 10 de junio de 1998).

[33] La Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa (UNICE), la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP).

prácticas propios de los interlocutores sociales y de los Estados miembros" (Cláusula 12). Así el recurso a la herramienta dispuesta por el art. 155.2 TFUE (anteriormente, art. 139.2 TCE) avoca a una regulación de eficacia jurídica "realmente débil", al no ostentar eficacia jurídica normativa, sino obligacional[34].

En España, la recepción del AMET se produjo vía Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva de 2003[35], al integrarse en un Anexo al mismo y comprometerse las partes a "promover la adaptación y el desarrollo de su contenido a la realidad española" (Capítulo VII). Así mismo, Acuerdos posteriores –Acuerdos Interconfederales para la negociación colectiva de 2005[36] y 2007[37] y Acuerdos para el Empleo y la Negociación Colectivas 2010-2012[38], 2012-2014[39], 2015-2017[40]– alentaron el recurso al teletrabajo –al estimarse un instrumento adecuado para alcanzar flexibilidad y seguridad[41], modernizar la organización del trabajo[42] y conciliar vida profesional y personal[43]–, incorporando referencias expresas al AMET o a criterios para la implementación de aquél ya expresados por dicho Acuerdo Europeo (entre otros, carácter voluntario y reversible del teletrabajo e igualdad de derechos de los teletrabajadores respecto de los trabajadores presenciales, a continuación objeto de análisis). Posteriormente, sin embargo, el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva para los años 2018, 2019 y 2020[44] no incluyó referencias al teletrabajo.

Desde una óptica material, el Acuerdo alcanza a todos los "teletrabajadores" o "personas que efectúan teletrabajo", al que, a su vez, define como una "forma de organización y/o de realización del trabajo" caracterizada por la concurrencia "regular", "en el marco de un contrato o de una relación de trabajo", de dos elementos: por un lado, el recurso a las "tecnologías de la información" y, por otro lado, la deslocalización, de modo que "un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales"[45]. Tan amplia configuración de los destinatarios de la norma contrasta, sin duda, con las escasas reglas dispuestas, a menudo, además, configuradas muy genéricamente –al no resolverse, en particular, los problemas suscitados por la aplicación, en contextos no presenciales, de derechos básicos (así, colectivos o de seguridad y salud), por consiguiente sólo objeto de proclamación[46]–.

Entre tales reglas básicas, cabría destacar, por su relevancia, las siguientes[47]. Sin perjuicio de las singularidades del teletrabajo –determinantes, en su caso, de acuerdos específicos o complementarios–, rige, en primer término,

[34] Sala Franco, T., "La normativa internacional y comunitaria sobre el teletrabajo" ..., *op. cit.*, p. 58 y 59. Incluso algunos autores han destacado el "carácter meramente recomendatorio" del AMET, Jurado Segovia, A., Thibault Aranda, J. "Algunas consideraciones en torno al Acuerdo Marco Europeo sobre teletrabajo". *Temas Laborales*. N. 72 (2003), p. 43.

[35] BOE de 24 de febrero de 2003. Acuerdo prorrogado para 2004 (BOE de 31 de diciembre de 2003).

[36] BOE de 16 de marzo de 2005. Acuerdo prorrogado para 2006 (BOE de 10 de febrero de 2006).

[37] BOE de 24 de febrero de 2007. Acuerdo prorrogado para 2008 (BOE de 14 de enero de 2008).

[38] Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2010, 2011 y 2012. BOE de 22 de febrero de 2010.

[39] II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014. BOE de 6 de febrero de 2012.

[40] III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017. BOE de 20 de junio de 2015.

[41] Así, en el Acuerdo Interconfederal de 2007 y, con una dicción muy similar, en el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017, recordando ambos el contenido del Acuerdo Europeo (Capítulos V y IV, respectivamente).

[42] De nuevo Acuerdo Interconfederal de 2007, así como Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2010, 2011 y 2012 (Capítulo I).

[43] Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva de 2005 (Capítulo V).

[44] IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva. BOE de 18 de julio de 2018.

[45] Cláusula 2, relativa a la "Definición y ámbito de aplicación".

[46] De nuevo, Sala Franco, T. "La normativa internacional y comunitaria sobre el teletrabajo" ..., *op. cit.*, p. 59; así como Sierra Benítez, E. M. *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*. Sevilla: CES Andalucía, 2011, p. 144.

[47] Para un análisis más detallado, puede consultarse: Mella Méndez, L. "Comentario general al Acuerdo Marco sobre Teletrabajo". *Relaciones Laborales*. N. 1 (2003), p. 177 y siguientes; Jurado Segovia, A., Thibault Aranda, J. "Algunas consideraciones en torno al Acuerdo Marco Europeo sobre teletrabajo"..., *op. cit.*, p. 50 y siguientes.

el principio de igualdad en las condiciones de empleo: así, "los teletrabajadores se benefician de los mismos derechos, garantizados por la legislación y los convenios colectivos aplicables, que los trabajadores comparables que trabajan en los locales de la empresa" (Cláusula 4). Igualdad que se extiende, así mismo, al ámbito de la Seguridad y Salud, recordando el Acuerdo la responsabilidad del empresario en orden a su protección, así como la aplicación, también a los teletrabajadores, de la correspondiente normativa, europea e interna, en la materia. Incluso los interlocutores sociales europeos refieren, a efectos de verificación del cumplimiento de la normativa preventiva, un derecho de acceso, al lugar de trabajo, de los representantes de los trabajadores, así como de las autoridades competentes –o de ambos–, en los términos ("dentro de los límites"), con todo, fijados por las normas internas y previo consentimiento del trabajador en el caso de entrada a su domicilio (Cláusula 8) –anticipando ya la norma europea las dificultades inherentes a dicho acceso, posteriormente también visibles en la norma interna[48]–.

Bajo el epígrafe "Organización del Trabajo" (Cláusula 9), el Acuerdo alberga dos previsiones de nuevo de índole preventiva: así, en relación con el tiempo de trabajo, los agentes sociales europeos señalaron, en una dicción peligrosamente expansiva, que "el teletrabajador gestionará la organización de su tiempo de trabajo", afirmación que sólo mitiga la advertencia de que "carga de trabajo" y "criterios de resultados" del teletrabajador han de ser equivalentes a los aplicados a los trabajadores presenciales; y también con vocación preventiva, dispone el Acuerdo la articulación de medidas empresariales para evitar el aislamiento del teletrabajador, por ejemplo, dándole ocasión de reencontrarse regularmente con sus compañeros. A modo de proyección singular del central principio de igualdad de trato, el AMET recuerda que "los teletrabajadores tienen los mismos derechos colectivos que el resto de trabajadores de la empresa" (Cláusula 11), así como "el mismo acceso a la formación y a las oportunidades de desarrollo de la carrera profesional" (Cláusula 10).

El teletrabajo, por otro lado, se configura expresamente como una alternativa de carácter voluntario, tanto para el trabajador como para el empresario, lo que posibilita rechazos a las ofertas de teletrabajo –sin consecuencias disciplinarias o represivas en el caso del trabajador– e implica, de accederse a este, su carácter reversible –siempre y cuando el teletrabajo no forme parte de la descripción inicial del puesto– (Cláusula 3).

Completan el Acuerdo un elenco de previsiones que atienden, de modo más directo, a algunas de las singularidades del teletrabajo: así, en materia de protección de datos, vida privada del trabajador y equipamientos. Respecto de lo primero, el AMET señala que corresponde el empresario la articulación de medidas dirigidas garantizar la protección de los datos utilizados y procesados por el teletrabajador, a su vez compelido a su cumplimiento (Cláusula 5). Así mismo, en este caso de manera muy sucinta, el Acuerdo europeo sólo refiere que "el empresario respeta la vida privada del teletrabajador", abogando por la proporcionalidad de los sistemas de videovigilancia en su caso instalados (Cláusula 6). Finalmente, en lo relativo a equipos de trabajo, se establece –si bien a modo de "regla general" por tanto susceptible de excepción– que corresponde al empresario "facilitar, instalar y mantener los equipamientos necesarios para el teletrabajo regular" (Cláusula 7).

El análisis de la intervención europea en materia de teletrabajo deja a la vista sus carencias. El AMET es una herramienta de escasa utilidad, por su contenido y su naturaleza misma. Y al descubierto queda también la nula preocupación europea por el fenómeno del teletrabajo internacional[49]. En efecto, si

[48] Destacando dichas dificultades, FERNÁNDEZ PROL, F. "El trabajo a distancia en España: Análisis en clave preventiva…", *op. cit.*, p. 193 y siguientes.

[49] Destacando esta carencia, MELLA MÉNDEZ, L. "Comentario general al Acuerdo Marco sobre Teletrabajo"…, *op. cit.*, p. 208.

bien una intervención a nivel supranacional podría resultar de suma utilidad para otorgar niveles comparables de protección a todos los teletrabajadores –con independencia del Estado (de la UE) de prestación de servicios– y atenuar el *dumping* social, hoy por hoy, dos décadas después de la suscripción del AMET, una eventual armonización en la materia parece aún lejana. Y no parecen explorarse siquiera otras vías: así, por ejemplo, de aplicación al teletrabajador internacional de un *quantum* mínimo de condiciones de trabajo, más favorables, vigentes en el Estado receptor de sus servicios[50].

3. Referencia al Derecho interno

En el ordenamiento jurídico interno, la primera referencia expresa al teletrabajo fue la albergada, si bien sólo en su Exposición de Motivos, por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Entonces, pese a perseguir el legislador "dar cabida, con garantías, al teletrabajo", se optó por una mera "ordenación del tradicional trabajo a domicilio", omitiendo el art. 13 ET resultante de aquélla mención alguna al teletrabajo. Así, ni su definición –a modo de "trabajo a distancia basado en el uso intensivo de las nuevas tecnologías"[51]– transitó al articulado, ni este albergó regulación alguna de las múltiples problemáticas derivadas, en particular, del recurso a las TICs.

Más recientemente, el teletrabajo ha sido objeto de especial atención por el legislador interno, avocado, tras la pandemia, a una regulación urgente en el ámbito, más general, del trabajo a distancia. Fruto de ello, fue, en primer término, el RD-ley 28/2020, de 22 de septiembre, y, tras la correspondiente tramitación parlamentaria, la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia. Conforme a esta, el trabajo a distancia –prestado "en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular"– conforma la categoría general y el teletrabajo –"trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación"– constituye la subespecie singular. Así mismo, a *contrario sensu*, se estima trabajo presencial aquel "que se presta en el centro de trabajo o en el lugar determinado por la empresa"[52].

Ninguna mención incluye, pues, la nueva norma a los teletrabajadores internacionales[53], que, no obstante, de sujetarse su contrato de trabajo al Derecho interno –en los términos a continuación analizados–, han de entenderse subsumidos en su ámbito de aplicación. Esto es, de regirse la relación de trabajo por el Derecho español y toda vez que "se desarrolle a distancia con carácter regular" –esto es, un mínimo del treinta por ciento de la jornada de trabajo en un periodo de referencia de tres meses, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo (art. 1)– procederá la aplicación de la Ley 10/2021, inclusive, en ocasiones, cuando el empleador o empresa contratante tengan su domicilio o sede en otro Estado. Lo que, implica, por cierto, el amparo de una normativa, aun con matices, comparativamente muy protectora. Pues, si bien no procede en el marco de este estudio glosar su contenido, forzoso resulta reconocer –más aún a la vista de lo dispuesto en los marcos internacional y europeo ya analizados– su precisión, particularmente en materias especialmente sensibles –así, en materia preventiva y, de manera señalada, en lo relativo al derecho a la desconexión digital,

[50] En los términos propuestos en el apartado V de este estudio.

[51] La citada Exposición de Motivos señalaba, así mismo, que tal era "una particular forma de organización del trabajo que encaja perfectamente en el modelo productivo y económico que se persigue, al favorecer la flexibilidad de las empresas en la organización del trabajo, incrementar las oportunidades de empleo y optimizar la relación entre tiempo de trabajo y vida personal y familiar".

[52] Todas las definiciones en el art. 2 de la Ley 10/2021.

[53] Laguna que también destacan otros autores: SIERRA BENÍTEZ, E. M., "La protección social en la encrucijada...", op. cit., p. 11.

entre muchos otros aspectos–. Por el contrario, quien fuese contratado por una empresa con sede en España, pero prestase servicios en el territorio de otro Estado, podría, salvo pacto entre las partes o conexión especialmente estrecha con nuestro ordenamiento, sujetarse a otro Derecho, señaladamente, como se verá, a la *lex loci laboris*, lo que implicaría situar al trabajador extramuros del Derecho laboral interno, señaladamente de la Ley 10/2021.

En el marco interno, finalmente, debe referirse el Proyecto de Ley de fomento del ecosistema de las empresas emergentes (también conocido como proyecto de ley de Startups), que persigue, entre otros objetivos, favorecer "el establecimiento en España (…) de los trabajadores a distancia de todo tipo de sectores y empresas, conocidos como 'nómadas digitales'"[54]. Para tal "atracción de talento" –siguiendo la terminología del proyecto– se disponen medidas de carácter fiscal –facilitando, en particular, su tributación por el Impuesto de la Renta de no residentes– y migratorias –con objeto, en este caso, de favorecer "la entrada y residencia en España de profesionales extranjeros altamente cualificados"–. Debe destacarse, pues, el alcance limitado de la norma –respecto de dicho colectivo, en esencia, circunscrito a los dos ámbitos indicados–, así como su concepción, también muy restrictiva, de lo que denomina "teletrabajador internacional" o "nómada digital". Conforme a la ley proyectada, en efecto, tal es, exclusivamente, "el nacional de un tercer Estado, autorizado a permanecer en España para ejercer una actividad laboral o profesional a distancia para empresas radicadas fuera del territorio nacional, mediante el uso exclusivo de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación"[55]. El legislador, por consiguiente, en línea con el propósito fijado –la promoción del emprendimiento de base tecnológica[56]–, atiende a una estrechísima parcela de la vasta realidad del teletrabajo internacional. Desde una óptica material, además, su contribución, en lo social, se limita fundamentalmente a la articulación de nuevas categorías de visado y de autorización de residencia (además de incluir algunas previsiones relativas a la remuneración mediante las siempre polémicas *stock options*, si bien, de nuevo, esencialmente centradas en su régimen fiscal)[57].

3. LA FIJACIÓN DE CONCEPTOS ÚTILES

3.1. Teletrabajo transnacional y teletrabajo internacional móvil

La articulación de conceptos es especialmente trascendente: la invisibilidad característica del trabajo a distancia –más aún en el caso de prestación de servicios desde otro Estado (o desde varios)– constituye, en efecto, el primer obstáculo a salvar. Pues la aplicación de normas laborales exige, a modo de premisa, la identificación misma de trabajadores asalariados en régimen de dependencia –resultando excluidos, en cambio, quienes carezcan de tales atributos[58]–. En otro Estado, lejos de un centro de trabajo al uso –en los domicilios u otros lugares libremente designados (en su caso, itinerantes) por los trabajadores–, las notas características de la laboralidad se

[54] Extracto de la exposición de motivos.

[55] *Vid.* Disposición final quinta del Proyecto, por el que se modifica la Ley 14/2023, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y a su internacionalización, cuyo art. 75 pasaría a albergar dicha definición.

[56] Al igual, por cierto, que un nutrido grupo de Estados de nuestro entorno, que también han optado por la articulación de medidas similares –esencialmente, visas para nómadas digitales–. Sobre ello, puede consultarse SIERRA BENÍTEZ, E. M. "La protección social en la encrucijada. La expansión del trabajo remoto…", *op. cit.*, p. 14 y siguientes, así como *https://www.etiasvisa.com/es/noticias/nomadas-digitales-ue*.

[57] Sobre ello puede consultarse, MOLINA NAVARRETE, C. "Industria 5.0, ecosistemas de empresas y calidad de entorno laboral: de la "ley de riders" a la nueva "ley de nómadas digitales". *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF.* N. 466 (2022), p. 12 y siguientes.

[58] Así, el propio Convenio 177 señala expresamente que no es "trabajador a domicilio" aquella persona que "tenga el grado de autonomía y de independencia económica necesario para ser considerada como trabajador independiente en virtud de la legislación nacional o de decisiones judiciales" (art. 1).

matizan e incluso difuminan. En los supuestos de teletrabajo internacional, por tanto, la ocultación de genuinos trabajadores por cuenta ajena bajo diversas ficciones jurídicas –a menudo como falsos autónomos–, así como su derivación al trabajo informal, resultan especialmente fáciles.

Pese a ello, si bien la norma interna –al igual que el Acuerdo europeo en la materia– define el teletrabajo –cuyos componentes esenciales (desarrollo a distancia y recurso a las TICs) han sido identificados por el legislador–, el teletrabajo internacional, en cambio, no ha sido objeto de igual atención. Lo que ha determinado una configuración doctrinal, por así decirlo "por extensión", del teletrabajo internacional: así, este último se ha identificado con aquel teletrabajo en que concurre un elemento de extranjería[59] o internacionalización, cual es la separación entre el Estado desde el que la persona teletrabajadora presta el servicio y aquel en que se ubican las dependencias del empleador y en el que se reciben, por consiguiente, los servicios prestados.

A su vez, se han distinguido, en el marco de dicho concepto general, varias subcategorías. Por un lado, atendiendo al sujeto impulsor de tal modalidad de prestación de servicios, el teletrabajo internacional fruto de la voluntad del empresario –habida cuenta su interés en desarrollar una actividad económica en un Estado en el que carece de dependencias físicas– y el teletrabajo internacional, en cambio, derivado, en exclusiva, de la decisión de la persona trabajadora de prestar servicios telemáticamente desde un país en el que su empleadora carece de presencia –teletrabajo internacional a instancia del trabajador, en ocasiones calificado como teletrabajo internacional en sentido estricto[60]–.

Desde otra perspectiva, atendiendo al número de Estados involucrados –criterio, como se verá, determinante a efectos identificación del foro competente y de la ley aplicable–, es pertinente la distinción entre las siguientes subcategorías de teletrabajo internacional: el teletrabajo transnacional –en el que se hallan implicados dos Estados exclusivamente, el de prestación de servicios por el teletrabajador y el de recepción de aquellos por la empleadora–, y el teletrabajo internacional móvil –en cambio caracterizado por el desarrollo itinerante, en diversos Estados, de la prestación de servicios–. Teletrabajo internacional móvil que acostumbra identificarse, como se verá, con el nomadismo digital –en este caso, internacional–, aunque tal nomadismo, como se precisa a continuación, es susceptible de otras materializaciones. En el sentido indicado, se emplean, en el presente estudio, las expresiones teletrabajo internacional –por tanto, macrocategoría–, teletrabajo transnacional y teletrabajo internacional móvil –por su parte, subcatogorías o subespecies de aquélla–.

3.2. Referencia al nomadismo digital internacional

Nómadas digitales internacionales son, desde nuestra perspectiva, todos aquellos que, al amparo de las TICs, prestan servicios, por cuenta ajena o por cuenta propia, desde diversos Estados a los que se desplazan sucesivamente, por voluntad propia o en respuesta a los requerimientos del empleador o cliente. Es, pues, un fenómeno que se identifica parcialmente con el teletrabajo internacional móvil –de ahí que, en este trabajo, se aluda indistintamente a teletrabajadores internacionales móviles o a nómadas digitales internacionales–, pero que alcanza también otras realidades, señaladamente protagonizada por trabajadores autónomos o profesionales *freelancers* que ofrecen, prestan y entregan servicios en la

[59] Martín-Pozuelo López, Á., "El teletrabajo y el Derecho Internacional Privado: el régimen particular del teletrabajo transnacional", en AA.VV. Sala Franco, T. (Dir.). *El teletrabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 101.

[60] Garicano, A.; De Armió Rodríguez, J. A. "Retos legales del teletrabajo internacional" ..., *op. cit.*, p. 102, que señalan, además, que, en el caso del teletrabajo internacional a instancia del empleador "la aplicación de la normativa actual sobre derecho aplicable, jurisdicción competente, seguridad social y obtención de permisos de trabajo no presenta incoherencias, ni lagunas normativas de una magnitud tan relevante".

red –lo que diluye el elemento físico del lugar de trabajo y propicia el nomadismo–. Un fenómeno, conviene remarcarlo, en torno al que han surgido, otra vez, plataformas digitales que intermedian entre el público receptor del servicio y el técnico prestador del mismo, alterando tal vez –convendría estar atentos– la naturaleza del vínculo jurídico entre ambos. En cualquier caso, es irrelevante, a nuestro entender y pese a la definición recogida en el proyecto de ley de Startups más arriba comentado, la nacionalidad del trabajador.

4. LAS DIFICULTADES APLICATIVAS

La concurrencia de elementos de extranjería o vinculación de la prestación de servicios a varios Estados requiere –a efectos de determinación de las leyes laborales y de Seguridad Social aplicables, así como en orden a la identificación del foro competente– del recurso a las correspondientes normas de conflicto, bien europeas –de circunscribirse el teletrabajo al ámbito comunitario–, bien internacionales –en el caso del teletrabajo extracomunitario–. Una tarea, ya de por sí compleja, que precisa, como se verá, de la previa superación de un primer obstáculo: la inserción misma del teletrabajo internacional en el ámbito de aplicación de dichas normas, en su literalidad carentes de toda referencia a una realidad aún novedosa. Procederá, finalmente, la adaptación de aquéllas a las dos modalidades más arriba señaladas, particularmente al teletrabajo internacional móvil, desempeñado en dos o más Estados, o nomadismo digital.

4.1. Foro competente y ley aplicable en el marco europeo

La movilidad –de personas, servicios y capitales– conforma, desde sus inicios mismos, un atributo del proyecto europeo, vinculado a su objetivo primigenio por excelencia –la conformación de un mercado único o interior[61]–. Para ello, se dotó precozmente de herramientas jurídicas muy eficaces: en el Derecho originario –encumbrando las libertades de circulación, de prestación de servicios y de establecimiento al rango de libertades fundamentales (arts. 21, 45, 49 y 56 TFUE, así como art. 15.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE) y, como producto de este, en el Derecho derivado –así, mediante la aprobación, en el ámbito del Derecho Social, de los Reglamentos en materia de libre circulación de trabajadores[62] y coordinación de Sistemas de Seguridad Social[63]–. No obstante, las TICs enfrentan a las instituciones europeas a una nueva suerte de movilidad, ya no de los trabajadores, sino de sus prestaciones laborales –o, incluso, de ambos–, al propiciar la disociación del trabajador del fruto de su trabajo, ahora susceptible de entrega y aprovechamiento al instante, sin límite geográfico alguno. Ello obliga a idear soluciones al margen del Derecho Social "de la movilidad" al uso, sustentadas, en cambio, en las tradicionales normas de conflicto identificativas de competencia judicial y ley aplicable.

4.1.1. La competencia judicial

Una adecuada protección del status jurídico-laboral del teletrabajador internacional requiere de una precisa identificación de los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de sus demandas. Proceso de designación de los foros competentes que, además, debe procurar facilitar el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, optando, pues, por conferir competencias a los órganos geográficamente más próximos y antes los que el teletrabajador pueda desenvolverse procesalmen-

[61] Aún referido por el art. 3 TUE.

[62] Reglamento (UE) 492/2011, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión.

[63] Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y Reglamento (CE) 987/2009, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004.

te en condiciones óptimas. Tareas, en el marco europeo, fundamentalmente encomendadas al Reglamento (UE) 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, más conocido como Reglamento Bruselas I bis, como se recordará de aplicación cuando el demandado, con independencia de su nacionalidad, se halle domiciliado en un Estado miembro (art. 4 y Considerado 13)[64].

Así, conforme al citado Reglamento, en materia de contrato individual de trabajo, es competente, en primer término, aquel órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que hubiere comparecido el demandado –supuesto de sumisión tácita, *ex* art. 26 del Reglamento[65]–. Así mismo, conformando un supuesto de sumisión expresa, las reglas dispuestas por el Reglamento Bruselas I bis –expuestas a continuación– también pueden quedar relegadas de concurrir acuerdo de las partes "posterior al nacimiento del litigio, o que permita al trabajador formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados" en la propia norma europea (art. 23). Finalmente, en defecto de los citados acuerdos, tácitos o expresos, atributivos de competencia, esta quedará atribuida como sigue. Los trabajadores –también, pues, en régimen de teletrabajo– podrán demandar a los empresarios bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado en el que estos estén domiciliados[66] –tal es el fuero general del domicilio del demandado también señalado por el art. 4 del Reglamento–, bien –alternativamente por tanto– ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro –posibilidad, como se verá, en cambio, vetada al empresario demandante–. Tal otro Estado miembro, a su vez, puede ser el del lugar en el que, o desde el cual, el trabajador desempeñe o haya desempeñado habitualmente su trabajo, o, subsidiariamente, si el trabajador no desempeña o no ha desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado, el del lugar en que esté o haya estado situado el establecimiento a través del cual se haya procedido a su contratación[67]. Esquema que pone de manifiesto la voluntad del legislador europeo de favorecer la interposición de demanda por el trabajador: así, señalando la competencia de varios foros, entre los que destaca el del lugar de trabajo –presumiblemente más próximo al trabajador, lo que reduce eventuales costes vinculados al proceso y favorece el conocimiento de su funcionamiento–, pero también mediante una configuración amplia del domicilio del empleador –al disponer el art. 20.2 del Reglamento (UE) 1215/2012 que, aún cuando este no tenga su domicilio en un Estado miembro, pero posea una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará, para todos los litigios derivados de la explotación de la sucursal, agencia o establecimiento, que el empresario tiene su domicilio en dicho Estado miembro–[68].

Tales reglas, con todo, pueden implicar dificultades para los teletrabajadores internacionales, señaladamente en el caso de aquellos cuyo lugar habitual de prestación de servicios no resulte reconocible –teletrabajadores internacionales móviles o nómadas digitales-: pues, cuando el empleador no se halle domiciliado en otro Estado más próximo –por ejemplo, alguno de aquellos en los que preste servicios o esté domiciliado el teletrabajador–, el reconocimiento de competencia al órgano jurisdiccional del establecimiento de contratación puede,

[64] Dicho domicilio, a su vez, habrá de determinarse conforme a las correspondientes legislaciones internas (art. 62 del Reglamento Bruselas I bis), en España, el art. 40 CC.

[65] Que, con todo, introduce el siguiente matiz (art. 26.2 del Reglamento Bruselas I bis): "si el demandado es (...) el trabajador, el órgano jurisdiccional se asegurará, antes de asumir la competencia (...), de que se ha informado al demandado de su derecho a impugnar la competencia del órgano jurisdiccional y de las consecuencias de comparecer o no".

[66] Art. 21.1.a) del Reglamento (UE) 1215/2012.

[67] Art. 21.1.a) del Reglamento (UE) 1215/2012.

[68] Para un análisis más detallado de las reglas citadas, *vid.* TODOLÍ SIGNES, A. "Las fuentes reguladoras de la determinación de la jurisdicción competente", en AA.VV. SALA FRANCO, T., LÓPEZ TERRADA, E. (Dirs.). *Las relaciones laborales internacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022., p. 145 y siguientes.

por su probable lejanía, dificultar el acceso a los tribunales –o incluso disuadir al teletrabajador de demandar–.

En el caso de que el demandado sea el trabajador –o teletrabajador–, el Reglamento, en cambio, opta por una configuración más restrictiva del foro competente: el empresario, en efecto, solo podrá demandar a los trabajadores ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que estos últimos tengan su domicilio[69].

4.1.2. La Ley aplicable al contrato de trabajo

A modo de regla general, a falta de elección por las partes o vinculación más estrecha con otro ordenamiento, el desarrollo de una prestación de servicios en un Estado conlleva la sujeción a las normas de este –por supuesto, a su legislación interna, al acervo europeo en el caso de los Estados de la UE y, a las normas internacionales previamente objeto de recepción conforme a lo señalado por los instrumentos correspondientes–. Ello es así, con los matices a continuación referidos, en aplicación de las correspondientes normas de conflicto: en el marco europeo, el Reglamento CE/593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales –también conocido como Reglamento Roma I–, cuya regulación conviene, aún a grandes rasgos, recordar.

Debe así destacarse, a modo de premisa, su aplicación al contrato individual de trabajo (arts. 1 y 8), estimado concurrente, conforme a una jurisprudencia expansiva del TJUE, de apreciarse en la correspondiente prestación de servicios cuatro características básicas: su desempeño personal, su desarrollo en régimen de dependencia –lo que se estima compatible con cierto grado de autonomía del trabajador–, el pacto de una remuneración, así como cierta entidad en términos temporales, o "carácter duradero", excluyente de prestaciones sólo marginales[70].

Las reglas para la identificación de la Ley aplicable, a su vez, son las siguientes. Ha de estarse, en primer término, a la "ley que elijan las partes" –de este modo, de aplicación preferente o prioritaria–, siempre que, con todo, tal elección no implique privar al trabajador de la protección que le hubiesen deparado aquellas previsiones imperativas aplicables, conforme al propio Reglamento, en defecto de elección (art. 8.1)[71]. Precisión que persigue proteger al trabajador y que, en la práctica, exige el contraste, por el correspondiente órgano jurisdiccional y para la condición de que se trate, de ley elegida y ley aplicable a falta de pacto, en orden a la identificación de aquélla que resulte más favorable. En segundo lugar, a falta de pacto, el contrato se regirá por "la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador realice su trabajo habitualmente". Regla, a su vez, objeto de matiz particularmente relevante en el caso de trabajadores móviles: según el Reglamento, en efecto, "no se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país" (art. 8.2). En última instancia, cuando no pueda determinarse la ley aplicable conforme a la regla precedente –al no identificarse el lugar en el cual, o desde cual se prestan habitualmente los servicios–, "el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado

[69] Art. 22.1 del Reglamento (UE) 1215/2012. Ello, con todo, sin perjuicio del derecho a formular reconvención ante el órgano jurisdiccional que conozca de la demanda inicial de conformidad con el propio Reglamento (art. 22.2).

[70] En dicho sentido, *vid.* MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A. "El teletrabajo y el Derecho Internacional Privado…", *op. cit.*, p. 105; SALA FRANCO, T. "Las fuentes reguladoras de la determinación de la ley aplicable en materia laboral individual", en AA.VV. SALA FRANCO, T., LÓPEZ TERRADA, E. (Dirs.). *Las relaciones laborales internacionales…*, *op. cit.*, p. 174 y 175.

[71] Tal elección, por otro lado, debe efectuarse en los términos señalados por el art. 3 del Reglamento Roma I –al que se remite el citado art. 8–, que señala: "Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato".

el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador (art. 8.3). En cualquier caso, con todo, conforme a la denominada "cláusula de escape", si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un Estado distinto del identificado conforme a las previsiones anteriores, habrá de estarse a la ley de ese otro Estado (art. 8.4). De modo que tales conexiones estrechas pueden, en última instancia, determinar la inaplicación de cualquiera de los criterios anteriores –elección de las partes, lugar de trabajo y Estado del establecimiento de contratación–. Además, completan la regulación dos reglas más, contempladas por los arts. 9 –apartados 2 y 3– y 21 del Reglamento: así, por un lado, resultarán de aplicación las "leyes de policía de la ley del foro" y las "del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse (…) en la medida que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal"; y, por otro lado, no son aplicables aquellas disposiciones, aún designadas conforme a lo previsto por el Reglamento, "manifiestamente incompatibles con el orden público del foro"[72].

Por su relevancia misma y por su singular proyección al teletrabajo internacional –dada la distancia existente entre trabajador y empresa y, además, en el caso del nomadismo digital, la movilidad de aquel–, sin duda, la *lex loci laboris* merece, en este estudio, especial atención. En el caso del teletrabajo internacional, en efecto, resulta así mismo aplicable –cuando así proceda (en defecto de pacto y salvo conexiones más estrechas con otro Estado)– "la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador realice su trabajo habitualmente". Lo que determina, en una interpretación literal de la regla, la aplicación de la ley del lugar en el que el teletrabajador presta, físicamente, sus servicios, a menudo, por tanto, la ley del lugar en que tiene fijado su domicilio. Una consecuencia, según ha destacado la doctrina, no exenta de riesgos, particularmente de infraprotección del trabajador y, a la postre, de *dumping* social[73]. Pues, como es evidente, tal criterio de la *lex loci laboris* es susceptible de instrumentalización para la obtención de ventajas competitivas fruto del recurso a trabajadores ubicados en Estados con estándares sociales más bajos[74].

Ello precisamente ha llevado, singularmente en el caso del teletrabajo interactivo o desarrollado en línea –conectado el trabajador a un servidor del empleador que ejerce, en tiempo real, su poder de dirección–, a la articulación de interpretaciones determinantes de una vinculación al Estado en que se halle la empresa receptora de los servicios. La conexión telemática implicaría, según estas construcciones, una suerte de "presencia virtual" del trabajador en este último Estado, que, para preservar la leal competencia y otorgar igual tratamiento a todos los trabajadores de la empresa –teletrabajadores que prestan servicios dentro y extramuros de las fronteras de aquél y trabajadores presenciales–, habría de prevalecer sobre el elemento físico. Una concepción estimada "artificiosa" por otros autores, que, por consiguiente, abogan por la consideración, de nuevo en el caso del teletrabajo interactivo, de dos ubicaciones simultáneas –el lugar de prestación física de los servicios y el de recepción telemática de los mismos–, decantándose, a posteriori, por la elección de aquélla en que se aprecie habitualidad conforme a la jurisprudencia europea en la materia[75]. Jurisprudencia, esencialmente vertida en el marco de litigios fruto de la prestación de servicios en varios Estados, que, previo análisis de los he-

[72] Para una interpretación de las referidas leyes de policía y orden público del foro, *vid.* SALA FRANCO, T. "Las fuentes reguladoras de la determinación de la ley aplicable…", *op. cit.*, p. 181 y 182.

[73] MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A. "El teletrabajo y el Derecho Internacional Privado…", *op. cit.*, p. 109.

[74] SANGUINETI RAYMOND, W. *Teletrabajo y globalización…*, *op. cit.*, p. 25.

[75] De nuevo, con una descripción pormenorizada de tales interpretaciones adaptativas, *vid.*, SANGUINETI RAYMOND, W. *Teletrabajo y globalización…*, *op. cit.*, p.73 y siguientes, así como MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A. *El teletrabajo transnacional en la Unión Europea. Competencia internacional y ley aplicable*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, p. 61 y siguientes.

chos concurrentes, vincula el contrato a la ley del lugar en que se aprecie el establecimiento del "centro efectivo de las actividades profesionales del trabajador"[76] o, de no identificarse este, a la ley del lugar en que se presten los servicios estimados más relevantes –criterio cualitativo– o, incluso, a la ley del lugar en que se presten servicios durante más tiempo –criterio temporal–[77]. Una tesis, con todo, que, de aplicarse al teletrabajo, conduciría, de nuevo, con toda probabilidad, a la aplicación de la ley del Estado del domicilio del teletrabajador, pues en este acostumbra disponer de los equipos informáticos y, consecuentemente, trabajar –acogiendo, pues, aquel *centro efectivo de las actividades profesionales del teletrabajador*, en que este, además, desempeña, de *manera preponderante*, los *servicios nucleares* de la prestación pactada (criterios temporal y cualitativo, respectivamente)–. Y ello pese a propiciar el reciente desarrollo de las nuevas tecnologías una profunda transformación de las herramientas y modos de trabajo de los teletrabajadores. Pues, reducidas aquéllas, físicamente, a su mínima expresión –un simple ordenador portátil o, incluso, un Smartphone– los servicios pueden prestarse desde múltiples ubicaciones. Lo que, a los efectos aquí analizados –la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo– resulta irrelevante, siempre y cuando, con todo, no se traspasen las fronteras de un mismo Estado.

En caso contrario, sin embargo, la prestación de servicios desde dos o más Estados puede dificultar –o, incluso, imposibilitar– el señalamiento de un único –y habitual– lugar de trabajo y, por tanto, la correspondiente identificación, conforme al criterio de la *lex loci laboris*, del Derecho aplicable al contrato de trabajo. No es este el caso, como ya se ha adelantado, del trabajador que, con carácter temporal, realiza su trabajo en otro país, al considerar expresamente la norma –art. 8.2, último inciso– que ello no implica que cambia el lugar de realización habitual de aquél. Pero sí es la circunstancia, en que se hallan los nómadas digitales, que obliga a recurrir, *ex* art. 8.3 del Reglamento Roma I, a la "ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador". De modo que, en el caso de los teletrabajadores internacionales móviles, en defecto de lugar habitual de trabajo, resultará de aplicación la ley del Estado en que se halle el establecimiento de contratación, a su vez identificado por la jurisprudencia europea con aquel lugar en que se desarrollaron los procesos o trámites conducentes a la suscripción del contrato de trabajo –así, "el establecimiento que publicó el anuncio de contratación y que realizó la entrevista"[78]–. Una solución, de nuevo, no exenta de riesgos desde la perspectiva del *dumping* social, toda vez que establecimiento de contratación y sede de la empresa podrían no hallarse en un mismo Estado[79] –aún cuando, en dicho supuesto, tal regla podría quedar desvirtuada, conforme a la denominada cláusula de escape, de implicar la aplicación de la ley de un país con el que la prestación de servicios no guarde conexiones suficientes–.

Y es que, efectivamente, tal cláusula puede determinar, también en el caso del teletrabajo

[76] *Vid.* STJCE de 9 de enero de 1997, C-383/95, Asunto Rutten, a cuyo tenor, interpretando el art. 5.1 del Convenio de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Convenio de Bruselas), "en el supuesto de un contrato de trabajo en cumplimiento del cual el trabajador ejerce sus actividades en más de un Estado contratante, el lugar en el que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo, a efectos de dicha disposición, es aquel en el que el trabajador ha establecido el centro efectivo de sus actividades profesionales. Para la determinación concreta de dicho lugar, debe tenerse en cuenta la circunstancia de que el trabajador pasa la mayor parte de su tiempo de trabajo en uno de los Estados contratantes, donde posee un despacho desde el cual organiza sus actividades por cuenta de su empresa y al que regresa después de cada viaje profesional al extranjero".

[77] Ambos criterios figuran referidos en la STJCE de 27 de febrero de 2002, C-37/00, Asunto Weber, apartados 51 y 52.

[78] STJCE de 15 de diciembre de 2011, C-384/10, Asunto Voogsgeerd, apartado 50).

[79] Destacando esta circunstancia, *vid.* SERRANO OLIVARES, R. "Jurisdicción competente y ley aplicable al teletrabajo transnacional", *Relaciones Laborales*. N. 2 (2001), p. 1264; así como, más recientemente, MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A. "El teletrabajo y el Derecho Internacional Privado...", *op. cit.*, p. 115.

internacional, la aplicación de una ley distinta a la identificada conforme a las reglas anteriores, desplazando, por consiguiente, tanto la ley del país en el cual, o partir del cual, el trabajador desempeñe habitualmente la prestación, como la del Estado en que esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado. Lo que, dado los términos –amplios y generales– en que se expresa tal cláusula de cierre, puede erigirla en herramienta –tal vez la más eficaz y valiosa– para atajar prácticas de *dumping* social. Según el art. 8.4 del Reglamento, en efecto, la apreciación de "vínculos más estrechos" con otro Estado, habida cuenta el "conjunto de circunstancias" concurrentes, ha de determinar la aplicación de la ley de dicho Estado. La norma apela, pues, a un análisis casuístico de cada supuesto, cuyas circunstancias –sin más precisiones– deben ser consideradas en orden a la identificación del Estado con el que la prestación de servicios resulte más estrechamente conectada. Caben, pues, soluciones dispares –y ajustadas, por tanto, a cada realidad– fruto del análisis de múltiples extremos, entre los que pueden hallarse, por ejemplo, el lugar de recepción y aprovechamiento de los servicios prestados o de concreción, vía ejercicio del poder de dirección, de la prestación laboral pactada. Lo que, ineludiblemente –de modo muy visible en el caso del teletrabajo efectuado en línea o interactivo–, parece conducir al Estado en el que se halle la sede de la empresa o domicilio del empleador. Una teoría que, por otro lado, podría hallar respaldo en la jurisprudencia del TJUE, a cuyo tenor debe prevalecer un análisis cualitativo –y no meramente cuantitativo– de los elementos de conexión: no debe estarse, por tanto, a la ley del Estado con el que el contrato presente más vínculos, sino a la del Estado con el que mantenga vínculos más relevantes –aún siendo menos o, incluso, uno sólo–[80].

[80] MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A. "El teletrabajo y el Derecho Internacional Privado…", *op. cit.*, p. 117, con cita de la STJUE de 12 de septiembre de 2013, C-64/2012, Asunto Schlecker, a cuyo tenor es preciso tener en cuenta "la totalidad de los elementos que caracterizan la relación laboral y apreciar el elemento o elementos que, a su juicio, son más significativos", estimando, con todo, que "entre los elementos significativos de vinculación, procede (…) tener en cuenta particularmente el país en el que el trabajador por cuenta ajena paga sus impuestos y los tributos que gravan las rentas de su actividad y aquel en el que está afiliado a la seguridad social y a los distintos regímenes de jubilación, seguro por enfermedad e invalidez".

4.1.3. La Ley aplicable en materia de Seguridad Social

En el marco europeo, en materia de Seguridad Social, ha de estarse a los denominados Reglamentos de coordinación: el Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril, y el Reglamento 987/2009, de 16 de septiembre, de aplicación del primero. Una normativa con la que, conforme al mandato expresado por el Derecho originario[81], se persiguió favorecer la libre circulación de trabajadores –inicialmente, en esencia, nacionales de los Estados miembros[82] y, después, también residentes legales nacionales de terceros Estados[83]–, en el marco territorial conformado por los Estados miembros de la UE, así como, en virtud de los correspondientes acuerdos de libre circulación, del Espacio Económico Europeo y de Suiza. Así, siempre y cuando tales personas "estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados miembros" –art. 2

[81] Art. 48 TFUE, en una redacción aún muy similar a la contemplada por el originario Tratado de Roma de 1957 (art. 51).

[82] *Vid.* art. 2 del Reglamento 883/2004.

[83] Ello en virtud de la reforma operada por el Reglamento 859/2003, de 14 de mayo, por la que se extendió la aplicación de las disposiciones de los Reglamentos 1408/1971 y 574/1972, entonces vigentes, a los nacionales de terceros países, en situación de residencia legal en el territorio de uno de los Estados miembros, que, debido únicamente a su nacionalidad, no estuviesen cubiertos por las mismas. Tal extensión de su ámbito de aplicación personal se mantuvo en el texto vigente –*ex* art. 90.1.a) del Reglamento 883/2004-. Posteriormente, el Reglamento 1231/2010, de 24 de noviembre –por el que se deroga el referido Reglamento 859/2003- reiteró la citada ampliación: "El Reglamento (CE) nº 883/2004 y el Reglamento (CE) nº 987/2009 se aplicarán a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén aún cubiertos por los mismos, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes, siempre que estén residiendo legalmente en el territorio de un Estado miembro y siempre que su situación no esté circunscrita, en todos sus aspectos, al interior de un solo Estado miembro".

del Reglamento 883/2004– o "siempre que su situación no esté circunscrita, en todos sus aspectos, al interior de un solo Estado miembro" –utilizando los términos del art. 1 del Reglamento 1231/2010–, procederá la aplicación de las citadas normas de coordinación. Lo que permite su extensión al analizado teletrabajo internacional, ya se preste desde un único Estado –teletrabajo transnacional clásico– o desde varios –teletrabajo internacional móvil constitutivo de nomadismo digital–. También a estos, por tanto, han de aplicarse las normas de conflicto dispuestas a efectos de identificación de la legislación de Seguridad Social aplicable, así como, cuando proceda, las reglas dirigidas a proteger el acceso a prestaciones –como se recordará, conforme a los principios básicos de totalización de cotizaciones, cálculo a prorrata de las prestaciones y exportación de esta últimas–.

Toda vez que los Reglamentos de coordinación no proporcionan un tratamiento singular al teletrabajo internacional, ha de estarse a las previsiones generales dispuestas por aquellos a efectos de identificación del Derecho de Seguridad Social aplicable –Título II (arts. 11 a 16)–, además, así mismo, determinantes del foro competente[84]. Y ello, a su vez, requiere de la previa identificación del –o de los– lugar/es de trabajo, pues el principio de territorialidad de nuevo inspira las normas en la materia[85]. Tras dejar sentado la sujeción a un único ordenamiento jurídico –descartando, pues, *ex* art. 11.1, la concurrencia simultánea de varios de ellos[86]–, el Reglamento señala, en efecto, que "la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro estará sujeta a la legislación de ese Estado miembro". Así, quien teletrabaje en un Estado miembro, aún por cuenta de una empleadora situada en otro, debería quedar sujeto, conforme a una interpretación estricta del lugar de ejercicio del teletrabajo, a la legislación de Seguridad Social del primero[87]. Solución que conduce a la sumisión de todos los teletrabajadores en un Estado determinado a un mismo régimen jurídico –en coherencia, por cierto, con el principio de igualdad de trato que, así mismo, inspira la normativa comunitaria[88]–, pero que no contribuye, en cambio, a amortiguar la competencia desleal o *dumping* social derivado del recurso a trabajadores integrados en Sistemas de Seguridad Social menos costosos –y, consecuentemente, a menudo generadores de una protección de menor intensidad y calidad para aquéllos–. Lo que ha generado, otra vez, construcciones doctrinales que, señaladamente en el caso del teletrabajo en línea o interactivo, se han mostrado partidarias de considerar lugar de ejercicio de la actividad también a aquel en que sus servicios son recibidos y aprovechados –además, pues, del propio lugar de realización física del trabajo–, propiciando, en última instancia, una vinculación del teletrabajador al Sistema de Seguridad Social del Estado en que se halle la sede de la empresa o domicilio del empleador[89]. Una concepción que, al prescindir, aun parcialmente, del elemento geográfico, resulta, sin embargo, pese a los loables propósitos que la inspiran, cuestionable[90].

[84] No en vano el Reglamento Bruselas I bis –al igual, por cierto, que el anterior Convenio de Bruselas de 1968- excluye de su ámbito de aplicación las reclamaciones en materia de Seguridad Social (art. 1.2.c).

[85] También, por cierto, en los órdenes internos: así, en España, *ex* art. 7.1 LGSS.

[86] El precepto citado dispone así el denominado principio de unicidad normativa en los términos siguientes: "Las personas a las cuales sea aplicable el presente Reglamento estarán sometidas a la legislación de un único Estado miembro".

[87] Gala Durán, C. "Teletrabajo y sistema de Seguridad Social". Relaciones laborales. N. 2 (2001), p. 1198; Romero Burillo, A. M. "Algunas consideraciones sobre el teletrabajo transfronterizo", en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*. Madrid: MTAS, 2000, p. 1148.

[88] Art. 4 del Reglamento 883/2004, a cuyo tenor "Las personas a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento podrán acogerse a los beneficios y estarán sujetas a las obligaciones de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, salvo disposición en contrario del presente Reglamento".

[89] Un análisis de dichas tesis en Martín-Pozuelo López, A. "El teletrabajo y el Derecho Internacional Privado…", *op. cit.*, p. 129 y siguientes.

[90] Más aún a la vista de la jurisprudencia del TJUE en la materia: STJUE de 27 de septiembre de 2012, C-137/2011, Asunto Partena, en que señala que "debe entenderse, conforme

Por su parte, en el caso de los teletrabajadores internacionales móviles, ha de estarse a la regla señalada por el art. 13 del Reglamento 883/2004, de aplicación a la "persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miembros" –resultando comprendidos tanto supuestos de simultaneidad de actividades, como de alternancia[91]–. Precepto a cuyo tenor, cuando el teletrabajador desempeñe "una parte sustancial de su actividad" en el Estado de residencia o "dependa de varias empresas o de varios empresarios que tengan su sede o su domicilio en diferentes Estados miembros", procederá la aplicación de la legislación de Seguridad Social del Estado de residencia –art. 13.1.a)–. En cambio, en defecto de ejercicio de una parte sustancial de la actividad en el Estado de residencia, habrá de estarse a la "legislación del Estado miembro en el que la empresa o el empresario que lo ocupe principalmente tenga su sede o su domicilio" –art. 13.1.b)–. La vinculación excepcional[92] a la norma del Estado de residencia pende, pues, de dos posibles circunstancias: bien de la concurrencia de varias empleadoras cuya sede o domicilio se hallen en diferentes Estados miembros, bien del desempeño de una "parte sustancial de la actividad" en aquél. Concepto, a su vez, definido, con cierta precisión, por el Reglamento de aplicación: según este último, en efecto, "para determinar si una parte sustancial de la actividad se ejerce en un Estado miembro se tendrá en cuenta (…), en el caso de las actividades asalariadas, el tiempo de trabajo o la remuneración"; así mismo, "en el contexto de una evaluación global, el hecho de alcanzar un porcentaje inferior al 25 % para los criterios antes mencionados será un indicador de que una parte sustancial de las actividades no se ejerce en el Estado miembro de que se trate" –art. 14.8–[93]. En cualquier caso, con todo, procederá así mismo la aplicación de la legislación de Seguridad Social del Estado de residencia, aún cuando el teletrabajador no ejerza en este una parte sustancial de su actividad, cuando preste servicios "en dos o más Estados miembros por cuenta de un empleador establecido fuera del territorio de la Unión" –art. 14.1 del Reglamento 987/2009–.

El análisis efectuado permite arrojar, pues, resumidamente, los resultados siguientes. En el caso del teletrabajo transnacional desempeñado en un Estado miembro, procederá, conforme al principio *lex loci laboris*, la aplicación de la legislación de Seguridad Social de aquél, que acostumbra ser, así mismo, el Estado de residencia. En cambio, el teletrabajador que preste servicios en dos o más Estados miembros –móvil, por tanto– resulta vinculado, según los casos, bien a la legislación del Estado miembro de residencia, bien a la legislación del Estado miembro en el que el empleador que lo ocupe principalmente tenga su sede o su domicilio.

4.2. Foro competente y Derecho aplicable en el ámbito internacional

El teletrabajo no conoce de fronteras, extendiéndose mucho más allá de los confines de la UE. La búsqueda de mano de obra a bajo

al sentido propio de los términos utilizados, que el concepto de «lugar de ejercicio» de una actividad designa el lugar concreto en el que la persona de que se trata realiza los actos relacionados con esa actividad".

[91] Pues así lo indica expresamente el art. 14.5 del Reglamento 987/2009, a cuyo tenor "la expresión 'persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miembros' designará, en particular, a una persona que:

a) al tiempo que mantiene una actividad en un Estado miembro, ejerce simultáneamente una segunda actividad en uno o más Estados miembros, con independencia de la duración y naturaleza de esa segunda actividad;

b) ejerce de manera continuada actividades alternas, exceptuadas las actividades de carácter marginal, en dos o más Estados miembros, con independencia de la frecuencia o regularidad de la alternancia".

[92] STJUE de 13 de septiembre de 2017, C.570/15, Asunto X, apartado 28.

[93] Precisamente en aplicación de dicho criterio del 25%, *vid.* STJUE de 13 de septiembre de 2017, C.570/15, Asunto X. Supuesto en que es objeto de análisis la determinación de la legislación de Seguridad Social aplicable a un nacional neerlandés, que, de las 1872 horas trabajadas para un empresario establecido en los Países Bajos, realizó 121 (un 6,5% del total) en su Estado de residencia, Bélgica, concluyendo el Tribunal que "En tales circunstancias, no puede considerarse que una persona (…) ejerza habitualmente actividades significativas en el territorio del Estado miembro de su residencia" (apartado 25).

coste –determinante del llamado teletrabajo *off shore*– redunda, en particular, en el recurso a trabajadores situados en Estados muy alejados de aquél en que se halla la sede o domicilio de la empleadora, y ello no sólo geográficamente, sino también en lo jurídico. En el marco internacional, caben, pues, multitud de situaciones, por lo demás, de nuevo y de modo más acusado aún, carentes de respuesta jurídica singular. A continuación, por tanto, tan sólo se referirán, de manera sintetizada, las escasas herramientas internacionales dispuestas a efectos de identificación, en el caso de teletrabajo internacional extracomunitario, del foro competente y de la ley aplicable, al contrato de trabajo y, así mismo, en materia de Seguridad Social.

En cuanto a lo primero –la designación de los tribunales competentes a efectos de conocimiento de los litigios derivados de relaciones laborales internacionales, en su caso, prestadas en la modalidad de teletrabajo–, los instrumentos internacionales son escasos y de proyección limitada: por un lado, el Convenio de Lugano II[94], por el que se rigen, conforme a unas reglas prácticamente idénticas a las dispuestas por el ya analizado Reglamento Bruselas I bis, las relaciones entre los Estados de la UE, Islandia, Noruega y Suiza[95]; por otro lado, los convenios bilaterales suscritos entre Estados –en el caso de España, el Convenio con el Salvador[96], cuya aplicación se limita a las relaciones laborales en que se hallen involucrados ambos países–. De resultar implicados otros Estados, habrá de estarse a las correspondientes normas internas, cada una de ellas, como es sabido, identificativas de las materias sobre las que ha de recaer la competencia de sus tribunales, pero que, en ausencia de esta última, no redirigen, por su carácter unilateral, a las instancias judiciales de otros Estados. Habrá de aplicarse, pues, en el caso de España, el art. 25 LOPJ, a cuyo tenor, en materia de derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo, los juzgados y tribunales españoles –del orden social– serán competentes "cuando los servicios se hayan prestado en España o el contrato se haya celebrado en territorio español; cuando el demandado tenga su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España; cuando el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española, cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios o de celebración del contrato". Reglas que, en cualquier caso, deben cohonestarse con las previsiones del Reglamento Bruselas I bis, que desplaza, en gran medida, al ordenamiento español. De modo que, la determinación de la competencia conforme a lo dispuesto por la LOPJ procederá cuando el demandado no se halle domiciliado en un Estado miembro –pues tal domicilio del demandado determina precisamente la aplicación de la norma europea–. Y, pese a no referirlo la Ley interna, los tribunales españoles también serán competentes de concurrir pactos de sumisión a estos, expresa o tácita, en los términos señalados por el Reglamento Bruselas I bis (arts. 25 y 26), habida cuenta la primacía de este respecto de la norma española[97].

Como es sabido, no existe en el marco internacional, una norma, multilateral o bilateral, reguladora de la ley aplicable al contrato de trabajo[98]. De modo que, en Estados extracomunitarios, habrá de estarse a lo dispuesto

[94] Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de 30 de octubre de 2007, por el que se sustituye el Convenio de Lugano de 1988 –excepto para Liechtenstein que no suscribió la nueva versión–.

[95] No en vano el Convenio de Lugano de 1998 ya ampliaba a Islandia, Noruega y Suiza la aplicación de las normas del Convenio de Bruselas de 1968.

[96] Tratado entre el Reino de España y la República de El Salvador sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Madrid el 7 de noviembre de 2000 (BOE de 25 de octubre de 2001).

[97] Destacando también este extremo, TODOLÍ SIGNES, A. "Las fuentes reguladoras de la determinación de la jurisdicción competente", ..., *op. cit.*, p. 167.

[98] SALA FRANCO, T., "Las fuentes reguladoras de la determinación de la ley aplicable en materia laboral individual", en

por su ley interna, optando esta, muy a menudo, en términos similares al Reglamento Roma I, por el criterio territorial. Lo que conlleva, en la práctica, la aplicación de la ley del lugar de trabajo –en sentido estricto–, inclusive, pues, en el caso de los teletrabajadores internacionales –transnacionales– que habitualmente presten servicios en terceros Estados[99]. Ello generará, pues, *dumping* social de muy difícil erradicación. Para ello, en efecto, los ordenamientos jurídicos nacionales habrían de converger hacia la fijación de estándares sociales asimilables –lo que se revela, hoy por hoy, utópico–, o las empresas habrían de comprometerse a la aplicación –voluntaria, aún previo pacto colectivo– de las normas laborales –o, al menos, de algunas de ellas– del Estado en que se hallen radicadas[100]. A lo primero habrían de contribuir las normas laborales internacionales –señaladamente, los Convenios de la OIT– pero por todos es conocido su escasísimo grado de concreción, también, por cierto, como ya se ha visto, en materia de teletrabajo, cuya vertiente internacional por lo demás no se aborda. Y lo segundo, finalmente, implica la renuncia de las empresas a la ventaja competitiva que precisamente impulsó el recurso al teletrabajo internacional, por lo que la misma sólo parece factible de resultar las empleadoras constreñidas a ello. A dicha obligatoriedad, por lo de ahora y a fata de regulación heterónoma, sólo pueden contribuir las organizaciones sindicales –en el plano de la negociación colectiva– y también los consumidores –mediante la demanda de productos y servicios elaborados de modo socialmente responsable–.

Si bien en el ámbito de la Seguridad Social existen múltiples convenios –a menudo, bilaterales[101], pero también multilaterales[102]–, no por ello el riesgo de *dumping* social resulta atajado. Al contrario, la opción generalizada por la designación de la *lex loci laboris*, en los citados Tratados y también a nivel interno, parece determinar la sujeción de los teletrabajadores internacionales –señaladamente, transnacionales– al Derecho de la Seguridad Social del Estado en el que desempeñen, físicamente, la prestación laboral –con independencia, pues, del aprovechamiento de esta en otro, aún dotado de un sistema de protección social más desarrollado o efectivo–.

Como puede advertirse, tanto a efectos laborales como de Seguridad Social, los teletrabajadores internacionales móviles quedan expuestos a otro riesgo: la no vinculación a norma alguna –laboral y de Seguridad Social– por mor del sucesivo desempeño de sus servicios en múltiples Estados. Pues, a falta de lugar *habitual* de prestación de los servicios –incluso, de residencia fija–, la identificación del Derecho aplicable se revela muy compleja. Lo que puede redundar en la indebida calificación de los citados teletrabajadores móviles como autónomos –falsos, en consecuencia– o, incluso, en su exclusión de los circuitos legales, resultando avocados a la informalidad.

5. REFLEXIONES FINALES Y PROPUESTAS DE INTERVENCIÓN

El teletrabajo internacional, al igual que otras manifestaciones del proceso de globalización de economías y mercados de trabajo, conforma un fenómeno en auge, impulsado por la concurrencia de tres potentes factores: el desarrollo de las TICs, la movilidad creciente de las personas y la proyección a escala mundial de muchas empresas –señaladamente, del sector servicios y, de manera muy marcada, de los ámbitos tecnológico y de la comunicación, en los que, como es ob-

AA.VV. SALA FRANCO, T., LÓPEZ TERRADA, E. (Dirs.). *Las relaciones laborales internacionales..., op. cit.*, p. 221.

[99] MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A. "La vertiente internacional del teletrabajo: el teletrabajo transnacional y sus problemas", en AA.VV. SALA FRANCO, T., LÓPEZ TERRADA, E. (Dirs.). *Las relaciones laborales internacionales..., op. cit.*, p. 309.

[100] SANGUINETTI RAYMOND, W. *Teletrabajo y globalización..., op. cit.*, p. 96; THIBAULT ARANDA, J. *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, 2ª ed. Madrid: CES, 2001, p. 269.

[101] Más de una veintena en el caso de España. Pueden consultarse en https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/InformacionUtil/32078/32253

[102] Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, de 10 de noviembre de 2007.

vio, la incidencia de las TICs es particularmente intensa–. En multitud de actividades, pues, trabajadores y empleadores pueden, respectivamente, prestar y recibir servicios –en tiempo real– desde cualquier lugar del planeta.

Los trabajadores más cualificados pueden prestar sus servicios sin abandonar sus hogares –al amparo del teletrabajo transnacional– o, por el contrario, viajando, por decisión propia, de un Estado a otro –convertidos en teletrabajadores móviles o nómadas digitales–. Lo que permite, correlativamente, que las multinacionales se nutran, sin fronteras, de tan valiosa fuerza de trabajo. Pero el teletrabajo internacional puede, asimismo, suscitar otras realidades: la contratación de trabajadores para prestar servicios en Estados con estándares sociales sensiblemente inferiores a los vigentes en el país en que se halla la empleadora receptora de aquéllos. El teletrabajo internacional se erige entonces en instrumento para la mejora de la competitividad empresarial vía *dumping* social. Responde, pues, al exclusivo anhelo empresarial de reducción de los costes de prestación de los servicios contratados, huyendo para ello del radio de acción de las normas sociales más protectoras, a menudo en la órbita de la UE. En términos absolutos –al margen de la perspectiva comparada reveladora de la citada competencia desleal–, ello redunda en la sujeción del teletrabajador a muy precarias condiciones de trabajo –de modo muy señalado, por ser esta una debilidad intrínseca a tal modalidad de prestación de servicios, en materia de jornadas máximas, descansos mínimos y, correlativamente, derecho a la desconexión digital–.

Frente a dicha compleja realidad, el Derecho clásico muestra evidentes debilidades. Es flagrante, en primer término, la ausencia de definición alguna del teletrabajo internacional –o, incluso, de meras referencias al mismo–, en el Derecho interno –pese a contar con una norma muy reciente en la materia– y, lo que resulta más llamativo aún, en los contextos europeo e internacional, sin duda, más apropiados para su tratamiento. Y debe referirse, así mismo, el recurso, a modo de elemento nuclear, al lugar de prestación habitual de los servicios, tanto a efectos de designación de la ley aplicable al contrato de trabajo, como en materia de Seguridad Social. Un criterio de conexión, en el caso del teletrabajo internacional, generador de notables disfunciones, al propiciar las nuevas tecnologías, precisamente, la deslocalización o distanciamiento del trabajador de su empresa. De modo que contrato y protección social se rigen por unas normas –del Estado en que preste servicios y, con carácter general, resida el trabajador– del todo desvinculadas del radio de acción de la empleadora –el país en que aquéllos son recibidos y aprovechados, por la empresa misma o sus clientes–.

Ante tal panorama, las soluciones ya sugeridas por la doctrina presentan no pocas dificultades. Una reinterpretación de las reglas de aplicación basada en la irrelevancia del lugar *físico* de prestación de servicios –precisamente, dado su desarrollo telemático– y conducente a la vinculación con el Estado en que se halle la sede de la empresa, aún loable, requiere prescindir de la literalidad de las normas –en particular de los Reglamentos Roma I y 883/2004–, presentando, por tanto, un grado nada desdeñable de voluntarismo. Así mismo, la apelación a la aplicación voluntaria –eventualmente, en el marco de pactos colectivos– de las normas del Estado receptor del trabajo, más costosas para el empresario, también es un tanto ingenua. Pues tal opción, aún técnicamente factible –cuando menos a efectos de identificación de la ley aplicable al contrato de trabajo (al primar en esta materia el acuerdo de las partes)–, implica renunciar al ahorro de costes precisamente perseguido por la empleadora del teletrabajador internacional. De modo que sólo la presión sindical o social –señaladamente de los consumidores– podrían avocar, o inducir de algún modo a tal opción, por lo demás vetada a efectos de Seguridad Social –al no ser disponible la designación de las normas aplicables operada por los Reglamentos europeos de coordinación y así mismo, salvo disposición en sentido contrario, por los convenios bilaterales o multilaterales de aplicación–.

En el ámbito europeo al menos –en el que una intervención se revela mínimamente factible–, una propuesta de *lege ferenda* parece pues

necesaria. Y pueden apuntarse diversas posibles líneas de actuación. Cabría valorar, en primer término, la conveniencia de que la designación, por las reglas de conflicto, de las leyes aplicables, en materia laboral y de Seguridad social, contemplasen la singularidad del teletrabajo internacional. Convendría, en particular, reflexionar sobre la oportunidad de contemplar criterios de conexión específicos para aquél, señaladamente, el Estado en que se hallen la sede u otros centros de trabajo –físicos– de la empresa. No debe abandonarse, en segundo lugar, el objetivo de armonización en materia de teletrabajo –iniciado de algún modo, hace ya dos décadas, por el infructuoso AMET–, que, sin duda, contribuiría a atenuar disparidades entre Estados, siendo especialmente recomendable una intervención en materia de tiempo de trabajo y derecho a la desconexión digital –bien en el marco de una Directiva específica sobre teletrabajo, bien vía reforma de la Directiva 2003/88/CE–. Incluso, podría valorarse la oportunidad de identificar un núcleo esencial de condiciones de trabajo, que, de resultar más favorables, deban regirse por el Derecho del Estado en que se halle la empleadora receptora del trabajo –y no por el Derecho del Estado en que se desempeñe la prestación–, emulando así, de algún modo, la Directiva europea sobre desplazamientos en el marco de prestaciones de servicios transnacionales. Propuesta que, conviene ser conscientes, no resultaría en absoluto fácil ejecutar: toda vez que los teletrabajadores no se desplazan –sí sus servicios–, ello requeriría de un grado de colaboración entre Administraciones competentes cuando menos notable, señaladamente a efectos de fiscalización del efectivo cumplimiento de aquellas condiciones de trabajo "importadas".

A escala internacional, la propuesta de normas resulta naif. Pues, sin despreciar la valiosa labor desarrollada por la OIT, forzoso resulta reconocer la limitada proyección de su intervención en la materia: el Convenio 177, sobre trabajo a domicilio, no sólo no contempla el teletrabajo, sino que, además, sus previsiones sólo son de aplicación a los trece Estados que, hoy por hoy, han ratificado el mismo. Y ha quedado patente, por otro lado, el carácter eminentemente incipiente de las normas de conflicto internacionales, por lo demás conducentes, junto a las normas internas en la materia, a la aplicación de la *lex loci laboris*. De modo que sólo puede abogarse por la implementación, singularmente vía negociación colectiva –y de manera menos recomendable en el marco de códigos éticos o de conducta–, de compromisos empresariales de aplicación de estándares laborales y sociales mínimos a los teletrabajadores transnacionales o móviles que presten servicios para la empresa en otro/s Estado/s.

Ante la aparición –disruptiva– de toda suerte de empleos *on line* o en remoto, los Estados, finalmente, no pueden permanecer impasibles. Deben dotarse de herramientas para la identificación de la laboralidad y la proyección del Derecho del Trabajo a todos los trabajadores, cualquiera que sea el lugar o modalidad de trabajo. En España, las leyes de trabajo a distancia o de los "riders" deben, pues, valorarse positivamente, pero tal vez sea tiempo ya de un enfoque más transversal y omnicomprensivo de los empleos digitales –del que iniciativas recientes, como el proyecto de ley de fomento del ecosistema de empresas emergentes, se hallan desde luego muy alejadas–.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. Sala Franco, T. (Dir.). *El teletrabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

AA.VV. Pérez de los Cobos Orihuel, F., Thibault Aranda, X. (Dirs.). *El trabajo a distancia*. Madrid: La Ley, 2021.

AA.VV. Sala Franco, T., López Terrada, E. (Dirs.). Las relaciones laborales internacionales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.

Fernández Prol, F.:

– "El trabajo a distancia en España: Análisis en clave preventiva tras la aprobación de la Ley 10/2021, de 9 de julio". *Ius et Praxis*. N. 3 (2021), p. 179-197.

– "Relaciones de trabajo ante el proceso de digitalización de la economía: análisis desde una óptica de género". *Revista de Derecho Social*. N. 89 (2020), p. 91-120.

Gala Durán, C. "Teletrabajo y sistema de Seguridad Social". Relaciones laborales. N. 2 (2001), p. 1189-1214.

García Piñeiro, N. "El trabajo a distancia en el contexto internacional: OIT y Unión Europea", en AA. VV. Pérez de los Cobos Orihuel, F., Thibault Aranda, X. (Dirs.). *El trabajo a distancia*. Madrid: La Ley, 2021, p. 71-98.

Garicano, A.; De Armió Rodríguez, J. A. "Retos legales del teletrabajo internacional". *Documentación Laboral*. N. 124 (2021), p. 99-120.

Gómez Abelleira, F. J. *La nueva regulación del trabajo a distancia.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

Informes OIT:

– OIT / Eurofound. "Working anytime, anywhere: the effects on the world of work" (2017).

– Informe "Promover el empleo y el trabajo decente en un panorama cambiante". Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Conferencia Internacional del Trabajo, 109ª reunión (2020).

– "Working from Home: Estimating the worldwide potential" (2020).

– "El teletrabajo durante la pandemia de COVID-19 y después de ella (2020).

– "El trabajo a domicilio: de la invisibilidad al trabajo decente" (2021).

Jurado Segovia, A., Thibault Aranda, J. "Algunas consideraciones en torno al Acuerdo Marco Europeo sobre teletrabajo". *Temas Laborales*. N. 72 (2003), p. 35-67.

Martín-Pozuelo López, A.:

– "El teletrabajo y el Derecho Internacional Privado: el régimen particular del teletrabajo transnacional", en AA.VV. Sala Franco, T. (Dir.). *El teletrabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 101-144.

– "La vertiente internacional del teletrabajo: el teletrabajo transnacional y sus problemas", en AA.VV. Sala Franco, T., López Terrada, E. (Dirs.). Las relaciones laborales internacionales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, p. 293-312.

– *El teletrabajo transnacional en la Unión Europea. Competencia internacional y ley aplicable*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.

Mella Méndez, L. "Comentario general al Acuerdo Marco sobre Teletrabajo". *Relaciones Laborales*. N. 1 (2003), p. 177-208.

Molina Navarrete, C. "Industria 5.0, ecosistemas de empresas y calidad de entorno laboral: de la "ley de riders" a la nueva "ley de nómadas digitales". *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*. N. 466 (2022), p. 5-21.

Romagnoli, H. "Hacia la normalización del trabajo a distancia". Revista de Derecho Social. N. 93 (2021), p. 17-21.

Romero Burillo, A. M. "Algunas consideraciones sobre el teletrabajo transfronterizo", en AA. VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*. Madrid: MTAS, 2000.

Sala Franco, T.:

– "La normativa internacional y comunitaria sobre el teletrabajo", en AA.VV. Sala Franco, T. (Dir.). *El teletrabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 39-59.

– "El Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, sobre el trabajo a distancia", en AA. VV. Sala Franco, T. (Dir.). *El teletrabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 167-205.

– "Las fuentes reguladoras de la determinación de la ley aplicable en materia laboral individual", en AA.VV. Sala Franco, T., López Terrada, E. (Dirs.). Las relaciones laborales internacionales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, p. 171-232.

Sanguinetti Raymond, W. *Teletrabajo y globalización: en busca de respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2003.

Serrano Olivares, R. "Jurisdicción competente y ley aplicable al teletrabajo transnacional", *Relaciones Laborales*. N. 2 (2001), p. 1237-1278.

Sierra Benítez, E. M.:

– *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*. Sevilla: CES Andalucía, 2011.

– "La protección social en la encrucijada. La expansión del trabajo remoto y la recepción en Europa de los nómadas digitales". e-*Revista Internacional de la Protección Social*. Vol. VI. N. 2 (2021), p. 8-18.

Thibault Aranda, J. *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, 2ª ed. Madrid: CES, 2001.

Todolí Signes, A. "Las fuentes reguladoras de la determinación de la jurisdicción competente", en AA.VV. Sala Franco, T., López Terrada, E. (Dirs.). *Las relaciones laborales internacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, p. 146-169.

Ushakova, T.:

– "El Derecho de la OIT para el trabajo a distancia: ¿una regulación superada o todavía aplicable?". *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. Vol. 3. N. 4 (2015), p. 1-19.

– "El teletrabajo en el Derecho de la OIT". *Revista de Información Laboral*. N. 9 (2015), p. 55-75.

La gobernanza social en la UE a través de una década de funcionamiento del Semestre Europeo*

Social governance in the EU through a decade of operation of the European Semester

LAURA GÓMEZ URQUIJO**

https://doi.org/10.55617/revmites.30

Resumen: El Semestre Europeo fue contemplado en su nacimiento como un modo de superar la subordinación de la política social a la económica pero su funcionamiento en este ámbito ha sido controvertido. En este estudio nos preguntamos cuáles son los elementos esenciales para valorar si el Semestre Europeo es un instrumento adecuado de gobernanza social y si ha habido una evolución en su década de funcionamiento. Para responder a estas cuestiones, la primera parte de este trabajo revisa y sistematiza los elementos determinantes en el ejercicio de la gobernanza social a través del Semestre Europeo. De acuerdo con ello, analizamos en la segunda y tercera parte del artículo si esos elementos se transforman o potencian con la aprobación del Pilar Europeo de Derechos Sociales y las medidas ante la crisis del Covid-19. Es en estas últimas donde encontramos los mayores avances. Desde el punto de vista metodológico acudimos a la revisión de la literatura, de las iniciativas desplegadas por la UE en el ámbito del procedimiento del Semestre Europeo y al análisis de las Recomendaciones Específicas por País (REP) dadas en dentro de este procedimiento a los gobiernos, contenidas en una base de datos de elaboración propia.

Palabras clave: Gobernanza social; Unión Europea; Semestre Europeo; gobernanza económica

Abstract: The European Semester was seen at its inception as a way of overcoming the subordination of social to economic policy. However, its functioning in this area has been controversial. In this study we question what the essential elements are to assess whether the European Semester is an appropriate instrument of social governance and whether there has been an evolution in its decade of functioning. To answer these questions, the first part of this paper reviews and systematizes the determining elements in the exercise of social governance through the European Semester. In accordance with this, we analyze in the second and third parts of the article if these elements are transformed or enhanced with the approval of the European Pillar of Social Rights and the measures deployed to face the Covid-19 crisis. It is in this last period where we find the greatest advances. From the methodological point of view, we proceed to the review of the literature and the initiatives deployed by the EU in the field of the European Semester procedure; likewise

* Este trabajo forma parte del Proyecto EU-BREATHE. ERASMUS-JMO-2021-HEI-TCH-RSCH Jean Monnet Chair on *EU Budget for Recovery: Effectiveness and Accountability To Harbor resilience, financiado por la Comisión Europea.*

** Catedrática de Economía de la UE. Titular de la Cátedra Jean Monnet EU Legal and Economic Integration for People. Facultad de Derecho. Universidad de Deusto. laura.gomez@deusto.es

we analyze the Country Specific Recommendations (CSRs) given within this procedure to governments along this decade, contained in a database of our own elaboration.

Keywords: Social governance; European Union; European Semester; economic governance.

INTRODUCCIÓN

El Semestre Europeo entró en vigor en diciembre de 2011 con el objetivo de reforzar el gobierno económico común y sincronizar las políticas presupuestarias de los Estados miembros. Su principal influencia en las políticas nacionales se articulaba a través del calendario para la recepción y evaluación de los planes presupuestarios nacionales, el Procedimiento de Desequilibrios Macroeconómicos como mecanismo de supervisión y el Procedimiento de Déficit Excesivo, previendo la posible imposición de sanciones. El proceso diseñado para ello es ciertamente complejo, en un ir y venir de recomendaciones e instrucciones, con involucración de distintos actores, lo que ha llevado a diversos análisis sobre su efectividad y contribución a la gobernanza económica (Bekker, 2014; Casagrande y Dallago 2021; D' Erman *et al.*, 2019). Así, por un lado, se ha puesto en cuestión su capacidad real para coordinar, supervisar y efectuar cambios, dada su condición de "soft law" (Armstrong, 2013), mientras que, por otro lado, se pone en valor precisamente su carácter no intrusivo y sus avances frente a su predecesor, el Método Abierto de Coordinación (Verdun y Zeitlin 2018). Otros análisis relevantes sobre el Semestre se refieren también a su carácter intergubernamental y al papel en el procedimiento de los distintos actores políticos (D'Erman *et al.*, 2019). Asimismo, una parte importante de la literatura estudia las Recomendaciones Específicas por País (REP) del Semestre Europeo, analizando en diferentes ámbitos si permiten a las instituciones de la UE ejercer reformas o si, simplemente, han motivado a los gobiernos de los Estados miembros a implementar aquellas en línea con sus propios intereses (Bekker 2020; Copeland y Daly 2018). Una de las conclusiones más repetida de estos estudios es la limitada respuesta de los Estados miembros a las Recomendaciones dadas (Darvas y Leandro, 2015), lo que sustenta gran parte de las críticas al Semestre Europeo como instrumento de coordinación y supervisión (Haas *et al.*, 2022). Dentro de ellas nos centramos en las referidas al ámbito social.

El Semestre Europeo fue contemplado en su nacimiento como un modo de superar la subordinación de la política social a la económica, tal y como se planteaba en el Método Abierto de Coordinación y la Estrategia 2020, para integrar la gobernanza social y la económica en igual rango (Pochet y Degryse, 2012; Degryse et. al. 2013). Esa integración no sólo ha sido cuestionada (Vanhercke, 2013), sino que hay sólidos argumentos sobre cómo la arquitectura de gobierno del Semestre privilegia inherentemente los objetivos y actores económicos sobre los sociales (Copeland y Daly 2012, Copeland y Daly, 2018, de la Porte y Heins, 2015). Dawson (2018) va más allá replanteando si es lo adecuado que la política social vaya "a cuestas" de la económica o si ahí se encuentra ya un fallo para su coordinación. Argumenta cómo con el Semestre Europeo la política social ha entrado en el núcleo duro de la política europea, pero cómo a través de él se coordina la política social con una mirada económica, desplazándola de hecho, y quedando siempre en manos de instrumentos de soft law. Otros estudios han encontrado, en cambio, que esta gobernanza socioeconómica más integrada ofrece nuevas oportunidades para la defensa y la incorporación de los objetivos sociales de la UE y han destacado cómo éstos han pasado a un lugar más central en la coordinación de las políticas económicas (Bekker, 2014; Zeitlin y Vanhercke 2018). La relevancia de esta cuestión se observa tam-

bién en el debate político cuando recientemente la Comisión Europea (European Commission, 2019) señalaba que el Semestre Europeo debe promover una mayor coherencia entre las prioridades sociales y económicas para evitar el riesgo de que las recomendaciones sociales se vean socavadas por las prioridades macroeconómicas.

En este contexto nos preguntamos cuáles son los elementos esenciales para valorar si el Semestre Europeo es un instrumento adecuado de gobernanza social y si ha habido una evolución en su década de funcionamiento; específicamente planteamos qué supone el Pilar Europeo de Derechos Sociales (PEDS) y la irrupción de la crisis del Covid-19 en la manera de entender la coordinación social en el Semestre Europeo. Para responder a estas cuestiones, la primera parte de este trabajo revisa y sistematiza los elementos determinantes en el ejercicio de la gobernanza social a través del Semestre. De acuerdo con ello, analizamos en la segunda y tercera parte del artículo si esos elementos se transforman o potencian con la aprobación del Pilar Europeo y las medidas ante la pandemia. Desde el punto de vista metodológico acudiremos, por un lado, a la revisión de las iniciativas desplegadas por la UE en el ámbito del procedimiento del Semestre Europeo desde su lanzamiento, así como a la literatura académica especializada. Dado que en ésta se observan visiones contradictorias en la valoración del aspecto social del Semestre, empleamos el análisis de contenido de las Recomendaciones Específicas por País (REP) dadas dentro de este procedimiento a los gobiernos. Para ello utilizamos una base de datos propia conteniendo todas las Recomendaciones emitidas desde la puesta en marcha del Semestre Europeo, siguiendo el enfoque empleado por Bekker (2014); esta metodología ha sido respaldada por el valor de estas Recomendaciones como resultado del análisis de diferentes indicadores y del diálogo con los diversos Estados, consideradas el output más importante del Semestre Europeo (Casagrande y Dallago, 2021).

FACTORES PARA EVALUAR EL SEMESTRE EUROPEO COMO INSTRUMENTO DE GOBERNANZA SOCIAL

Tal y como se ha señalado, el protagonismo de las cuestiones sociales dentro del Semestre Europeo y su sometimiento o no a los objetivos fiscales ha sido unas de las discusiones más importantes en torno a la gobernanza social. En relación con ello, nos planteamos a continuación cuáles son los aspectos con los que podemos evaluar al Semestre Europeo en su rol de gobernanza social. Concretamente, atendemos al número de REP dedicadas a cuestiones sociales en relación con las de tipo económico, a la naturaleza de su contenido, la precisión de su formulación, su obligatoriedad y la supervisión de su cumplimiento.

Uno de los análisis más valorados en este ámbito es el realizado por Zeitlin y Vanhercke (2018) argumentando que el Semestre Europeo ha experimentado una progresiva "socialización"[1]. Esta se sustentaría sobre todo en el creciente número de Recomendaciones Específicas por País referidas a política social a lo largo de los años. Argumenta cómo ha incrementado progresivamente el porcentaje de REP sobre cuestiones como empleo, inclusión o protección social frente a los puramente relacionados con la disciplina fiscal y la competitividad del mercado. Esta tendencia se observa asimismo en la mayor presencia de cuestiones sociales en otras fases del procedimiento del Semestre (como en las prioridades y los Estudios Prospectivos de Crecimiento, Informes de Empleo, etc.). Estas observaciones se confirman en nuestro análisis de todas las REP dadas en relación a un tema social específico, la lucha contra la pobreza, desde el despliegue del Semestre hasta el momento anterior al lanzamiento del Pilar Europeo de Derechos Sociales (que será abordado en la

[1] Los autores emplean el término en inglés *socialization* que traducimos como socialización y empleamos así en todo el trabajo referido a la extensión de los aspectos sociales dentro del Semestre Europeo.

siguiente sección). No obstante, el incremento de la mera presencia de estas cuestiones puede ser poco significativo desde el punto de vista de su efectividad. Es por ello necesario evaluar y profundizar en qué sentido se da esa mayor presencia social y qué otros elementos influyen en ella.

Por ejemplo, el estudio de Haas *et al.* (2020) de las REP desde el punto de vista de mayor o menor intervención de los Estados rebate el argumento de la progresiva "socialización". Confirman el incremento en el número de REP de contenido social, pero destacan la incoherencia de recomendar reducir el gasto a la vez que se insta a los Estados a reforzar la protección para grupos vulnerables. Por su parte, Casagrande y Dallago (2021) realizan una evaluación comparativa de Recomendaciones entre 2011 y 2018 para comprobar si el Semestre Europeo ha contribuido a reconciliar objetivos económicos y sociales. Concluyen que, a pesar del contenido social de las Recomendaciones, se observa su "mercantilización" al irse acomodando a los objetivos económicos, promoviendo una sociedad compatible con los mercados competitivos y la disciplina fiscal. En igual sentido, el mencionado análisis de Dawson (2018) se fija en el modo en que se introducen estas consideraciones sociales dentro de las REP, en la naturaleza de tales intervenciones. En este sentido, debe considerarse si aspiran a condicionar el mercado o, por el contrario, si se dan con el objetivo de facilitar su competitividad. En esa observación, Dawson (2018) señala, por ejemplo, que cuando se habla de pobreza, se refiere sobre todo a evitarla a través de la entrada en el mercado de trabajo, olvidando otras vulnerabilidades. Igualmente, en las Recomendaciones sobre reducción de gasto se es menos estricto con aspectos que se consideran proclives a estimular el crecimiento y la competitividad (como innovación e investigación) que en ayudas a la pobreza. También el enfoque sobre los sistemas sanitarios (en la época anterior a la pandemia) está orientado a reducir el gasto más que a mejorar su calidad. Con todo ello, estamos de acuerdo con su conclusión sobre cómo el tratamiento de los objetivos sociales está predominantemente enfocado a favor del mercado y la sostenibilidad fiscal.

Copeland y Daly (2018) apoyan estas conclusiones en el estudio de las REP (2011-2015) determinando que la política social enunciada en ellas ha estado más orientada a apoyar el desarrollo del mercado que a corregir sus fallos. Destacamos desde el punto de vista metodológico su clasificación de las REP en las categorías de "corrección del mercado" (la REP considera el tema como un problema que requiere un mayor compromiso del Estado a pesar de estar involucrado con elementos distorsionadores del mercado), "creación de mercado" (la Recomendación está orientada a la reducción de barreras a la competencia en el mercado) o "mixta". Ejemplos típicos de esta última categoría son aquellas REP que se refieren al acceso de las mujeres al mercado laboral ya que en ellas identificamos un elemento de protección social, pero se garantiza a través de la participación en el mercado laboral competitivo. Sobre estas aproximaciones realizamos nuestro análisis con la base de datos desarrollada con más de 1000 REP (desde el inicio del Semestre Europeo hasta la aprobación del Pilar Europeo de Derechos Sociales), seleccionando como aspecto de gobernanza social el avance hacia la igualdad de género. A pesar de la importancia de incluir las REP con referencia a este ámbito, destacamos su pequeño peso en relación con las prioridades de la UE (menos del 6% del total), con la mayoría de las REP dedicadas a la disciplina fiscal, el mercado laboral y la competitividad. De acuerdo con la clasificación de Copeland y Daly (2018) consideramos "mixtas" aquellas REP que pertenecen a la igualdad en el mercado laboral, el cuidado infantil asequible, las personas de segundo ingreso y el trabajo flexible. Sólo las Recomendaciones relativas a la igualdad en las pensiones podrían considerarse "correctivas del mercado", representando el 0,01% del total de REP dentro del período observado. Dicho análisis es coherente con un tratamiento de una cuestión social en el Semestre Europeo orientada al mercado.

Elomäki (2015) y O'Dwyer (2018, 2019) ponen de relieve que estas menciones a la igualdad servirían para acompañar o incluso legitimar el mercado. Sin embargo, se minimizan o silencian otras cuestiones relacionadas con las singularidades y requisitos de las mujeres, como la brecha salarial, la discriminación en el trabajo o la participación en la toma de decisiones.

La efectividad en la implementación de esas Recomendaciones Específicas por País referidas a aspectos sociales va a venir también condicionada por la propia amplitud e indefinición con la que están formuladas. Este aspecto está determinado, lógicamente, por los ya indicados rasgos del Semestre Europeo como instrumento de gobernanza, a medio camino entre el hard law y el soft law (Bokhorst, 2022) y el amplio margen de acción que queda en manos de los Estados según el tipo de política (Bekker, 2021). La subsidiariedad que opera en esta área incrementa la imprecisión de las REP, con frecuencia abiertas al diálogo y a la reinterpretación. Aunque las Recomendaciones relativas a la política fiscal contienen objetivos numerados, las que hacen referencia a políticas sociales son exhortaciones generales a los gobiernos nacionales sin metas precisas (Aldici y Gros 2014, 18). Esta diferencia otorga a los Estados una amplia discrecionalidad en la aplicación de las medidas sugeridas y es entendida generalmente como una muestra añadida del desequilibrio entre lo macroeconómico y lo social. Bekker (2021) apunta, sin embargo, a que esa flexibilidad debe ser entendida no como una debilidad sino como una oportunidad de adaptación del Semestre, como herramienta de gobernanza que se abre al diálogo y a un proceso de supervisión más maduro.

Dentro de ese margen de flexibilidad planteamos de nuevo las diferencias en las Recomendaciones dadas a los diversos Estados, en este momento en referencia a las de contenido social. D' Erman *et al.* (2019) evidencian cómo países del Norte y del Sur reciben Recomendaciones diferentes en cuestiones sociales, lo que Van der Veer y Haverland (2018) relacionan con aspectos políticos, en concreto con los riesgos transfronterizos y para el conjunto de la UE; así, Estados en deuda con otros recibirían más Recomendaciones y menos orientadas hacia la inversión social. El análisis de las REP sobre empleo de Haas *et al.* (2020) ilustra también cómo difieren los contenidos para cada gobierno. Mientras a muchos Estados miembros se les recomienda una combinación de reformas que podría describirse como "flexiguridad", a un número menor de países se les pide que gasten y protejan más. En la misma línea, el análisis de Baerg y Hallenberg (2022) relaciona el carácter más blando de las Recomendaciones con la intervención del Consejo, suavizando algunas exigencias en Estados donde hay un auge de euroescepticismo. De acuerdo con todo ello podemos hablar de una politización de la formulación de REP de contenido social, que no serían solo resultado de un análisis técnico y objetivo

Una vez que esas REP han sido formuladas y dirigidas al Estado, un segundo momento de análisis se refiere a la supervisión de cómo son seguidas por parte de los gobiernos nacionales. Nuestro análisis de todas las REP emitidas a lo largo de esta década muestra la frecuente repetición de la misma Recomendación al mismo país en años sucesivos debido a su incumplimiento, lo que proporciona una idea de las dificultades de conseguir la aplicación de los gobiernos nacionales. Teóricamente, las REP que piden a los Estados miembros que ajusten su Planes Nacionales de Reforma deben ser seguidas para garantizar que son efectivamente consideradas. No obstante, la referida amplitud de las Recomendaciones complica la medición del grado de cumplimiento (Bockhorst, 2022) lo que abre también la puerta a un historial mixto de implementación, donde algunos países parecen ajustarse más y mejor que otros (Haas et al, 2020). En ese seguimiento se muestran como factores importantes el modo en que los Estados han hecho uso de las REP para apoyar sus propias agendas y cómo los gobiernos son más proclives a adoptar las Recomendaciones cuando se

encuentren en una situación económica grave, y más en las relacionadas con aspectos fiscales y de competitividad que con las sociales.

El propio diseño inicial del Semestre y su sistema de supervisión presentaba importantes limitaciones que condicionaron desde su puesta en marcha su efectividad. En sus primeros años de funcionamiento, los Informes Conjuntos sobre el Empleo, junto con los Estudios Anuales de Crecimiento de los sucesivos Semestres Europeos, proporcionan una evaluación excesivamente general de la aplicación de las REP por país. No se realiza ninguna cuantificación de los avances ni se especifica ningún control o distinción con respecto al tiempo de cumplimiento. Tanto los análisis académicos (Zeitlin y Vankercke, 2014) como la acción de las organizaciones sociales (Semester Alliance, 2015) coincidían en la necesidad de una perspectiva integrada de las reformas nacionales y revisiones en profundidad considerándolo como un procedimiento infrautilizado en la consecución de objetivos sociales. La propia Comisión Europea asumió estas deficiencias cuando en su reflexión sobre la Racionalización y refuerzo del Semestre Europeo (European Commission, 2013) puso de relieve cómo en aquellos ámbitos en los que los instrumentos de supervisión son más rigurosos, tales como las finanzas públicas y los marcos presupuestarios, se registra un grado de aplicación significativamente más elevado. En consecuencia, proponía el fomento de un examen contrastado con los resultados obtenidos en el ejercicio y una mayor comparabilidad de las políticas aplicadas y sus resultados entre los Estados miembros, añadiendo una vigilancia y aprendizaje de buenas prácticas inter pares. Junto a ello, la Comisión abogaba por potenciar la naturaleza multilateral del proceso, entendiendo que la implicación de los Estados miembros es muy débil y que ello limita el debate y la posterior aplicación de las Recomendaciones Específicas por País. Este proceso no se ha llevado a cabo en la dimensión propuesta, aunque tanto el Pilar Europeo de Derechos Sociales como el Mecanismo de Reconstrucción y Resiliencia han producido en este procedimiento cambios que tratamos a continuación.

EL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES COMO ELEMENTO DE *SOCIALIZACIÓN* DEL SEMESTRE EUROPEO

La aprobación del Pilar Europeo de Derechos Sociales (PEDS) en la Cumbre de Gotemburgo (European Commission, 2017a) es un hito en la gobernanza social europea. Su lanzamiento se sitúa en el giro dado por la Comisión respondiendo a los excesos de la supervisión fiscal y sus consecuencias en el descontento de los ciudadanos con el proyecto europeo. Así, la Comunicación Reforzar la dimensión social de la Unión Económica y Monetaria (European Commission, 2013) ya había anticipado la petición de indicadores sociales y de empleo como parte de la coordinación de política económica del Semestre Europeo. Los 20 principios recogidos en el Pilar, fruto del impulso de la Comisión Juncker, son derechos ya reconocidos, pero con los que se enfatiza el compromiso de la Comisión con la igualdad, las condiciones de trabajo y la protección social. Desde el punto de vista jurídico adopta la forma de Recomendación, lo que deriva en una de las principales críticas por su falta de obligatoriedad directa. La Comunicación por la que se establece el Pilar confirma que su observancia es una responsabilidad conjunta, ya que, rigiendo el principio de subsidiariedad, la mayoría de los instrumentos necesarios para su cumplimiento están en manos de las autoridades nacionales y de los interlocutores sociales. Esta falta de aplicación directa es una cuestión a menudo criticada en tanto que dificulta su implementación y las reformas necesarias en la legislación de los Estados miembros (Arufe Varela, 2018; ETUC, 2020). La Comisión afirma en consecuencia que, en muchas ocasiones, el principal problema no es el reconocimiento de derechos sino su aplicación efectiva. Cavaghan y O'Dwyer (2018) apuntan por ello que la UE está abordando las metas sociales a través de objetivos aspiracionales

sin aplicación legal a pesar de ser nombrados "derechos"; subrayan cómo tal desequilibrio refleja una asimetría más amplia dentro de la integración europea, ya que favorece la liberalización del mercado sobre su corrección y la regulación social.

El área donde se observa un mayor impacto concreto del Pilar es la relativo al mercado de trabajo (Gómez Urquijo, 2018), aunque su planteamiento, como indica Pérez Amorós, (2017), es poco innovador respecto al acervo social existente. Observamos, por ejemplo, cómo de su aprobación derivó una nueva estrategia europea de actuación con respecto a las nuevas formas de empleo; ésta se tradujo en cuestiones concretas como la Directiva (UE) 2019/1152 relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles o la Recomendación del Consejo relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia. Otra cuestión es ver la implementación de esta Directiva en los países miembros, para comprobar los efectos que ha producido en términos de protección laboral y social de los trabajadores de las nuevas formas de empleo, en especial los que trabajan en plataformas (Cedrola, 2017). La aprobación del Pilar deja muchos otros retos pendientes no sólo en relación a la precariedad laboral sino en discapacidad, genero, desigualdad, protección social, acceso a la salud etc. (ETUC, 2020), cuestiones que se van a ver agravadas además casi de manera inmediata con el estallido de la pandemia. A pesar de ello, Garben (2019) argumenta que, aunque el Pilar no aborda y no puede abordar todas las preocupaciones sociales fundamentales relacionadas con el proyecto de la UE, ha sido capaz de dar un giro social a la agenda para la mejora de la legislación, que amenazaba con erosionar el acervo social.

De esa debilidad deriva también el protagonismo que se da al Semestre Europeo en la aplicación del PEDS (Rainone y Alois, 2021). Incluso se consideraba que la aplicación del Pilar a través del Semestre Europeo era el desencadenante de un nuevo paradigma de los derechos sociales (Grohs, 2019). Estas expectativas se apoyan fundamentalmente en el protagonismo del Cuadro de Indicadores Sociales que introduce el Pilar (Casagrande y Dallago, 2021), nuevo elemento de referencia para la gobernanza social. De igual modo, Vesan *et al.* (2021) destacan cómo el proceso de "socialización" de la gobernanza europea ha sido institucionalizado precisamente a través de la introducción de estos indicadores. Esta herramienta surge para medir el progreso social de la UE con respecto a los 20 principios reconocidos por el PEDS de una manera objetiva que sea comprensible para los ciudadanos, permitiendo la comparación y el análisis para la toma de decisiones (European Commission, 2017b). Una manifestación de la aplicación de este mecanismo se encuentra en las evaluaciones realizadas conforme al Pilar Europeo de Derechos Sociales en los Informes Conjuntos sobre Empleo de los distintos ciclos del Semestre. En ellos constatamos cómo dichos indicadores ponen de manifiesto situaciones críticas en varios Estados respecto a algunos de los principios. Esta observación año a año evidencia cómo esta herramienta detecta que muchos de los derechos reconocidos en el Pilar presentan grados de cumplimiento deficientes. Con ello, se evidencia su potencialidad para el análisis comparativo de la situación de los Estados miembros y el diseño de Recomendaciones macroeconómicas armonizadas con las que vayan dirigidas al cumplimiento de objetivos sociales.

No obstante, para que esta herramienta sea efectiva, es esencial la precisión de las cuestiones a medir y que haya una adecuada supervisión y ejecución de las decisiones. En relación con ello, Sabato y Corti (2018) apuntan la falta de relación entre los indicadores establecidos y los 20 principios del PEDS, argumentando que ciertos principios y derechos no se supervisan. Por otro lado, los análisis de los ciclos del Semestre, tras la aprobación del Pilar y antes del estallido de la pandemia, indican que la adopción del PEDS no parece en sí misma haber marcado un cambio en la orientación del Semestre (Rainone y Alois,

2021). Aunque los informes nacionales han incluido una sección dedicada al análisis del Cuadro de Indicadores Sociales, esto no se refleja en los Programas Nacionales de Reforma. El análisis en nuestra base de datos de las Recomendaciones Específicas por País no permite afirmar un incremento de la dimensión social como reflejo del Pilar. En la misma línea, Cavaghan y O'Dwyer (2018: 104-105) destacan que, al no ser vinculantes los principios sociales, los gobiernos y los mercados prestan su principal atención al indicador de desequilibrio macroeconómico, por encima del Cuadro de Indicadores Sociales.

Con todo ello, podemos afirmar que el Pilar Europeo de Derechos Sociales no corrige los déficits del Semestre Europeo, sino que los arrastra, perdiendo la oportunidad para superar el señalado desplazamiento de la política social (Dawson, 2018). La limitada resonancia y la importancia práctica del Pilar, tanto en términos de legislación como de su lugar dentro del Semestre Europeo, demuestran la necesidad de impulsar su aplicación y eficacia (Rainone y Alois, 2021). Entre las primeras manifestaciones de un cambio de rumbo destacamos, por un lado, cómo el ciclo del Semestre Europeo de 2020 transformó el Estudio Anual Prospectivo de Crecimiento en la Estrategia Anual de Crecimiento Sostenible, nombre que recibirá a partir de ese momento esta fase del procedimiento. También ese año, la Comisión publicó su Comunicación sobre la Revisión de la gobernanza económica, en la que señala los límites del actual marco de la Unión Económica y Monetaria y su incapacidad para tener debidamente en cuenta la evolución y los desafíos sociales (European Commission, 2020). A pesar del escaso carácter de transformación en las REP, Vesan et al (2021) sí ponen de relieve el impacto del Pilar Europeo de Derechos Sociales como seña de identidad para el Semestre y la gobernanza social. Mencionan, como ejemplo de ello, el legado dejado a la Comisión von der Leyen y el modo en el que el Pilar permea en las prioridades del Pacto Verde Europeo y en la integración de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (Comisión Europea, 2019). El Pilar Europeo de Derechos Sociales sería así el marco de referencia para garantizar una transición verde socialmente justa. El modo en que va a seguir evolucionando la presencia del PEDS dentro de la gobernanza europea va a quedar determinado por el estallido de la pandemia (Vesan *et al.*, 2021).

EL SEMESTRE EUROPEO EN LA COORDINACIÓN DE OBJETIVOS SOCIALES TRAS EL ESTALLIDO DE LA CRISIS DEL COVID-19

La irrupción de la pandemia y la respuesta a sus consecuencias fiscales, económicas y sociales incrementa la preocupación por garantizar una coordinación adecuada y reforzada de las políticas (Mariotto, 2022). Las reformas a abordar con los nuevos mecanismos financieros de respuesta a la crisis (Sánchez Barrueco, 2021) se van a realizar, de nuevo, a través del Semestre Europeo. Algunos análisis argumentan lo sorprendente de esta opción debido a las críticas ya expuestas sobre el diseño y operatividad de este instrumento (Vanhercke y Verdun 2022). Y el hecho es que, en medio de una crisis que no está conectada con lo financiero, como la de 2008, sino con la protección social, se refuerza la dimensión de equidad e inclusión dentro de todas las fases del Semestre Europeo. Este cambio está directamente relacionado con la flexibilización excepcional de la supervisión de la política fiscal, resultante de la suspensión temporal de las normas presupuestarias del Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Dos iniciativas clave en el rol del Semestre en la gobernanza social en esta etapa son el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales (Comisión Europea, 2021) y el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR), cuyas contribuciones abordamos a continuación.

El Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales entrelaza la aplicación de éste con la estrategia de recuperación de la UE y, más precisamente, con los fondos que los Estados miembros recibirán en el marco del nuevo

instrumento financiero, NextGenerationEU. El Plan de Acción se basa en los 20 principios del Pilar y se interpreta como una lista de tareas bastante pragmática, que aborda principalmente la necesidad de un modelo de crecimiento sostenible e inclusivo y una transición digital y ecológica justa. Su aprobación contribuye también al Semestre en términos de una mejor gobernanza social a través de la revisión del Cuadro de Indicadores Sociales. Estos adquieren una cobertura más amplia con el Plan, incluyendo nuevos aspectos medidos; por ejemplo: la participación de los adultos en el aprendizaje, la tasa de pobreza infantil, la brecha de empleo para discapacitados y la tasa de sobrecarga de los costos de la vivienda. Además, algunos de los indicadores existentes se actualizan para comparar mejor la evolución de la inclusión y la protección social, incluidos los indicadores sobre la asistencia sanitaria y los cuidados de larga duración, el riesgo de pobreza y la cobertura de las prestaciones por desempleo. Desde el punto de vista jurídico su aprobación plantea la concreción del modelo social europeo en un instrumento operativo (Bernal ,2021; Hochscheidt, 2021). Hay que destacar que esta iniciativa representa el compromiso de la Comisión de aplicar el PEDS y de convertirlo en una guía hacia una Europa social fuerte, estableciendo la visión de un nuevo código normativo social (Comisión 2021). Ello conecta, además, con las recomendaciones de la OIT para responder a las necesidades sociales ante la crisis del Covid-19 (ILO, 2020). Sin embargo, la clave de su éxito está en la capacidad del Plan para impulsar de manera efectiva ese nuevo código normativo en los Estados miembros (Cairós Barreto, 2021).

Como ejemplo para el análisis nos fijamos en cómo el Plan de Acción recoge las acciones a las que se compromete la Comisión impactando de manera específica en el derecho laboral. Para "adecuar las normas laborales al futuro del trabajo" asume, entre otras, la presentación de propuestas relativas a las condiciones laborales de los trabajadores de plataformas digitales y del Reglamento de la Unión sobre la inteligencia artificial, el Plan de Acción para la Economía Social o el nuevo marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027. Además, se compromete a revisar otros marcos legislativos, como el de calidad para los períodos de prácticas o el del modelo de industria para Europa. Igualmente, al seguimiento de iniciativas como el Instrumento Europeo de Apoyo Temporal para Mitigar los Riesgos de Desempleo en una Emergencia (SURE), la aplicación de la Directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo o la resolución del Parlamento Europeo con recomendaciones a la Comisión sobre el derecho a desconectarse de las herramientas digitales. Varios de estos compromisos han sido ya culminados o están en proceso de realización, lo que muestra la efectividad en la concreción del Plan de Acción desde el punto de vista de la Comisión. Más compleja resulta, sin embargo, la evaluación de la actuación de los Estados. En el apartado dedicado a la creación de "más y mejores empleos" el Plan recoge cómo la Comisión "insta a los Estados miembros a diseñar y aplicar paquetes coherentes de medidas que promuevan el apoyo activo eficaz para el empleo tras la crisis de la Covid-19". Se hacen recomendaciones específicas para ello referidas, por ejemplo, a: utilizar los fondos disponibles de la Unión (como la aplicación de la Garantía Juvenil reforzada), promover la participación de los trabajadores para fomentar la innovación en el lugar de trabajo, apoyar el emprendimiento (en particular, por parte de las mujeres), contribuir a la digitalización, la sostenibilidad y la resiliencia de las pymes así como al trabajo de la Comisión sobre los ecosistemas industriales. Los ejemplos mencionados nos sirven para apuntar un grado importante de concreción en las actuaciones demandadas a las autoridades nacionales. Sin embargo, no se prevé una posibilidad de coerción para llevar a cabo esas actuaciones.

Y es que, si bien con todo lo mencionado se pone de relieve la importancia del PEDS y del Cuadro de Indicadores Sociales en la recuperación de la UE, no se corrige la ausencia de

fuerza jurídica vinculante en la aplicación de los principios. Por ello, en términos de gobernanza, se detecta la necesidad de reforzar su papel en el marco del Semestre Europeo. En esta línea, en el ciclo del Semestre de 2021, los Informes por país y los Programas Nacionales de Reforma son sustituidos por los Planes Nacionales de Recuperación y Resiliencia; en ellos los Estados miembros esbozan las reformas estratégicas y las inversiones que tienen previsto realizar y en las que se les anima a hacer el mejor uso posible de los fondos para acelerar la aplicación del PEDS (European Commission, 2021a). Sin embargo, la aplicación del Plan de Acción del PEDS no está respaldada, por ejemplo, por el establecimiento de inversiones mínimas requeridas en el ámbito social o por la inclusión de cláusulas de condicionalidad social. Tampoco proporciona recursos adicionales a los gobiernos nacionales para su implementación, sino que redirige la financiación que los Estados miembros recibirán a través de los paquetes NextGenerationEU. Por ello, hay que contemplar también el Pilar y el Plan de Acción en relación con el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

El Semestre Europeo adquiere un claro protagonismo en el desempeño del MRR. Para acceder a sus recursos, los Estados han tenido que elaborar Planes Nacionales de Recuperación y Resiliencia detallando las reformas e inversiones que se pretenden financiar con cargo al mismo (coste, calendario, hitos y objetivos intermedios), que deben estar alineadas con las recomendaciones que formula la Comisión para cada país en el marco del Semestre Europeo. El Mecanismo de Recuperación y Resiliencia forma así parte de la gobernanza social desde el momento en que, junto a la promoción del crecimiento y la transición verde y digital, tiene como objetivo promover la cohesión social y fortalecer la resiliencia económica y social. Concretamente, pretende contribuir a mitigar el impacto social de la crisis, en particular en las mujeres, y a la aplicación del Pilar Europeo de Derechos Sociales. Por otro lado, observamos que, en sus Planes de Recuperación y Resiliencia, los Estados miembros están obligados a asignar unos porcentajes mínimos de sus gastos a protección medioambiental y a la digitalización: en la ejecución del MRR al menos el 37 por 100 de los fondos debe asignarse a proyectos que contribuyan directamente a la lucha contra el cambio climático y la protección del medio ambiente y no menos del 20 por 100 debe invertirse en digitalización. Además, el ciclo del Semestre Europeo de 2021 ha establecido una cláusula de "condicionalidad verde", también conocida como el principio de "no causar daños significativos", según la cual ninguna medida sobre la aplicación de las reformas e inversiones incluidas en el Plan perjudicará a los objetivos medioambientales de la UE. Esta voluntad política no se materializa del mismo modo en relación con los objetivos sociales. Sí se indica que las actuaciones contempladas en el Mecanismo se canalizan a través de los Planes de Recuperación y que éstos deben atender aspectos como: reformas orientadas a garantizar la igualdad de acceso a la educación y una asistencia sanitaria de calidad, abordar las brechas laborales y salariales entre hombres y mujeres, con políticas eficaces de apoyo y conciliación de la vida familiar y la vida profesional, o reformas de los sistemas fiscales y de protección social que contribuyan a la reducción de desigualdades.

De acuerdo con ello, se suscita la cuestión de qué aporta esta integración del MRR en la arquitectura de gobernanza económica y social europea (Vanhercke y Verdun, 2021; Creel et al, 2021). Y es que, si bien este mecanismo está favoreciendo una respuesta anticíclica, no exime del riesgo de divergencia económica y social ante la desigual intensidad de respuesta de los Estados miembros en función de su capacidad fiscal. Hay que subrayar el efecto asimétrico de la pandemia y de su mayor impacto en los países que ya mostraban mayores debilidades previas en términos de empleo y cohesión social y que, por tanto, se enfrentan a mayores retos sociales. De ahí, como se ha indicado, la importancia de dotar a las reglas fiscales de flexibilidad suficiente para atender a los diferentes ritmos de recuperación de los Estados miembros para que sea inclusiva. En

este sentido es muy interesante la evaluación que recoge el Consejo Económico Social español (CES) (2021: 92) sobre cómo se ha utilizado este mecanismo. El MRR no exige una estructura específica para los planes nacionales, por lo que estos presentan mucha heterogeneidad en el nivel de planificación y detalle. Los datos recogidos por el CES muestran un seguimiento general por parte de los Estados de las Recomendaciones dadas incluyendo en sus planes nacionales los porcentajes de gasto obligados en transformación verde y digitalización. La mayor concentración es estas dos prioridades se observa en aquellos Estados que reciben menos recursos. Por contra, los países como España que, por haber vivido un mayor impacto de la crisis han recibido una asignación de fondos mayor, han ampliado su acción social atendiendo con el MRR a cuestiones como educación, sanidad o cohesión territorial. Una vez más, destacamos la dificultad de asegurar el cumplimiento de los objetivos marcados en el MRR a través del Semestre Europeo y su falta de coerción en objetivos no macroeconómicos.

Como elemento que puede ayudar a esa mejor y mayor aplicación, llamamos la atención sobre la reciente incorporación al Semestre Europeo del nuevo Cuadro de indicadores de Resiliencia (European Commission, 2021b). Estos no sustituyen, sino que se unen a los derivados del Pilar Europeo de Derechos Sociales ya mencionados, aspirando a aportar un enfoque conjunto sobre las vulnerabilidades y resiliencia de los Estados para abordar las crisis. El Cuadro está compuesto por cuatro dimensiones fundamentales: verde, digital, geopolítica y socioeconómica. La parte social, vertebrada una vez más dentro de lo económico, consta a su vez de 3 áreas: la primera, dedicada a desigualdades e impacto social de la transición verde y digital, tiene en cuenta población en riesgo de pobreza e incluye indicadores que describen medios para reducir esas desigualdades. Consideramos especialmente significativo el que se tengan en cuenta entre los aspectos evaluados el gasto social de los Estados y el impacto de las transferencias sociales. La segunda área, más tradicional, recoge educación, con enfoque de igualdad de oportunidades, empleo y salud. Esta última, lógicamente en auge por la pandemia, incluye la valoración de vulnerabilidades y riesgos del sistema de salud, dando por tanto un giro al enfoque de los sistemas sanitarios desde el gasto público. La última parte de los indicadores se dedica a la tradicional sostenibilidad económica y financiera.

Los Estados miembros han de informar dos veces al año, en el contexto del Semestre Europeo, sobre los avances logrados en la ejecución de sus Planes de Recuperación y Resiliencia y en relación con los indicadores comunes. Desde el ciclo del Semestre Europeo 2022, los Planes Nacionales de Reforma cumplen su función asignada dentro del procedimiento e incluyen información semestral de los Estados miembros en el marco del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia; el Cuadro de Indicadores y el resto de información disponible en el Semestre Europeo serán tenidos en cuenta para determinar la cantidad que se asigne al país. Como indica Bockhorst (2022), en el centro del MRR está el que el dinero sólo se desembolsa cuando el Parlamento nacional adopta la reforma, quedando claro que la meta ha sido alcanzada, lo que supone una presión sobre las instituciones nacionales. De acuerdo con el Reglamento del MRR (UE/2021/241), no debe concederse ninguna contribución financiera al Estado miembro si el Plan de Recuperación y Resiliencia no cumple satisfactoriamente los criterios de evaluación. Como recoge el artículo 24, si la Comisión determina que no se han alcanzado de forma satisfactoria los objetivos establecidos se suspenderá el pago de la totalidad o una parte de la contribución financiera. Desde el punto de vista que adoptamos en este trabajo nos resulta especialmente significativo el que entre las cuestiones a evaluar se incluyan aspectos sociales. Fijándonos específicamente en este ámbito, podemos observar cómo el artículo 19 indica que se evalúa si el Plan de Recuperación y Resiliencia representa una respuesta integral y adecuadamente equilibrada ante la situación

no solo económica sino también social. Igualmente, dentro de los aspectos medidos a los que tiene que contribuir, y entre cuestiones del enfoque clásico de política social como la creación de empleo, se incluye la resiliencia social del Estado miembro (junto a la económica y la institucional). Se concreta además en las siguientes menciones: la contribución a la aplicación del Pilar Europeo de Derechos Sociales, al fomento de políticas destinadas a la infancia y la juventud y a mitigar el impacto económico y social de la crisis del Covid-19, reforzando así la cohesión económica, social y territorial y la convergencia en la Unión.

Se observa así una respuesta a la falta de condicionalidad social al mismo nivel que los ámbitos de digitalización o transición verde antes mencionada. Hasta el punto de que puede interpretarse, como apuntan Vanhercke y Verdun (2022), que el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia une directamente el apoyo de la UE post-pandemia a los objetivos sociales establecidos en el Semestre Europeo. Aunque no haya una condicionalidad explícita, la vigilancia del cumplimiento de metas sociales puede venir a través de la supervisión para los desembolsos sucesivos, ya que dependen de las evaluaciones intermedias que realice la Comisión Europea del progreso logrado de acuerdo con las Recomendaciones dadas en el Semestre. Este va a estar enfocado en la gestión del MRR y, con ello, se refuerza como instrumento de gobernanza porque cuenta con un incentivo presupuestario que da más peso a sus Recomendaciones, frente a la inoperatividad que hemos descrito anteriormente. Podemos hablar así de una "condicionalidad implícita", ya que la mayor sanción es no recibir los siguientes desembolsos en caso de incumplimiento. El margen que tiene esta condicionalidad sobre lo social está por ver (Vesan *et al.* (2021. Depende en gran parte de las Recomendaciones que se den dentro de este procedimiento y de que puedan introducirse mecanismos de refuerzo (como los mencionados para la transición verde o digital, y el que ha estado en vigor durante más de una década en relación con los objetivos macroeconómicos).

CONCLUSIÓN

Respecto a cuáles son los elementos esenciales para valorar si el Semestre Europeo es un instrumento adecuado de gobernanza social, consideramos esencial el análisis del número de menciones a cuestiones sociales en relación con las macroeconómicas y, en particular, en las Recomendaciones específicas dadas a los países. Sin embargo, concluimos que este enfoque nos resulta insuficiente para medir el desempeño del Semestre Europeo para la gobernanza social y añadimos la naturaleza del contenido y la factibilidad del cumplimiento y supervisión de dichas Recomendaciones.

En lo referente al contenido, esas menciones al ámbito social deben ser estudiadas, primero, desde si están orientadas a la potenciación del mercado competitivo o a su corrección para atender a necesidades sociales. En segundo lugar, desde su coherencia con el enfoque de gasto público, es decir, si sólo tienen en cuenta la reducción del gasto o si la exigencia de disciplina fiscal las hace incoherentes. En lo referente a la supervisión de su cumplimiento, el despliegue social del Semestre queda condicionado por el propio diseño de este instrumento y por la subsidiariedad que opera en el ámbito social. Ello agranda la imprecisión de las REP de contenido social que están, además, más politizadas y en un plano secundario respecto a las económicas a la hora de ser cumplidas por los Estados.

Siendo la ambigüedad y la falta de obligatoriedad elementos constantes en este ámbito, buscamos las tendencias en la evolución de la gobernanza social del Semestre en su década de funcionamiento. Con este fin, nos hemos fijado en dos hitos: el Pilar Europeo de Derechos Sociales y la reacción a la pandemia del Covid-19 atendiendo a los elementos de análisis arriba señalados. De acuerdo con ello, consideramos que el Pilar Europeo de Derechos Sociales no mejora la gobernanza social desde el punto de vista de número de Recomendaciones o su orientación hacia la corrección del mercado. Si acaso, aporta desde lo que podría-

mos llamar un afianzamiento de la sensibilidad política europea hacia la incorporación de los objetivos sociales en la gobernanza económica. El Cuadro de Indicadores sociales que introduce el Pilar es una herramienta infrautilizada pero que va preparando el camino para la reacción a la siguiente crisis que llega con el Covid-19.

Es ante el estallido de la pandemia donde el Semestre Europeo alcanza su mayor protagonismo como instrumento de gobernanza social. Apartemente no hay grandes cambios en cuanto a la falta de coerción de los objetivos sociales; sin embargo, el marco es completamente diferente desde el momento en que se activa la cláusula de salvaguarda del Pacto de Estabilidad y se suspenden las reglas ficales. Se reequilibra el peso de lo económicos y lo social en el Semestre y se abre una puerta a otros cambios. a través del Mecanismo de Reconstrucción y Resiliencia. También es importante el que con este último instrumento se pide a los Estados Planes de Recuperación y Resiliencia en los que tienen que acelerar la aplicación del Pilar. Asimismo, destaca el Cuadro de Indicadores de Recuperación y Resiliencia, como resultado de la evolución de los anteriores, incluidos los del Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales. Se van ampliando, perfeccionando y tiene más relevancia su uso, mostrando cada vez más armonizadas la gobernanza económica y la social a través de ellos. Sobre todo, en la medida en que en el cumplimiento de los objetivos de los planes nacionales de Recuperación y Resiliencia están integrados esos indicadores.

Finalmente, apuntamos el cambio que se ha producido desde la condicionalidad macroeconómica (explícita) que impuso el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la crisis de 2008. En aquel momento los objetivos sociales quedaban condicionados al cumplimiento de criterios fiscales. El MRR trae un nuevo enfoque para afrontar esta crisis y con él un nuevo modo de gobernanza social. Los indicadores de Resiliencia tienen en cuenta el gasto social de los Estados y el impacto de las transferencias sociales. Con ello se corrigen los errores con los que el control de gasto pasaba por encima de otras consideraciones sobre su impacto social. Destacamos la nueva condicionalidad respecto a los objetivos sociales a la que hemos denominado "implícita" por su diferencia con los objetivos de digitalización y transición ecológica (y macroeconómica). En definitiva, el cumplimiento de los objetivos sociales va a ser esencial para el desembolso de los fondos que van a recibir los Estados y esto supone un avance de calado dentro del funcionamiento del Semestre en el que se integra el MRR. Se apunta con ello a una nueva oportunidad para que la Comisión siga introduciendo reformas que hagan más operativo el Semestre Europeo mejorando a través de él la gobernanza social.

BIBLIOGRAFÍA

ALCIDI, C. y GROS, D. *Implications of EU Governance Reforms. Rationale and Practical Application. ETLA Raports No 25,* (2014).

AMSTRONG, A. The New Governance of EU Fiscal Discipline, *European Law Review* 38, (2013), 5, pp. 601-617.

ARUFE VARELA, A. El nuevo pilar europeo de derechos sociales. Análisis crítico. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, N.º 49, (2018).

BAERG, N. y HALLENBERG, N. Council Checks of the Commission under the European Semester: Does Member State Power and Euroscepticism Still Matter?. Journal of Common Market Studies. 60 (2022) 1, 55-80.

BEKKER, S. *EU Economic Governance in Action: Coordinating Employment and Social Policies in the Third European Semester. Rochester, NY: Social Science Research Network. SSRN Scholarly Paper,* (2014).

BEKKER, S. Hardening and softening of country-specific recommendations in the European Semester. *West European Politics*, 44 (2020) 1, 114-133

BERNAL SANTAMARÍA, F. El pilar europeo de los derechos sociales y el plan de acción: por fin, ¿el modelo social europeo?, *Cuadernos de Derecho Transnacional,* 14, Issue 1, Marzo (2022), pp. 47 – 64.

BOKHORST, D. The Influence of the European Semester: Case Study Analysis and Lessons for its Post-Pandemic Transformation. Journal of Common Market Studies, Volume 60. Number 1. (2022) pp. 101–117.

CAIRÓS BARRETO, D.M. El futuro de Europa y su nuevo «código normativo social» el Plan de acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales, *Trabajo y Derecho* n. 82. (2021).

CASAGRANDE, S. Y DALLAGO, B. Socio-Economic and Political Challenges of EU Member Countries: Grasping the Policy Direction of the European Semester. *Comparative Economic Studies*. (2021).

CAVAGHAN, R. Y O'DWYER, M. European economic governance in 2017: a recovery for whom?". *Journal of Common Market Studies Annual Review*, *56*, (2018) 96-108.

CEDROLA SPREMOLLA, G. El trabajo en la era digital: Reflexiones sobre el impacto de la digitalización en el trabajo, la regulación laboral y las relaciones laborales", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 5, nº 1, enero-marzo de 2017.

CLAUWAERT, S. *The country-specific recommendations (CSRs) in the social field: an overview and comparison. Update including the CSRs 2019-2020, Background analysis 2019.03, Brussels, ETUI*. (2019).

COMISIÓN EUROPEA. Racionalización y refuerzo del Semestre Europeo. Anexo al Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento para 2016 Refuerzo de la recuperación y fomento de la convergencia, COM (2015) 690 final. 2015

COMISIÓN EUROPEA. Comunicación El Pacto Verde Europeo COM/2019/640 final. (2019)

COMISIÓN EUROPEA. Comunicación Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales {SWD(2021) 46 final. (2021)

COPELAND, P. y DALY, M. Varieties of poverty reduction: Inserting the poverty and social exclusion target into Europe 2020**.** *Journal of European Social Policy,* 22 (2012) 273.

COPELAND, P. y DALY, M. The European Semester and EU social policy. *Journal of Common Market Studies*, *56 (2018),* 5, 1001-1018.

CREEL, J., LERON, N., RAGOT, X. y SARACENO, F. *Embedding the Recovery and Resilience Facility into the European Semester Macroeconomic coordination gains and democratic limits. ETUI Policy Brief, European Economic, Employment and Social Policy 2021.14. 2021.* (2021).

DARVAS, Z. y LEANDRO, A. *The limitations of policy coordination in the Euro area under the European Semester. Policy Brief, Bruegel.* (2015).

D'ERMAN, V., HAAS, J., SCHULZ, D. Y VERDUN, A. One Size Fits All' or Tailoring to Member States?, *Journal of Contemporary European Researc*h (2019) Volume 15, Issue 2.

DAWSON, M. New governance and the displacement of Social Europe: the case of the European Semester. *European Constitutional Law Review*, *14*((2018) 1, 191-209.

DE LA PORTE, C. Y HEINS, E. *Game change in EU social policy: From optional re-calibration to coercive retrenchment*. En *M.J. Rodrigues and E. Xiarchogiannopoulou (eds), The Eurozone crisis and the transformation of EU governance: Internal and external dimensions,* Aldershot: Ashgate, 157-72. (2014).

DEGRYSE, C., JEPSEN, M. y POCHET, P. *The Euro crisis and its impact on national and European social policies, ETUI Working Paper 2013.05*. (2013).

ELOMÄKI, A. The Economic Case for Gender Equality in the European Union: Selling Gender Equality to Decision-makers and Neoliberalism to Women's Organizations. *European Journal of Women's Studies*,*22* (2015) (3), 288–302.

ETUC. Implementing the European Pillar of Social Rights: ETUC Proposals, https://est1.etuc.org/ (2020)

EU SEMESTER ALLIANCE. *CSRs 2015 Delivery gap remains on a democratic, social and sustainable Europe. (2015).* https://semesteralliance.files.wordpress.com/2015/12/2015-semester-alliance-csr-report-17Brussels, 26.11.2015 COM(2015) 700 final –12-151.pdf. (2015)

EUROPEAN COMMISSION. Communication Strengthening the social dimension of the economic and monetary union COM(2013) 690. (2013).

EUROPEAN COMMISSION. Communication Establishing a European Pillar of Social Rights COM/2017/0250 Final. (2017a).

EUROPEAN COMMISSION. Social Scoreboard accompanying the Communication Establishing a European Pillar of Social Rights COM/2017/0250 final. (2017b).

EUROPEAN COMMISSION. Assessment of the Europe 2020 Strategy Joint Report of the Employment Committee (EMCO) and Social Protection Committee (SPC). Luxembourg: Publications Office of the European Union. (2019).

EUROPEAN COMMISSION. Communication Economic governance review Report on the application of Regulations (EU) No 1173/2011, 1174/2011, 1175/2011, 1176/2011, 1177/2011, 472/2013 and 473/2013 and on the suitability of Council Directive 2011/85/EU COM/2020/55 final. (2020).

EUROPEAN COMMISSION. Annual Sustainable Growth Strategy 2021, COM/2020/575 final. (2021a).

EUROPEAN COMMISSION. Resilience Dashboard for the social and economic, green, digital dimensions. (2021b).

GARBEN, S. The European Pillar of Social Rights: An Assessment of its Meaning and Significance, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 21 (2019), pp. 101–127.

GOMEZ URQUIJO, L. (ed.) *El Pilar Europeo de Derechos Sociales. Contribución al empleo y al mercado de trabajo europeo*. Thomson Reuters Aranzadi, (2018).

GROHS, S. New perspectives for a Social Europe: The "Social Pillar" and the European Semester as triggers for a new paradigm of social rights?. Revista catalana de dret públic, Nº. 59, (2019), pp. 21-35

HAAS, J., D'ERMAN, V.J., SCHULZ, D. F. y VERDUN, A. Economic and fiscal policy coordination after the crisis: is the European Semester promoting more or less state intervention? *Journal of European Integration* 42 (2020) :3, 327-344.

HOCHSCHEIDT, L. Social Pillar Action Plan—longer on aspiration, https://www.socialeurope.eu/social-pillar-action-plan-longer-on-aspiration (2021)

ILO. Social protection response to the Covid-19 crisis, Geneva: International Labour Organization. https://www.social-protection.org/gimi/ShowWiki.action?id=62 (2020).

MARIOTTO, C. The Implementation of Economic Rules: From the Stability and Growth Pact to the European Semester. *Journal of Common Market Studies*, Volume 60. Number 1 (2022) . pp. 40–57.

O'DWYER, M. Making sense of austerity: the gendered ideas of European economic policy. *Comparative European Politics*, 16 (2018) 5, 745-761.

O'DWYER, M. Expertise in European Economic Governance: A Feminist Analysis. *Journal of Contemporary European Research* 15 (2019) 2: 162-178.

PÉREZ AMOROS, F. Los retos laborales de la Unión 60° aniversario. El Pilar Europeo de Derechos Sociales *Trabajo y Derecho*, 35 (2017), pp. 12-26.

POCHET, P. y DEGRYSE, C. The programmed dismantlement of the 'European Social Model. *Intereconomics : review of European economic policy* 47 (2012) (4): 212-17.

RAINONE, S. y ALOISI, A. *Time to deliver? Assessing the Action Plan on the European Pillar of Social Rights. ETUI Policy Brief, European Economic, Employment and Social Policy 2021.* (2021).

SABATO, S. and CORTI, F. *The Times They Are A-Changin'?' The European Pillar of Social Rights from Debates to Reality Check. ETUI, Social Policy in the European Union: State of Play 2018, ETUI, Brussels,* (2018).

VAN DER VEER, R. y HAVERLAND, M. *The politics of (de-)politicization and venue choice: A scoping review and research agenda on EU financial regulation and economic governance. Journal of European Public Policy, (*2018).

VANHERCKE, B. *Under the Radar? EU Social Policy in Times of Austerity. En D. Natali y B. VANHERCKE, Social developments in the European Union, 91–120. ETUI, Brussels,* (2013).

VANHERCKE, B. y VERDUN, A. *From the European Semester to the Recovery and Resilience Facility Some social actors are (not) resurfacing. ETUI Working Paper,* (2021).

VERDUN, A. y ZEITLIN, J. Introduction: the European Semester as a new architecture of EU socioeconomic governance in theory and practice. *Journal of European Public Policy*, (2018) 25:2, 137-148.

VESAN, P. , CORTI, F., SABATO, S. The European Commission's entrepreneurship and the social dimension of the European Semester: from the European Pillar of Social Rights to the Covid-19 pandemic, *Comparative European Politics* 19 (2021) 277–295.

ZEITLIN, J. Y VANHERCKE, B. *Socializing the European Semester?. Economic Governance and Social Policy Coordination in Europe 2020, SIEPS,7.* (2014).

ZEITLIN, J. Y VANHERCKE, B. Socializing the European Semester: EU Social and Economic Policy Co-Ordination in Crisis and Beyond. *Journal of European Public Policy* 25 (2018) (2): 149–74.

Los derechos de conciliación corresponsable en el derecho español a la luz de la Directiva 2019/1158

Co-responsibility rights in spanish law in light of Directive 2019/1158

SARAI RODRÍGUEZ GONZÁLEZ*

https://doi.org/10.55617/revmites.31

Resumen: La Directiva 2019/1158, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, cuyo plazo de transposición concluyó el pasado 2 de agosto de 2022, constituye el primer instrumento normativo que aborda explícitamente la conciliación desde la perspectiva de la corresponsabilidad y le otorga un reconocimiento autónomo dentro del acervo comunitario. Esta Directiva refuerza la dimensión social de la UE y tiene el potencial de generar un cambio de perspectiva permitiendo que los cuidados y las responsabilidades de cuidado se perciban como una parte integral e inevitable de la vida de las personas trabajadoras.

En la transposición de la Directiva 2019/1158, España se enfrenta al reto de revisar su regulación interna para ajustarla a las normas mínimas sobre permisos parentales, para cuidadores o por fuerza mayor familiar, y las fórmulas de trabajo flexible, así como a los requerimientos de promoción de utilización y disfrute equilibrado de los derechos que favorezca la corresponsabilidad. La coyuntura de la transposición de la Directiva ha de servir de telón de fondo para avanzar en la introducción de fórmulas más comprometidas de trabajo flexible desde una perspectiva compartida y bidireccional empresas-personas trabajadoras, no vinculada únicamente a las necesidades productivas, sino también a la adecuada conjugación de los tiempos vitales. Con todo, aún es preciso seguir avanzando en el largo camino que requiere la transición desde el modelo clásico de conciliación laboral y familiar hacia una real y efectiva conciliación corresponsable. A tal fin, es imperativo que el siguiente paso en esta senda se dirija a materializar los objetivos de corresponsabilidad institucional, favoreciendo la participación de las mujeres en el mercado de trabajo a través de la creación de una red de servicios atención menores y familiares dependientes de calidad y asequibles.

Palabras clave: Igualdad entre hombres y mujeres; conciliación de la vida laboral y familiar; corresponsabilidad; permiso parental; permiso de paternidad; permiso para cuidadores; ausencia por fuerza mayor; acuerdos de trabajo flexible.

Abstract: Directive 2019/1158 on work-life balance for parents and carers, which transposition deadline expired on 2 August 2022, is the first piece of legislation to explicitly address reconciliation from the perspective of co-responsibility and to give it autonomous

* Profesora contratada doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna.

recognition within the Community acquis. This Directive strengthens the social dimension of the EU and has the potential to produce a change of perspective by allowing care and caring responsibilities to be perceived as an integral and unavoidable part of working people's lives.

In the transposition of Directive 2019/1158, Spain faces the challenge of revising its domestic regulation to bring it into line with the minimum standards on parental leave, leave for caregivers or leave due to family force majeure, and flexible working arrangements, as well as with the requirements to promote the balanced use and enjoyment of rights that favour co-responsibility. The context of the transposition of the Directive should serve as a backdrop for making progress in the introduction of more committed formulas for flexible working from a shared, two-way perspective between companies and workers, not only linked to production needs, but also to the appropriate combination of working time. However, but there is still a long way to go in the transition from the classic model of work-life balance to a real and effective co-responsible work-life balance. It is imperative that the next step on this path is to materialise the objectives of institutional co-responsibility, favouring the participation of women in the labour market through the creation of a network of services for the care of children and dependent family members, of high quality and affordable.

Keywords: Equality between men and women; work-life balance; co-responsibility; parental leave; co-responsibility; paternity leave; carers' leave; time off from work on grounds of force majeure; flexible working arrangements.

1. PRIMERA DIRECTIVA DE RECONOCIMIENTO AUTÓNOMO DE LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR EN LA UNIÓN EUROPEA

1.1. Del frustrado intento de reforma de la Directiva 92/85 a la Directiva 2019/1158

La 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 fue aprobada por el Parlamento Europeo y el Consejo el 20 de junio de 2019, entró en vigor el 1 de agosto de 2019 y se otorgó a los Estados miembros un plazo general de tres años para transponerla en sus legislaciones nacionales. Por tanto, a partir del 2 de agosto de 2022, todos los Estados miembros deben aplicar las normas de la UE para mejorar la conciliación de la vida laboral y familiar de los padres y cuidadores[1].

La conciliación trabajo-familia continúa siendo un reto social pendiente que se ha dotado en los últimos años de una renovada sustantividad, caracterizándose por dos objetivos fundamentales: la promoción de la corresponsabilidad en su triple vertiente (familiar, empresarial e institucional) y el mantenimiento de la presencia de las mujeres en el mercado laboral[2]. En el ámbito de la Unión Europea, es preciso destacar la existencia de un cambio de tendencia sobre el enfoque de las políticas destinadas a conseguir el equilibrio trabajo–familia[3].

[1] En España, el 1 de agosto de 2022 el Consejo de Ministros acordó la transposición de la Directiva 2019/1158.

[2] BALLESTER PASTOR, M.ª A. (2012). "La era de la corresponsabilidad: los nuevos retos de la política antidiscriminatoria". *Lan Harremanak*, 25, pp. 53 a 77.

[3] Un estudio sobre esta evolución en el derecho de la UE en RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S. (2016). *Tiempo de trabajo y vida privada*, Granada: Comares, pp. 30-41; y BALLESTER PASTOR, M.ª A. (2010). "Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea:

A principios de la década pasada, las referencias a la conciliación y corresponsabilidad contenidas en los documentos de *soft-law* procedentes de la UE[4] reflejaban una peculiar dimensión sobre la conciliación, más vinculada a la productividad y a una nueva organización del trabajo[5]. Se trataba de una perspectiva –novedosa en ese momento– en la que la conciliación aparecía como un objetivo instrumental al económico, diluyéndose su finalidad estrictamente social y su vinculación a la discriminación por razón de género. Sin embargo, se produce un cambio de rumbo cuyo punto de inflexión se asocia al devenir de las negociaciones relativas a la Propuesta de modificación de la Directiva 92/85/CEE[6] que había sido presentada por Comisión Europea en octubre de 2008, con el objetivo de prolongar la baja de maternidad obligatoria de catorce a dieciocho semanas. Esta propuesta modificativa fue sustancialmente alterada por la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2010[7], que no solo se ocupó de enmendar cuestiones puntuales sobre el permiso de maternidad –como la ampliación de la duración mínima del permiso a veinte semanas–, sino que apostó decididamente por ampliar el ámbito material de la Directiva, lo cual quedó reflejado en la propuesta de modificación del propio título de la Directiva 92/85/CEE al que se pretendía añadir la expresión *"y de medidas de apoyo a los trabajadores para conciliar la vida profesional y familiar"*. El texto adoptado en 2010 en primera lectura por el Parlamento Europeo quedó bloqueado en las negociaciones del Consejo.

La Comisión Europea presidida por Jean-Claude Juncker, que asumió su mandato a finales de 2014, acordó dar un plazo de seis meses para intentar desbloquear las negociaciones advirtiendo que, en caso de que no se lograran avances, retiraría la propuesta. Concretamente, en el anexo II de su *Programa de Trabajo para 2015: "Un nuevo comienzo"*[8], la Comisión la incluyó en una lista de ochenta propuestas pendientes que se retirarían o modificarían de acuerdo con el principio de discontinuidad política. Finalmente, a principios de julio de 2015, ante la falta de avances en las negociaciones, la Comisión Europea decidió retirar la propuesta legislativa para armonizar a nivel europeo la baja de maternidad, anunciando al mismo tiempo su sustitución por una nueva iniciativa focalizada en la incorporación de medidas de mejora de las condiciones de vida de las personas trabajadoras con menores o familiares dependientes a cargo, con el fin de lograr un adecuado equilibrio entre la vida profesional y la privada. Apostando decididamente por una nueva orientación en la formulación de los objetivos de las políticas europeas de conciliación, la Comisión Europea publicó en agosto de 2015 la hoja de ruta titulada "*Nuevo comienzo para hacer frente a los desafíos de la conciliación de la vida que enfrentan las familias trabajadoras*", que se incorporó a su *Programa de Trabajo para 2016: "No es momento de dejar las cosas como están"*[9]. El principal objetivo que subyacía a esta iniciativa era hacer frente a la

rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad". *Revista de Derecho Social,* 51, pp. 31 a 66.

[4] Se hace referencia a la Estrategia 2020, a la Estrategia para la igualdad entre hombres y mujeres 2010-2015 y a las Directrices generales para las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión [aprobadas por Recomendación del Consejo de 27.4.2010. SEC (2010) 488 final].

[5] Una enumeración de las características configuradoras de la política de conciliación de la Unión Europea en BALLESTER PASTOR, M.ª A. (2012). "Conciliación y corresponsabilidad en las últimas reformas laborales y de seguridad social", Ponencia Barcelona de 22 de febrero de 2012, p. 5.

[6] Propuesta de modificación de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia. COM (2008) 637 final. Ampliamente sobre los aspectos esenciales de esta propuesta de modificación de la Directiva, CUESTA LÓPEZ, V. (2011). "Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y profesional: fundamentos constitucionales y avances normativos en el ámbito de la Unión Europea". *ReDCE,* 16, pp. 331-376.

[7] Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2010. COM(2008)0637 – C6-0340/2008 – 2008/0193(COD).

[8] COM(2014) 910 final.

[9] COM (2015) 610 final.

escasa participación de las mujeres en el mercado de trabajo mediante la modernización y adaptación del marco legal y político de la UE. Se trataba de diseñar nuevas fórmulas que favorecieran la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras con menores o familiares dependientes a su cargo y reducir los obstáculos a la participación laboral de las mujeres, contribuyendo, además, a mejorar la independencia económica de las mujeres y a disminuir su riesgo de pobreza y exclusión social. De forma paralela a las actuaciones derivadas del plan de trabajo nacido con la citada Hoja de Ruta, en marzo de 2016 la Comisión Europea puso en marcha una amplia consulta pública, que se extendería hasta diciembre de 2016, sobre una nueva propuesta clave: el denominado "*Pilar europeo de Derechos Sociales*"[10].

Desde la convicción de que política social moderna debe asentarse sobre la inversión en capital humano basada en la igualdad de oportunidades, "el equilibrio entre vida profesional y privada" figura como el noveno de los veinte principios fundamentales del *Pilar Europeo de los Derechos Sociales*[11] –proclamado de forma solemne el 17 de noviembre de 2017 en la Cumbre de Gotemburgo– indicando que "*los padres y las personas con responsabilidades asistenciales tienen derecho a los permisos adecuados, a unas condiciones de trabajo flexibles y a servicios de asistencia. Las mujeres y los hombres deben tener igualdad de acceso a permisos especiales para cumplir con sus responsabilidades asistenciales y debe animárseles a utilizarlos de forma equilibrada*". Lo dispuesto en el Pilar Social supuso dar continuidad a la línea de tendencia marcada por las Directivas Europeas sobre permisos parentales –Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio[12] y Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo[13]–, que venían reconociendo que las medidas para conciliar la vida profesional y familiar deben fomentar la introducción de nuevos modos flexibles de organización del trabajo y del tiempo que tengan en cuenta a la vez tanto las necesidades de las empresas y como las de las personas trabajadoras.

Para evitar que la Declaración de Gotemburgo quedara tan solo en una proclama sin fuerza vinculante, pronto se pusieron en marcha una serie de instrumentos normativos con los que se pretendía materializar el Pilar Social[14]. Concretamente, el 26 de abril de 2017, el Parlamento y el Consejo presentaron la propuesta de la actual *Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y de los cuidadores, por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo*[15]. Esta Directiva, que a diferencia de su precedente no tiene su origen en un Convenio Marco negociado por los interlocutores sociales, se erige en la primera norma europea que regula el derecho a la conciliación de la vida familiar y profesional de quienes ejercen como cuidadores no profesionales (trabajadores/as progenitores y cuidadores)[16]. Resulta fundamental de-

[10] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales [COM (2016) 127 final], y el Anexo- Primer esbozo preliminar de un pilar europeo de derechos sociales.

[11] Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión de 26 de abril de 2017 sobre el Pilar europeo de derechos sociales.

[12] Directiva 96/34/CE del Consejo de 3 de junio de 1996 relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES.

[13] Directiva 2010/18/UE del Consejo de 8 de marzo de 2010 por la que se aplica el Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por Business Europe, la UEAPME, el CEEP y la CES que deroga la Directiva 96/34/CE.

[14] Las iniciativas normativas comprendían: la propuesta de Directiva sobre conciliación de la vida laboral y familiar para los progenitores y cuidadores, la propuesta Directiva sobre condiciones de trabajo transparentes y predecibles (actual Directiva 2019/1152) y la propuesta de Reglamento para la creación de una Autoridad Laboral Europea (actual Reglamento 2019/1149).

[15] Un análisis del contenido de la propuesta de Directiva en Ballester Pastor, M.ª A. (2017). "La conciliación de responsabilidades: estado de la cuestión a la luz de la propuesta de directiva de la Comisión Europea de 26 de abril de 2017". *Lan Harremanak*, 38(II), pp. 67-92.

[16] La tramitación de la Directiva por el procedimiento ordinario ante la falta de acuerdo con los interlocutores sociales refleja el escaso interés de estos por avanzar en

terminar el alcance del concepto de "persona trabajadora" a los efectos de la aplicación de la norma comunitaria. La Directiva 2010/18 garantizaba que ciertos derechos relacionados con la familia se aplicaran a todas las personas trabajadoras "*incluidos los trabajadores a tiempo parcial, los trabajadores con contratos de duración determinada o las personas con un contrato de trabajo o relaciones laborales con una empresa de trabajo temporal*" (cláusula 1.3). La nueva Directiva de conciliación da un paso más y extiende su aplicación a todos los trabajadores/as que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral "*teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*" (art. 2)[17]. Esta referencia es particularmente importante ya que evita los riesgos de posible constricción del ámbito de aplicación personal que pudieran producirse en el marco del proceso de transposición por los Estados miembros. El mencionado precepto se alinea con lo previsto en el art. 1.2 de la Directiva 2019/1152 sobre condiciones de trabajo transparentes y predecibles[18] y se complementa con el considerando 8 esa misma dispone que el TJUE "ha establecido criterios para determinar el estatus de un trabajador (…). Siempre que cumplan esos criterios, los trabajadores domésticos, los trabajadores a demanda, los trabajadores intermitentes, los trabajadores retribuidos mediante vales, los trabajadores de las plataformas en línea, los trabajadores en prácticas y los aprendices pueden estar incluidos en el ámbito de aplicación de esta Directiva"[19]. Con ello, el legislador comunitario se muestra consciente de los cambios que está experimentando el mercado laboral y de que hay muchas personas trabajadoras que se encuentran en una situación de vulnerabilidad[20]. No obstante, se omite cualquier referencia a las personas trabajadoras autónomas a quienes no les resulta de aplicación esta Directiva y para las que únicamente se prevé el estándar mínimo a nivel de la UE de catorce semanas de subsidio por maternidad (art. 8 de la Directiva 2010/41[21]).

La Directiva 2019/1158 refleja un cambio de perspectiva en el tratamiento de la conciliación e introduce un enfoque más amplio que se extiende al conjunto de "responsabilidades asistenciales de los progenitores y de los cuidadores", de modo que abarca la crianza de los menores y la atención de mayores, personas enfermas y dependientes tanto familiares como convivientes en el mismo hogar. Este nuevo enfoque del ciclo vital justifica que el contenido material de la Directiva se expanda, no solo ampliando el elenco de derechos de conciliación que contemplaba la Directiva 2010/18, sino también extendiendo la cobertura de derechos ya existentes para que ahora puedan cubrir el cuidado de familiares o convivientes menores, mayores y dependientes. En concreto, la nueva Directiva introduce *ex novo* dos derechos emblemáticos, el permiso de paternidad y el permiso para cuidadores, y refuerza la regulación de dos derechos ya existentes, el permiso parental y el derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible. Sin embargo, la Directiva de conciliación no se convierte en el único instrumento legislativo de la UE en materia de conciliación, sino que su contenido debe completarse con las previsiones de las Directivas 2006/54 y 92/85, debido

una materia que se había tratado con escaso compromiso en las Directivas de permisos parentales. Ballester Pastor, M.ª A. (2019). "De los permisos parentales a la conciliación: Expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español". *Derecho de las Relaciones Laborales,* 11, p. 1110.

[17] Cabeza Pereiro, J. (2018). "El concepto de trabajador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea". *Documentación laboral,* 113, pp. 45 a 58.

[18] Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea.

[19] Sobre la extensión del ámbito personal de esta Directiva a los funcionarios y a las relaciones de empleo público, resulta posible aplicar la STJUE de 16 de septiembre de 2010, asunto Chatzi, C-149/10, que lo admitió respecto a la Directiva 96/34.

[20] Caracciolo di Torella, E. (2020). "One more step along the way: the 2019 Work Life Balance Directive".*Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale,* 4, p. 73.

[21] Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo.

fundamentalmente a la ausencia de cualquier mención a las madres (progenitoras gestantes o lactantes)[22]. Esta omisión quizás responde a la experiencia del frustrado proceso de reforma de la Directiva 92/85 anteriormente comentado y a las enmiendas que terminaron provocando la retirada de la propuesta ante el bloqueo de las negociaciones. Con todo, se lamenta que no se haya aprovechado esta oportunidad como trampolín para introducir un marco más progresivo para abordar los problemas de conciliación de la vida laboral y personal incluyendo disposiciones específicas sobre la FIV, la lactancia materna, así como una mayor protección contra el despido para las mujeres que se reincorporaran tras la licencia de maternidad.

Con la promulgación de la *Estrategia Europea para la igualdad de Género 2020-2025*[23], la Comisión Europea insiste en que "mejorar la conciliación de la vida privada y la vida profesional de los trabajadores es una de las formas de abordar las diferencias entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo" y propone impulsar que los Estados transpongan y apliquen correctamente esta Directiva avanzando más allá de estas normas mínimas, revisando sus políticas y garantizando soluciones de calidad para atender las necesidades de conciliación. Se refiere la Estrategia, en particular, a la necesidad de instrumentalizar una adecuada red de servicios de atención a la infancia y a las personas dependientes, aspecto que se aborda en el último epígrafe de este trabajo.

El 4 de marzo de 2021, la Comisión fortalecía su compromiso con el fomento de la participación de las mujeres en el mercado laboral y la igualdad de género con la publicación del *Plan de Acción para aplicar el Pilar europeo de derechos sociales*[24], fijando objetivos ambiciosos en materia de conciliación y de prestación de servicios de guardería infantil. Este Plan de Acción constituyó la contribución de la Comisión a la Cumbre Social de Oporto celebrada en mayo de 2021. La *Declaración de Oporto* incluye el compromiso de intensificar los esfuerzos para luchar contra la discriminación y colmar las brechas de género en materia de empleo, salarios y pensiones; y para promover la igualdad y la equidad, en consonancia con los principios fundamentales de la Unión Europea y el principio 2 del Pilar europeo de Derechos Sociales.

1.2. El fomento de la corresponsabilidad para la mejora de la situación de las mujeres en el mercado laboral

La Directiva 2019/1158 tiene como base jurídica el art. 153.1.i) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) referido a "*la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo*" y se marca como principal objetivo la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres y, en particular, la mejora de la situación de las mujeres en el mercado de trabajo[25]. A pesar del cambio de denominación (de permisos parentales a conciliación) y de la incorporación de presupuestos diferentes y novedosos con los que se pretende reforzar la correspon-

[22] Los derechos de las madres continúa estableciéndose en otros instrumentos como son la Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de empleo y ocupación (refundición); y la Directiva 92/85/CEE del Consejo relativa a la introducción de medidas para fomentar la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de las trabajadoras embarazadas y las que hayan dado a luz recientemente o estén en período de lactancia.

[23] Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025. COM/2020/152 final. Sobre la misma, *vid.* RAMOS QUINTANA, M.I. (2020). "La nueva Estrategia Europea para la Igualdad: orientaciones, iniciativas y acción política bajo el mandato de von der Leyen". *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales,* 66.

[24] COM(2021) 102 final.

[25] Según los datos del Eurostat correspondientes a 2021, la tasa de empleo masculina fue del 78,5% y la femenina del 67,7%, lo que implica una brecha de género en el empleo del 10,8% (datos de la UE de los 27). Por su parte, la brecha salarial de género en la UE ascendió al 13,0 % en 2020, lo que implica que las mujeres ganan en promedio un 13 % menos por hora que los hombres. LEYTHIENNE, D.; PÉREZ-JULIÁN, M. (2021). *Gender pay gaps in the European Union (a statistical analysis)*, Luxembourg: Publications Office of the European Union.

sabilidad, no puede considerarse una norma rupturista respecto del alcance y formulación de las Directivas sobre permiso parental de 1996 y 2010[26]. Sin duda, favorecer el acceso y la permanencia de las mujeres en el mercado laboral tiene una estrecha conexión con las políticas de conciliación de la vida laboral y familiar, pues las responsabilidades familiares no solo condicionan las decisiones sobre el acceso, la forma de acceso (trabajo a tiempo parcial involuntario), o la permanencia en el mercado laboral, sino que también influyen en la independencia económica de las mujeres[27].

En consonancia con su propósito, la Directiva 2019/1158 indica en sus considerandos que "las políticas de conciliación de la vida familiar y la vida profesional deben contribuir a lograr la igualdad de género promoviendo la participación de las mujeres en el mercado laboral, el reparto igualitario de las responsabilidades en el cuidado de familiares entre hombres y mujeres y la eliminación de las desigualdades de género en materia de ingresos y salarios" (considerando 6). Se identifican, por tanto, tres grandes líneas maestras que deben inspirar a los Estados miembros a la hora de transponer el contenido de la Directiva: la promoción de los derechos de conciliación que favorezcan la presencia, el reparto equilibrado de las responsabilidades de cuidado y la compensación de los costes económicos asociados al disfrute de permisos parentales prolongados que, por estar fuertemente feminizada su utilización, agravan la brecha retributiva entre hombres y mujeres[28].

La brecha de género en la participación en el mercado de trabajo –que redunda en la brecha salarial y pensional– tiene una multiplicidad de elementos desencadenantes, entre los que se encuentra la asunción de las responsabilidades familiares. Así lo reconocía el Informe Mundial sobre salarios 2018/2019 al subrayar que el reparto equitativo de las tareas familiares entre hombres y mujeres, los horarios flexibles, la existencia de servicios adecuados para la atención y cuidado de menores y dependientes favorecerían que las mujeres tomaran decisiones distintas en relación con sus elecciones de ocupación y trabajo. En consecuencia, un verdadero modelo de conciliación corresponsable que favorezca que las mujeres accedan y permanezcan en el empleo remunerado precisa una mayor implicación del hombre, políticas orientadas a reducir y redistribuir el trabajo no remunerado, la ampliación del empleo remunerado en el sector de los cuidados y de la protección social, y la dotación infraestructuras básicas (redes de servicios de atención a menores y personas dependientes accesibles, públicos y de calidad)[29].

No pasa desapercibido que en el trasfondo de este desafío que asume la Directiva de conciliación subyace el reparto tradicional de roles de género fruto de la división sexual del trabajo que hace recaer la tarea de los cuidados en las mujeres, perpetuando su rol de cuidadora y las brechas de género en el mercado laboral. El inadecuado proceso de heteroidentificación de la mujer perpetúa la división horizontal y vertical del mercado de trabajo, consagrando así relaciones desiguales en donde ellas asumen las responsabilidades familiares al tiempo que concilian la vida laboral y familiar (sistema de doble jornada). La realidad de la mujer en el mercado laboral (menor presencia en el trabajo remunerado, mayor exposición a condiciones precarias de empleo y mayor tasa abandono, temporal o permanente) es

[26] BALLESTER PASTOR, M.ª A. (2019). "De los permisos parentales a la conciliación…cit., p. 1110.

[27] La Estrategia Europea de Cuidados indica que, en Europa, las responsabilidades asistenciales no remuneradas impiden a unos 7,7 millones de mujeres participar en el mercado laboral, frente a solo 450 000 hombres. Esto contribuye a la brecha de género en materia de empleo (11 puntos porcentuales), la brecha salarial de género (13 %) y la brecha de género en las pensiones (29 %). COM(2022) 440 final.

[28] Ampliamente sobre la asunción de responsabilidades domésticas y de cuidado como factor explicativo de la brecha retributiva entre hombres y mujeres, *vid.* RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S. (2020). *La no discriminación retributiva por causa del sexo y del género. Un derecho constitucional laboral específico*, Albacete: Bomarzo, p. 78 y ss.

[29] EUROFOUND (2018). Striking a balance: Reconciling work and life in the EU.

consecuencia de un "modelo social" que perpetúa que sean ellas las que con más frecuencia atiendan en exclusiva a los familiares que por edad o enfermedad necesitan cuidados[30]. De ello se deriva que sean las mujeres las continúen siendo quienes mayoritariamente hacen uso de los permisos parentales lo que, a su vez, provoca que su trayectoria profesional se interrumpa más a menudo, sea más lenta y corta[31].

Lo mismo sucede con el desigual uso del tiempo por hombres y mujeres, pues está en relación directa con la brecha de género en el mercado laboral y en las retribuciones. En el Informe de la OIT titulado "*El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente*"[32] se indicaba que "en algunos países, la contribución de los hombres al trabajo de cuidados no remunerado ha aumentado en los veinte últimos años. Sin embargo, entre 1997 y 2012, la brecha de género en el tiempo dedicado a la prestación de cuidados no remunerada apenas disminuyó en 7 minutos (al pasar de 1 hora y 49 minutos a 1 hora y 42 minutos) en los 23 países que cuentan con series cronológicas de datos". A partir de estos datos, la OIT concluía que "a este ritmo, cerrar la brecha de género observada en la prestación de cuidados no remunerada en estos países llevará 210 años (es decir, no hasta 2228)". Estas cifras permiten poner de manifiesto que "este lentísimo ritmo de cambio cuestiona la efectividad de las políticas pasadas y actuales para abordar el alcance y la división del trabajo de cuidados no remunerado en los dos últimos decenios". Estudios más recientes siguen confirmando que las mujeres ven limitada su dedicación al trabajo remunerado porque duplican el tiempo que los hombres invierten en el trabajo de los cuidados[33]. El FMI en su *Informe Global sobre la Brecha de Género de 2022* (análisis de los datos de 2019 de 33 países, que representan el 54% de la población mundial en edad de trabajar) establece que la proporción de tiempo dedicado por los hombres al trabajo no remunerado fue del 19%, mientras que para las mujeres fue del 55%. Una conclusión semejante se refleja en los datos publicados de forma reciente por el Instituto Europeo de la Igualdad de Género sobre la brecha de género en los cuidados de larga duración: el 58% de las mujeres se perciben a sí mismas como las principales responsables del cuidado informal, frente al 43% de los hombres[34].

El alcance de la persistencia de los roles de género en torno a las responsabilidades de cuidado se evidenció de forma nítida durante la pandemia del Covid-19[35], momento en que quedó patente la asunción desproporcionada por las mujeres de las labores domésticas y los cuidados no remunerados, convirtiéndose en las auténticas protagonistas del cuidado de familiares menores y dependientes, de la educación en el hogar y del trabajo doméstico ante el cierre de los centros educativos y las residencias de día, dificultándose, si cabe aún más, su acceso al empleo y su mantenimiento en las relaciones de trabajo, incluidas las más precarias marcadas por la parcialidad y/o la

[30] López López, J.(2002). "Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad". *Temas Laborales,* 67, p. 55.

[31] Según los datos de la Seguridad Social correspondiente al primer semestre de 2022 el número de excedencias dadas de alta en el primer trimestre del año fue de 8.194, de las que 7.144 correspondieron a mujeres, el 87,2%, y 1.050 a hombres, lo que equivale al 12,8%.

[32] Addati, L.; Cattaneo, U.; Esquivel, V. & Valarino, I. (2018). *Care work and care jobs for the future of decent work*, Ginebra: ILO.

[33] A escala mundial, las mujeres dedican en promedio 3,2 veces más tiempo que los hombres a la prestación de cuidados no remunerada (4 horas y 25 minutos al día frente a 1 hora y 23 minutos en el caso de los hombres). A lo largo de un año, esto representa un total de 201 días de trabajo (sobre una base de ocho horas diarias) para las mujeres en comparación con 63 días de trabajo para los hombres. Esta conclusión se extrae a partir del análisis de las encuestas del uso del tiempo llevadas a cabo en 64 países (que representa el 66,9 por ciento de la población mundial en edad de trabajar. Addati, L.; Cattaneo, U.; Esquivel, V. & Valarino, I. (2018). *Care work and care jobs* ...cit.

[34] EIGE (2022). Gender inequalities in informal long-term care, Statistical Brief.

[35] Blasko, Z. and Sanjuan Belda, J. (2022). *Division of Childcare and Housework among Men and Women during COVID-19 lockdowns*, Luxemburg: European Commission.

temporalidad[36]. Esta realidad se reflejó en el *Informe Anual de la Comisión sobre la igualdad de género en la UE de 2021*, que ponía de relieve que la pandemia había aumentado la brecha de género en los cuidados por la asunción desproporcionada por las mujeres de las labores domésticas y los cuidados no remunerados. El Informe de la Comisión llamaba la atención sobre la perpetuación de roles en el ámbito doméstico aún en los momentos de confinamiento, durante los cuales las mujeres dedicaron una media de 62 horas a la semana al cuidado de los menores (frente a 36 horas en el caso de los varones) y 23 horas a la semana a la realización de tareas domésticas (frente a 15 horas los varones).

Esta desigual distribución de los usos del tiempo, de las tareas domésticas y de cuidado tiene un impacto sobre la menor tasa de participación de las mujeres en el mercado laboral y resulta un factor generador de diferencias salariales entre hombres y mujeres. Para lograr alcanzar el objetivo de mejorar la situación laboral de las mujeres, la Directiva de conciliación acomete un importante cambio estructural que afecta al planteamiento tradicional de las Directivas de permisos parentales. Este cambio arquitectónico, por tanto, no es meramente estético, sino que las obras en la fachada (cambio de denominación de la Directiva) se acompañan de otras que afectan al contenido material de la propia norma. La atención al cuidado de familiares, especialmente a la crianza de los hijos/as en sus primeros años de nacimiento y las ausencias por motivos de conciliación (permisos parentales), ceden su protagonismo al enfoque de los cuidados durante el ciclo vital y al favorecimiento de la asunción masculina de las responsabilidades de atención y cuidado. Estos dos elementos se convierten en auténticas vigas sobre las que se sostiene la concepción comunitaria de la conciliación corresponsable. Se trata, en otras palabras, de impulsar la deconstrucción de la feminización del modelo de conciliación de la vida laboral y familiar[37].

A diferencia de las Directivas precedentes centradas en los permisos parentales, la Directiva 2019/1158 se refiere ahora a "la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores". Este cambio de denominación responde a la adopción de un nuevo enfoque en el tratamiento de las responsabilidades de cuidado: el enfoque del ciclo vital[38]. Esta nueva orientación admite que la conciliación de la vida profesional y familiar no se limita al momento vital de crianza de los hijos/as, sino que se extiende también a otros momentos vitales. En consecuencia, la Directiva 2019/18 comprende el conjunto de "responsabilidades asistenciales de los progenitores y de los cuidadores", de modo que abarca la crianza de los menores y la atención de mayores, personas enfermas y dependientes tanto familiares como convivientes en el mismo hogar.

Por lo demás, si el sistema de derechos de conciliación configurados por la Directiva pretende servir de acicate para contrarrestar la desventajosa situación de las mujeres en el mercado de trabajo y los efectos perversos derivados de la perpetuación de su rol social de cuidadora[39], su efectividad depende de que se actúe sobre las causas que desencadenan esta desigual

[36] OCDE (2020). OECD Employment Outlook 2020: Worker Security and the COVID-19 Crisis, París: OCDE Publishing. El *Informe Anual de la Comisión sobre la igualdad de género en la UE de 2022* refleja que, durante 2020, la participación de las mujeres en la mano de obra disminuyó un 0,5% en comparación con 2019, tras una década de aumento constante.

[37] Quintero Lima, G. y Grau Pineda, C. (2021). "A new work-life balance policy: The opportunity to formalise care (domestic) work", en C189 European Alliance: *Step up efforts towards decent work for domestic workers in the EU: 10th Anniversary of ILO Domestic Workers Convention, 2011(No. 189)*, p. 29 y ss.

[38] Monereo Pérez, J.L. y Gorelli Hernández, J.(2009). *Tiempo de trabajo y ciclos vitales. Estudio crítico del modelo normativo*, Granada: Comares.

[39] Rodríguez Rodríguez, E.(2010), *Instituciones de conciliación de trabajo con el cuidado de familiares,* Albacete: Bomarzo, p. 27; Sánchez Trigueros, C. y Areta Martínez, M. (2009), "El derecho del trabajo en igualdad de oportunidades y la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres". *REDT,* 141, p. 90.

utilización de los derechos de conciliación y de que se incorporen fórmulas que animen a los hombres a participar en las responsabilidades de cuidado[40]. Ello requiere la introducción de elementos correctivos propiciadores del aumento del porcentaje de hombres que se acojan a las medidas para asegurar su mayor implicación en las tareas de cuidados. Este camino lo emprendió la Directiva 2010/18[41] por medio de la configuración obligatoria de la intransferibilidad parcial de los permisos parentales (de los cuatro meses mínimos del permiso parental para cuidado de hijos/as, uno debía tener carácter intransferible)[42]. Esta estructura pretendía ser un instrumento corrector, desde una perspectiva de género, de los efectos perversos derivados de la tradicional conformación de los permisos parentales como derechos de ausencia de titularidad neutra. Sin duda, la intransferibilidad es el factor más importante en la configuración de los permisos para influir en las pautas de comportamiento de los varones en el uso de estos. En consecuencia, la tendencia actual a la ampliación de la duración de los permisos debe ir acompañada de su caracterización como derechos de titularidad exclusiva e intransferible para conseguir la corresponsabilización efectiva del progenitor/cuidador varón[43]. Un segundo factor decisivo a estos efectos lo representa el nivel de cobertura económica del permiso, puesto que la asunción masculina está asociada al mantenimiento de la remuneración o a la existencia de una prestación de la Seguridad Social compensatoria del salario dejado de percibir durante el disfrute del permiso. Otros factores determinantes del uso de los permisos parentales por parte de los hombres son: la posibilidad de disfrutar del permiso a tiempo parcial o su fraccionamiento en diferentes periodos; las actitudes ideológicas igualitarias de los integrantes de la unidad familiar[44]; y la situación del hombre en el mercado de trabajo (sector público/sector privado). Este último aspecto resulta determinante a la hora de decidir qué miembro de la unidad familiar va a hacer uso efectivo de los permisos parentales que suponen ausencias prolongadas durante las que se asume el coste económico de la conciliación, pues siempre se optará porque los solicite el segundo generador de ingresos en la familia (habitualmente la mujer).

Un último aspecto de la Directiva al que merece hacer referencia es el relativo a la garantía y efectividad de los derechos de conciliación, puesto que las previsiones se aproximan a las propias de las Directivas antidiscriminatorias[45]. La actual Directiva refuerza su regulación respecto su predecesora, en la que las garantías se restringían a los permisos parentales, extendiéndose ahora al permiso de paternidad, al permiso para cuidadores y a la ausencia por causa de fuerza mayor. A tal efecto, la Directiva conserva la protección prevista en la Directiva 2010/18 respecto al mantenimiento de los derechos adquiridos o en curso de adquisición y al derecho de la persona trabajadora a reincorporarse al mismo puesto de trabajo, o a un puesto equivalente, al término del permiso (art. 10). El art. 11 prohíbe el trato menos favorable por el

[40] LOUSADA AROCHENA, F. (2009). *Permiso de paternidad y conciliación masculina*. Bomarzo: Albacete; y MORENO COLOM, S. (2009), "Las políticas de conciliación de la vida laboral, familiar y personal: ¿éxito o fracaso?". *Aequalitas,* 25, pp. 46 y ss.

[41] Un estudio sobre la Directiva 2010/18 en CABEZA PEREIRO, J. (2005). "La conciliación de la vida familiar y laboral. Situación en Europa". *Revista de Derecho Social,* 31, pp. 25 y ss.

[42] Valorando el modo en que esta Directiva articula ajustes para lograr una mayor corresponsabilidad en las labores domésticas y de cuidado, RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S. (2011), "Conciliación y corresponsabilidad entre la vida laboral y familiar: aspectos relevantes en su regulación y análisis de la Directiva 2010/18/UE". *Anales de la Facultad de Derecho,* 28, pp. 244 a 249. Asimismo, indicando que es "una reforma de escasa trascendencia práctica, pero que sin duda evidencia un nuevo estado de la cuestión, en el que el objetivo del reparto de responsabilidades trasciende el ámbito estrictamente doméstico y se convierte en estrategia de actuación con implicaciones empresariales", BALLESTER PASTOR, M.ª A. (2012), "La era de la corresponsabilidad: los nuevos retos de la política antidiscriminatoria". *Lan Harremanak,* 25, p. 58.

[43] CASTRO GARCÍA, C. y PAZOS MORÁN, M. (2007). "Permisos de maternidad, paternidad y parentales en Europa: algunos elementos para el análisis de la situación actual". *Instituto de Estudios Fiscales,* 26, p. 33.

[44] TOBÍO, C. (2012), "Cuidado e identidad de género. De las madres que trabajan a los hombres que cuidan". *Revista Internacional de Sociología,* 70(2), pp. 399 a 422.

[45] Directiva 2006/54, Directiva 2000/43 y Directiva 2000/78.

hecho de que la persona trabajadora haya solicitado o hecho uso de los derechos de la Directiva. Esta disposición se complementa con el art. 12 que prohíbe el despido –y todos los preparativos del mismo– derivado de la solicitud o ejercicio de los derechos incluidos en la Directiva, y que se acompaña también de la garantía de la inversión de la carga de la prueba. Al prohibir expresamente la discriminación derivada de la mera solicitud de un derecho de conciliación, la Directiva pretende proteger la intención del trabajador/a de solicitar estos derechos y garantizar que no tenga miedo de hacer uso efectivo de los mismos. Se produce, de hecho, una extensión de la protección contra el despido sin causa "que no solo se aplica a la persona que disfruta en presente de tales derechos sino a la que lo hubiera solicitado o incluso cuando tuviera lugar tras la reincorporación si se hubiera estado preparando durante el disfrute del permiso"[46]. Sin embargo, debe lamentarse que la Directiva se limite a ofrecer protección contra la discriminación por el uso de permisos/derechos de conciliación– discriminación por conciliación como causa autónoma–, y no se haya atrevido a romper inercias y formular de manera contundente que la discriminación por conciliación es una discriminación directa por razón de sexo o, al menos, una discriminación indirecta por esta causa[47].

2. EL IMPACTO DE LA DIRECTIVA 2019/1158 EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: BATALLAS GANADAS Y RETOS PENDIENTES

La Directiva 2019/1158 de conciliación va a tener un impacto relativo en la legislación española[48], toda vez que las reformas operadas por el Real Decreto-ley 6/2019[49] incorporaron importantes modificaciones en el ordenamiento jurídico que permiten afirmar que la legislación española está en consonancia con las disposiciones de la Directiva, especialmente en lo relativo al permiso de paternidad [actuales permiso por nacimiento y cuidado del menor (art. 48.4 del ET[50]) y de adopción (art. 48.5 del ET] y el derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexibles (art. 34.8 del ET).

El análisis que se presenta a continuación pretende descender al impacto de la Directiva de conciliación en la normativa española valorando la conformidad de la normativa vigente con las disposiciones de la Directiva 2019/1158. Tal examen parte de la premisa ineludible de que la Directiva de conciliación, como cualquier otra directiva europea, es una norma de resultado (art. 288 del TFUE) que vincula a los Estados en cuanto al cumplimiento de los estándares mínimos, pero les otorga libertad en cuanto a la forma y los medios para alcanzarlos.

2.1. Un "nuevo" permiso de paternidad comunitario: reforzando la implicación del segundo progenitor biológico en las labores de cuidado

Muchos Estados miembros tienen reconocido el permiso de paternidad en sus ordenamientos internos, a pesar de que el legislador de la UE no lo hubiese contemplado como un derecho individual hasta el momento[51]. A través de la Directiva 2019/1158 se incorpora por primera vez el permiso de paternidad con el

[46] Ballester Pastor, M.ª A. (2019). "De los permisos parentales a la conciliación…cit., p. 1131.

[47] Desglosando los argumentos que obligan a considerar que el trato peyorativo por razón de conciliación constituye discriminación directa por razón de sexo puesto que cuando se produce, tanto contra mujeres como contra hombres, se están aplicando estereotipos de género, *vid.* Ballester Pastor, M.ª A. (2017). "La conciliación de responsabilidades…cit., pp. 72 a 75.

[48] De la Corte Rodríguez, M. (2020)., "La Directiva relativa a la conciliación de la vida profesional …cit., p. 89.

[49] Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (BOE del 7).

[50] Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE del 24).

[51] Wong, E., Jou, J., Raub, A., & Heymann, J. (2020). Comparing the availability of paid parental leave for same-sex and different-sex couples in 34 OECD countries. *Journal of Social Policy*, 49(3), 525-54

fin de "fomentar un reparto más equitativo entre mujeres y hombres de las responsabilidades en el cuidado de familiares, y de permitir que se cree un vínculo temprano entre padres e hijos" (considerando 19). La creación en el ámbito del derecho de la UE del permiso de paternidad como derecho autónomo y diferenciado del permiso parental y equiparable al permiso de maternidad favorece la superación de ambigüedades en torno a la distinción entre el permiso de paternidad y el parental que se han generado en algunos ordenamientos jurídicos, tal como ha sucedido en el caso de España[52].

Atendiendo a la doble finalidad que persigue la incorporación del permiso de paternidad en el Derecho social de la UE, esto es, reforzar el papel del padre en las tareas de cuidado y fomentar la corresponsabilidad "superando el rol subordinado e instrumental que habitualmente asumen los padres en las obligaciones domésticas"[53], el art. 3.1.a) de la Directiva 2019/1158 lo define como como una "*ausencia del trabajo a la que pueden acogerse los padres o, cuando y en la medida en que esté reconocido por la legislación nacional, un segundo progenitor equivalente con ocasión del nacimiento de un hijo a fin de facilitarle cuidados*". La regulación del permiso de paternidad en la Directiva –contenida en los arts. 4 y 8– se aproxima a la del permiso de maternidad de la Directiva 92/85 en lo que ha venido a calificarse como un "tímido avance hacia la corresponsabilidad"[54]. Pese a las buenas intenciones del legislador comunitario, lo cierto es que la reducida duración del permiso de paternidad (diez días) frente a la establecida para la maternidad (catorce semanas), y el mantenimiento de regulaciones diferenciadas para los dos permisos desvirtúa el propósito de corresponsabilización que se pretende alcanzar[55].

Resulta necesario desandar el camino recorrido hasta llegar a este nivel de corresponsabilidad que impulsa la Directiva 2019/1158 para valorar adecuadamente lo que supone el reconocimiento de este derecho individual en el ámbito del derecho de la UE. La Resolución adoptada por los Ministros de Trabajo y de Asuntos Sociales reunidos en el seno del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar, alentó a los Estados miembros a evaluar la posibilidad de reconocer a los hombres "*el derecho individual e intransferible al permiso de paternidad*" con motivo del nacimiento o adopción de un hijo/a. Se proponía la creación de un permiso de disfrute simultaneo al permiso de maternidad que debía garantizar el mantenimiento de los derechos en materia laboral[56]. Este permiso de paternidad separado e individualizado del permiso de maternidad no apareció recogido como tal en la Directiva 96/34. Debía haber sido la Directiva 2002/73[57] la que elevara a obligatorio ese prin-

[52] Cabeza Pereiro, J. (2010). "¿En qué debe cambiar el Derecho Español para adaptarse al acuerdo marco revisado sobre el permiso parental?". *Aranzadi Social*, 6, 2010 (BIB 2010/1242), edición online no paginada.

[53] López Álvarez. M.ª J. (2022). "La adaptación de la directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español". *Femeris*, 7(2), p. 71.

[54] Ballester Pastor, M.ª A. (2019), "De los permisos parentales a la conciliación: Expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español". *Derecho de las relaciones laborales*, 11, p. 1119.

[55] La norma comunitaria sigue la tendencia habitual de configuración diferenciada en cuanto a denominación, duración y condiciones del permiso de paternidad y maternidad en Estados miembros. Solo España, tras la modificación operada con el Real Decreto-ley 6/2019 se desvincula para garantizar derecho iguales e intransferibles de corresponsabilidad para el nacimiento y cuidado del menor. López Álvarez. M.ª J. (2022). "La adaptación de la directiva...cit., p. 71.

[56] En España, el Instituto de la Mujer elabora en el año 2001 una "Guía de Buenas Prácticas para la Conciliación de la Vida familiar y laboral" en la que se considera conveniente "el establecimiento de un permiso de paternidad exclusivo, diferenciado, no transferible, ligado al nacimiento del hijo/a, remunerado, aunque no a cargo del empresario, simultáneo de la madre". Aguilera Izquierdo, R. (2007). "Políticas sociolaborales y conciliación de la vida personal, familiar y laboral", en *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley orgánica de 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Pamplona: Civitas, p. 414.

[57] Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que

cipio inspirador. Sin embargo, hubo que esperar a la refundición de la misma por la posterior Directiva 2006/54 para permitir a los Estados miembros "*reconocer derechos específicos al permiso de paternidad y/o adopción*" y, en su caso, tomar las medidas necesarias para proteger a los trabajadores/as frente al despido motivado por el ejercicio de tales derechos, y el establecimiento de garantías para la reintegración al trabajo una vez concluido el permiso (art. 16). Con todo, al limitarse a ofrecer la posibilidad de implantar el permiso de paternidad como opción a considerar, dejando la decisión última en menos de los Estados miembros, sus previsiones no trascendieron del nivel del *soft law*[58].

Con el fin de seguir mejorando la conciliación de la vida profesional y familiar en el entorno de la UE, Directiva 2010/18 dispone la creación de un permiso parental individualizado para cada progenitor de cuatro meses, de los cuales uno de ellos será intransferible (cláusula 2.2). El último hito a reseñar en la senda de la creación de un permiso de paternidad en la UE es el infructuoso proceso de reforma de la Directiva 92/85[59], en tanto supondría un cambio fundamental para la corresponsabilidad en la UE al incorporar un permiso de paternidad, de disfrute exclusivo para el padre (segundo progenitor varón), que serviría como instrumento para el fomento del reparto de responsabilidades y, en consecuencia, un mecanismo antidiscriminatorio por razón de género. Tal formulación dio lugar a un gran debate que terminó con la paralización de la propuesta en el Parlamento europeo en 2009. Uno de los elementos discutidos fue la incorporación de los hombres al ámbito subjetivo de la Directiva 92/85 dedicada a la prevención de riesgos de las mujeres. También el Comité de Derechos de la Mujer del Parlamento Europeo se opuso a la reforma indicando no solo que la cuestión de los permisos parentales ya se encuentra regulada en la Directiva 2010/18/UE, sino aduciendo su falta de oportunidad en los momentos de crisis económica que atravesaba la UE y que se agravaría al incrementarse el coste social de la protección social de la maternidad al hacerla extensiva al padre. En las sesiones del Comité de Derechos de la Mujer en 2010 se recuperó el debate acerca de la conexión entre la conciliación-corresponsabilidad y las cuestiones de género. Sin duda, el tratamiento conjunto del permiso de maternidad y el permiso de paternidad como cara y cruz de la misma moneda que pretendía esta iniciativa era un planteamiento totalmente coherente con el objetivo de la corresponsabilidad y, por ende, era susceptible de asegurar más adecuadamente la prevención laboral de la trabajadora madre[60]. Sin embargo, en 2015 se abandonó definitivamente la propuesta de reforma de la Directiva 92/85 y en 2017 se presentó la propuesta de Directiva de conciliación que contenía el permiso de paternidad y que actualmente se materializa en la Directiva 2019/1158.

Antes de descender a la regulación pormenorizada del permiso de paternidad en la Directiva de conciliación, es importante puntualizar que la situación vigente en el ordenamiento jurídico español con relación a los derechos de conciliación por nacimiento y cuidado de menor de los progenitores biológicos o adoptivos supera ampliamente las previsiones mínimas europeas. Después del establecimiento de un permiso de paternidad en la LO 3/2007[61] de trece días, que fue am-

se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (disposición derogada).

[58] ALMEDA CASTILLO, M.T. (2007). "Otro lento avance normativo hacia la corresponsabilidad familiar: suspensión del contrato de trabajo y prestación de paternidad" en MERCADER UGUINA, J.R., (Dir.), *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 506.

[59] COM (2008) 637 final. La propuesta de Directiva fue sustancialmente alterada por la Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 20 de octubre de 2010 (Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2010).

[60] BALLESTER PASTOR, M.ª A. (2019). "De los permisos parentales a la conciliación: Expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español". *Derecho de las relaciones laborales*, 11, p. 1119.

[61] Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE del 23).

pliándose posteriormente hasta llegar a las cinco semanas[62], el RD-ley 6/2019 acometió de manera ambiciosa la equiparación de los permisos por paternidad y maternidad, otorgándoles un tratamiento paritario y refundiéndolos en un único "permiso por nacimiento y cuidado del menor", promoviendo de este modo un auténtico cambio social para hacer efectiva la corresponsabilidad[63]. La regulación actual de los permisos por nacimiento y cuidado de menor y permiso de adopción (art. 48.4 del ET) los configura como derechos individuales, iguales, remunerados e intransferibles y comprende a todos modelos de familia permitiendo el acceso a las mujeres en caso de unidad familiar no heterosexual. En ambos casos, se establecen dieciséis semanas de permiso intransferibles, de las cuales las seis primeras semanas deberán de disfrutarse ininterrumpidamente a jornada completa tras el nacimiento con carácter obligatorio[64]; y las diez restantes podrán distribuirse de forma flexible hasta que el menor cumpla doce meses. Con todo, la equiparación de los permisos no lo es solo a los efectos de la duración, sino también en lo relativo al régimen jurídico aplicable a los mismos y a las condiciones de disfrute. Estos periodos de suspensión del contrato se acompañan de una prestación de la Seguridad Social que garantiza el salario dejado de percibir durante este periodo (art. 179 de la LGSS). En consecuencia, la normativa española cumple también los estándares mínimos europeos sobre el nivel de remuneración, aunque la nueva estructura no se adecua a la normativa comunitaria respecto de la maternidad biológica[65]. Sin embargo, siguen existiendo algunos retos pendientes en su regulación que se vinculan a la necesidad de seguir apostando por fórmulas que garanticen su disfrute flexible, fraccionado o parcial para evitar el alejamiento del mercado laboral[66]; y a la exigencia de que se corrijan las disfuncionalidades que se derivan de la posibilidad del disfrute ininterrumpido de las semanas a lo largo de los doce meses posteriores al nacimiento[67]. Sin duda, el avance definitivo en esta materia se produciría de admitirse la propuesta de ampliación a seis meses de las licencias por nacimiento/adopción que vienen siendo reclamadas por Unidas Podemos y que, por motivos presupuestarios, difícilmente se incluirán en la futura Ley de familias, tal como se explicará más adelante.

[62] La Ley 9/2009, 6 octubre (BOE del 7) elevaba la duración del permiso por paternidad a cuatro semanas, estando previsto que entrara en vigor el 1 de enero de 2011, si bien finalmente, debido a la situación económica desfavorable, la medida fue posponiéndose hasta que se aprobó por la D.F. 11ª Ley 48/2015, 29 octubre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 (BOE del 30). Posteriormente, la D.F. 38ª Ley 6/2018, 3 julio de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 (BOE del 7) fijó el permiso por paternidad en cinco semanas.

[63] Perán Quesada, S. (2019). "La configuración jurídica del principio de corresponsabilidad y su necesaria aplicación efectiva". *Revista General del Derecho y de la Seguridad Social*, 53, p. 190.

[64] La obligatoriedad del permiso lo es únicamente con efectos de promoción e impulso para lograr la igualdad y alcanzar mayores cotas de corresponsabilidad, puesto que no se prevén sanciones para las personas que no ejerzan su derecho a un permiso parental. Ballester Pastor, M.ª A. (2019). "De los permisos parentales a la conciliación…cit., p. 1121.

[65] El art. 8.1 de la Directiva 92/85 dispone un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, por lo que la posibilidad del fraccionamiento de las diez semanas restantes tras el disfrute de las primeras seis semanas de permiso después del parto, puede plantear problemas para adecuarse a la Directiva 92/85. López Rodríguez, J. (2021). "La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento: ¿hacia una efectiva corresponsabilidad?". *Lan Harremanak,* 45, p. 23.

[66] La exigencia de que exista previo acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora evidencia que la suspensión del contrato de trabajo a tiempo parcial por nacimiento constituye una mera posibilidad condicionada al acuerdo con el empresario. Ballester Pastor, M.ª A. (2019). "El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol". *FEMERIS: Revista Multidisciplinar De Estudios De Género*, *4*(2), p. 29.

[67] Son varias las disfuncionalidades que se derivan del disfrute interrumpido de la suspensión por nacimiento a lo largo de los doce meses posteriores al nacimiento: puede generar problemas organizativos para la empresa; puede imponerse su uso para favorecer las necesidades organizativas de la empresa; y para las personas trabajadoras, podría dificultar una verdadera desconexión del trabajo, repercutiendo negativamente en la calidad del cuidado y atención a los menores. López Rodríguez, J. (2021). "La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento…cit., pp. 23 y 24.

La licencia de paternidad regulada ahora en la Directiva 2019/1158 otorga a "*los padres*" (hombres)[68] o, en su caso, al "*segundo progenitor equivalente*" siempre que así esté reconocido por la legislación interna, el derecho a disfrutar de un permiso con ocasión del nacimiento del hijo/a con el fin de facilitar los cuidados del menor recién nacido. La titularidad del derecho se reconoce con independencia del estado civil de la persona trabajadora y no se contempla la posibilidad de transferencia a la madre. Omite completamente la Directiva de conciliación cualquier referencia a la paternidad por adopción, contemplada en el art. 16 de la Directiva 2006/54, para la que no se establecen estándares mínimos. Se ha considerado que esta omisión es intencional y trata de mantener coherencia con la regulación comunitaria de la licencia por maternidad, limitada a la madre biológica[69].

En la Directiva de conciliación, la duración del permiso de paternidad se limita a un mínimo de diez días laborables –dos semanas conforme a lo que establece el considerando 19 de la Directiva[70]– que el trabajador habrá de disfrutar con ocasión del nacimiento de su hijo o hija, un periodo que difícilmente garantiza el reparto de responsabilidades que requiere periodos de atribución más largos. Resulta llamativo que la regulación de la Directiva contemple un periodo de permiso de paternidad tan reducido, teniendo en cuenta que se reconocen catorce semanas para los supuestos de maternidad (Directiva 92/85). De hecho, ante el paralelismo con la licencia por maternidad, hubiese resultado más adecuado optar por la regulación legal unitaria y paritaria de la duración de ambos derechos a fin de evitar que "la duración más prolongada de la baja por maternidad acabe condicionando la reincorporación de la mujer a su puesto, limite sus expectativas de ascenso profesional, genere desigualdades retributivas o provoque la retracción del empresario en el momento de la contratación, ante la perspectiva de asumir un mayor coste cuando sobrevengan estas situaciones"[71]. Sin embargo, el legislador comunitario se ha decantado por una tímida incorporación del permiso de paternidad, un posicionamiento cauteloso que se justifica tanto por razones económicas como por las resistencias derivadas de la realidad social y laboral de algunos Estados miembros[72]. Sin duda, el establecimiento de un sistema equivalente para el padre y la madre de permisos para el cuidado ante el nacimiento de un hijo/a constituye la fórmula idónea de corresponsabilidad pues no solo fomenta el reparto de las tareas de cuidado, sino que refuerza la posición laboral de las mujeres madres y su estabilidad en el empleo.

La fuerte conexión del permiso con el momento del nacimiento del hijo/a condiciona la capacidad normativa que la propia Directiva confiere a los Estados miembros impidiendo que el permiso pueda configurarse para su disfrute (parcial) en el momento anterior al nacimiento, lo que además desvirtuaría la propia finalidad de la licencia que es *"facilitarle cuidados"* al hijo/a recién nacido y crear un vínculo temprano entre padres e hijos (art. 3.1.a)[73]. No obstante, es importante destacar la referencia contenida en el considerando

[68] Esta acertada matización fue advertida desde un primer momento por la profesora Ballester Pastor [*Idem*, p. 1119]. La consulta de la versión inglesa de los arts. 3 y 4 la Directiva no deja duda al respecto, puesto que se utiliza el término "*fathers*" y no el omnicomprensivo "*parents*".

[69] De la Corte Rodríguez, M. (2020)."La Directiva relativa a la conciliación de la vida profesional ...cit., p. 92.

[70] Considerando 19: "Los Estados miembros pueden especificar si el permiso de paternidad se expresa en días laborables, semanas u otras unidades de tiempo, teniendo en cuenta que diez días laborables corresponden a dos semanas naturales".

[71] La regulación unitaria de ambos derechos era precisamente la intención a la que aspiraba el fracasado proceso de revisión de la Directiva 92/85. López Álvarez, M.ª J. (2019) "Conciliación y corresponsabilidad en el ordenamiento jurídico comunitario". *Revista Galega de Dereito Social*, 9, p. 168.

[72] Cabeza Pereiro, J. (2010). "¿En qué debe cambiar el Derecho Español...cit.

[73] Pese a ello, y de forma contradictoria con la finalidad del permiso, el considerando 19 de la Directiva establece que "los Estados miembros deben determinar si el permiso puede disfrutarse en parte antes del nacimiento del hijo o exigir que se disfrute en su totalidad después".

do 19 relativa a que los Estados también pueden conceder el permiso de paternidad en caso de muerte fetal. Este sería el único supuesto en que se admitiría el reconocimiento del permiso de paternidad desvinculado del efectivo nacimiento.

Asimismo, la Directiva admite la posibilidad de que el disfrute del permiso de paternidad se haga "*con arreglo a fórmulas flexibles*" (art. 4.1) y, en esa línea, el art. 48.4 ET permite, una vez transcurridas las seis primeras semanas, el disfrute de forma acumulada o interrumpida, por períodos semanales, a tiempo completo o parcial, del permiso por nacimiento de hijo o hija. La presencia simultánea del padre y de la madre puede resultar un desincentivo para la implicación del hombre en las tareas de cuidado, razón por la cual, resultan más favorecedores los regímenes de alternancia. La posibilidad de fraccionamiento aparece contemplada expresamente en el considerando 19 cuando admite que la flexibilidad consista en su disfrute en régimen de trabajo a tiempo parcial, en períodos alternos, o mediante otras fórmulas flexibles. El permiso de paternidad español permite el disfrute fraccionado por semanas cuando se supera el descanso obligatorio. No puede cuestionarse si la posibilidad de extender el disfrute fraccionado del permiso por nacimiento español hasta los doce meses de edad del hijo/a contradice la vinculación con el nacimiento que requiere la Directiva 2019/1158, pues el mínimo previsto por esta se cumple sobradamente con el periodo de disfrute obligatorio que contempla el permiso español.

De acuerdo con el art. 4.2 de la Directiva, el disfrute del permiso de paternidad no puede quedar condicionado a un periodo de trabajo previo o a una determinada antigüedad que pudiera fijar el estado. No obstante, tales condicionamientos sí pueden exigirse para generar el derecho a la percepción de la retribución o prestación económica que establece el art. 8.2 de la Directiva, que admite supeditarla a un periodo de trabajo previo, que no podrá superar los seis meses inmediatamente anteriores al nacimiento del hijo/a. Por tanto, existen dos modalidades de permiso de paternidad, con y sin compensación económica durante el periodo de ausencia, dependiendo de que la persona trabajadora reúna los requisitos (periodo de carencia) que establezca el Estado.

Al igual que sucede con el permiso de maternidad de la Directiva 92/85[74] para el permiso de paternidad, también se prevé una garantía retributiva mínima que se configura en términos similares. La remuneración o prestación económica que debe reconocerse a la persona beneficiaria del permiso de paternidad debe ser equivalente, como mínimo, al nivel nacional de las prestaciones por enfermedad (art. 8.2). Esta previsión se complementa con la recomendación contenida en el considerando 30 de la Directiva en la que se indica que "dado que conceder el derecho al permiso de paternidad y al de maternidad tiene objetivos similares, es decir, crear un vínculo entre el progenitor y el niño, se anima a los Estados miembros a fijar una remuneración o prestación económica para el permiso de paternidad igual a la remuneración o prestación prevista para el permiso de maternidad a escala nacional". Se ha puntualizado de manera acertada que asegurar una cuantía similar a la que se percibiría por el beneficiario en caso de enfermedad no es una fórmula adecuada para potenciar de manera suficiente la corresponsabilidad puesto que "la resistencia a la solicitud del permiso de paternidad solo puede vencerse de modo efectivo si se garantiza el 100% de la renta previa o una cuantía similar"[75]. En materia de remuneración, el ordenamiento español supera lo dispuesto por la Directiva pues garantiza, desde la reforma introducida

[74] El art. 11.1 de la Directiva 92/85 establece que debe garantizarse una remuneración o prestación adecuada a la trabajadora que disfruta de una licencia por maternidad; aclarando en art. 11.3 que "*se considerará adecuada cuando garantice unos ingresos equivalentes, como mínimo, a los que recibiría la trabajadora en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud, dentro de un posible límite máximo determinado por las legislaciones nacionales*".

[75] BALLESTER PASTOR, M.ª A. (2019). "De los permisos parentales a la conciliación...cit., p.1120.

por el RD-ley 6/2019, la percepción del 100% de la base reguladora para el permiso por nacimiento de hijo o hija (art. 179 LGSS[76]), en función de unos períodos previos de cotización atendiendo a la edad del progenitor que no superan, en ningún caso, los seis meses (art. 178 LGSS).

2.2. El permiso parental: la intransferibilidad y la remuneración como claves para la corresponsabilidad

El permiso parental, a diferencia del permiso de paternidad, constituye una "*ausencia del trabajo a la que pueden acogerse los trabajadores que sean progenitores por motivo del nacimiento o la adopción de un hijo, para cuidar de este*" (art. 3.1.b). Por tanto, con esta Directiva, el permiso parental se deslinda de los permisos de maternidad y de paternidad, y se destina a la atención de labores de cuidado y crianza más allá del nacimiento[77].

Este permiso ya aparecía configurado en la cláusula 2 la Directiva 2010/18 y ahora se modifica sustancialmente incluyendo una regulación más pormenorizada (arts. 5 y 8), con el objetivo de fomentar su mayor utilización por parte de los padres (hombres) y evitar que estos transfieran el permiso parental a las madres. Siendo este su propósito, debe lamentarse que haya desaparecido del tenor literal del precepto que el permiso parental "*debe, en principio, concederse con carácter intransferible",* que figuraba expresamente en la cláusula 2 de la Directiva 2010/18. Y es que, aunque se trataba de una previsión no obligatoria, reflejaba una orientación preferente que podía inspirar a los Estados a configurar los permisos parentales de manera íntegramente intransferibles.

Uno de los principales cambios en la nueva regulación comunitaria del permiso parental es su configuración como derecho de ausencia que debe sobrepasar la duración mínima global de cuatro meses. Además, la Directiva prescribe la remuneración y la intransferibilidad para una parte del permiso parental, dos notas que se han considerado elementos fundamentales para garantizar su utilización por los hombres y evitar que el permiso parental acabe siendo acumulado por la madre[78]. De este modo, la duración total del permiso permanece inalterada tal como aparecía contemplada en la Directiva 2010/18/UE, reconociéndose el derecho al disfrute de un mínimo de cuatro meses de permiso parental; pero se amplía de uno a dos meses el período que no puede ser transferido de un progenitor al otro[79]. El considerando 20 de la Directiva explica que el objetivo de garantizar que cada progenitor disponga al menos de dos meses de permiso parental retribuido, con carácter exclusivo e intransferible es fomentar la utilización de este derecho por los hombres y favorecer la reincorporación de las mujeres al mercado laboral tras haber disfrutado de un período de maternidad y un permiso parental, evitando que su ausencia del mercado de trabajo se prolongue de manera excesiva.

Desde el punto de vista de la titularidad del permiso parental, este se configura como un derecho individual de cada persona trabajadora que sea progenitora o adoptante de menores de una edad máxima de ocho años en los términos establecidos en cada Estado

[76] Real Decreto Legislativo 8/2015, 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE del 31).

[77] La existencia de zonas grises entre estos derechos se aprecia en la STJUE 18 noviembre 2020, asunto Syndicat CFTC, C-463/19 en la que se dirimía la consideración como permiso parental o no del permiso de maternidad adicional previsto por un convenio colectivo López Álvarez. M.ª J. (2022). "La adaptación de la directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español". *Femeris*, 7 (2), p. 74.

[78] De la Corte Rodríguez, M. (2020). "La Directiva relativa a la conciliación ..., p. 77, citando a Karu, M. y Tremblay, D. (2018), "Fathers on parental leave: an analysis of rights and take-up in 29 countries". *Community, Work and Family*, 21 (3), p. 356.

[79] No prosperó el planteamiento inicial de la propuesta de Directiva de 2017, que pretendía que los cuatro meses del permiso parental fueran intransferibles al objeto de animar a los padres a utilizarlo.

miembro o en el convenio colectivo aplicable. Los Estados miembros o los interlocutores sociales se ocuparán de especificar dicha edad de modo que se garantice que cada progenitor pueda ejercer efectivamente su derecho de manera efectiva y en condiciones equitativas. Sin embargo, la configuración actual de la titularidad no parece favorecer el objetivo de la corresponsabilidad, pues no se incluye expresamente la obligación de que los permisos parentales se reconozcan a ambos progenitores para evitar la perpetuación de los roles de género en las labores de cuidado[80]. Tampoco parece razonable que la Directiva de conciliación continúe admitiendo la posibilidad de que los Estados miembros condicionen el derecho a disfrutar del permiso parental al cumplimiento de un período de trabajo o una antigüedad previa que no podrá exceder de un año. Si bien es cierto que la posible existencia de este condicionamiento ya aparecía en la cláusula 3 de la Directiva 2010/18, hubiese sido conveniente que la Directiva de conciliación contemplara este requisito únicamente a los efectos de acceder a la retribución prevista en el art. 8.3 y no al permiso[81].

A pesar de que el permiso parental se configura como un derecho pleno de la persona trabajadora, su disfrute precisa de la autorización de la empresa. En consecuencia, la persona trabajadora debe tramitar una solicitud –cumpliendo con el preceptivo plazo de preaviso, que debe ser razonable[82]– en la que debe indicar la fecha prevista de inicio y finalización del periodo del permiso, así como la forma en que desea disfrutarlo. Es preceptivo que la regulación nacional permita que se pueda solicitar el permiso parental en forma flexible –con las modalidades que se establezcan–, ya sea a tiempo completo, a tiempo parcial o por periodos alternados con trabajo (art. 5.6 de la Directiva)[83]. El disfrute del permiso en periodos alternos no solo favorece la corresponsabilidad intrafamiliar, sino que impide el alejamiento del trabajo por periodos prolongados[84]. Por esta razón, parecería razonable que el permiso parental solicitado con arreglo a fórmulas flexibles estuviera fuertemente garantizado. Sin embargo, la Directiva solo indica que la empresa debe atener la solicitud así formulada "*teniendo en cuenta tantos sus propias necesidades como las de los trabajadores*" y, en caso de resolución denegatoria, esta debe ser motivada y por escrito. Por lo demás,

[80] La configuración igualitaria de los permisos parentales aparece en la doctrina del TJUE (sentencias de 30 de septiembre de 2010, C-104/09, asunto Roca Álvarez; y de 16 de julio de 2015, C-222/14, asunto Maïstrellis) y del TEDH (sentencia de 22 de marzo de 2012, caso Konstantin Markin c. Rusia) que la Directiva de conciliación no incorpora. Advierte la profesora BALLESTER PASTOR que un reconocimiento de tal magnitud hubiese implicado la asunción de la vinculación entre los derechos de conciliación y la discriminación por razón de género. BALLESTER PASTOR, M.ª A. (2019). "De los permisos parentales a la conciliación ...cit., p. 1121.

[81] La STJUE 25 febrero 2021, asunto X, C-129/20 ha puntualizado que un permiso parental no puede limitarse a la condición de estar trabajando en la empresa en el momento del nacimiento del hijo/a, pues tal requisito supone una restricción del derecho individual de cada trabajador a acogerse a un permiso parental. El TJUE clarifica que los Estados miembros pueden supeditar la concesión de un permiso parental a un período (continuado o no) de trabajo o antigüedad no superior a un año y, además, pueden incluso exigir que el período de trabajo previo sea inmediatamente anterior al inicio del permiso parental. Sin embargo, se entiende contrario al derecho individual de todo trabajador/a el hecho de excluir a los padres que no trabajasen en el momento del nacimiento o de la adopción, limitando el derecho de los progenitores a disfrutar del permiso en un momento posterior, puesto que dicha interpretación supondría una quiebra del derecho de conciliación familiar y profesional.

[82] La configuración del plazo de preaviso del art. 5.3 e la Directiva de conciliación ya aparecía en el apartado 2 de la cláusula 3 de la Directiva 2010/18. La concreción del periodo de preaviso queda en manos de los Estados miembros o los interlocutores sociales tomando en consideración los intereses de las personas trabajadoras y de la empresa.

[83] Esta previsión concuerda con el criterio mantenido por el TJUE favorable al fomento de los modos flexibles de la organización del trabajo y del tiempo (STJUE 22 de octubre de 2009, asunto Meers, C-116/08), así como de la flexibilidad en el disfrute de los permisos parentales (STJUE 27 de febrero de 2014, asunto Lyreco Belgium, C-588/12).

[84] Así lo reconoce el considerando 23 de la Directiva al indicar que "gracias a la flexibilidad, es más probable que cada progenitor, en particular el padre, se acoja a su derecho a disfrutar de este permiso", admitiendo "que los trabajadores pidan disfrutarlo a tiempo completo, a tiempo parcial, en períodos alternos, por ejemplo, un cierto número de semanas consecutivas de permiso separadas por períodos de trabajo o con arreglo a otras formas flexibles".

conviene advertir de los posibles conflictos que pueden derivarse del posible desvanecimiento de las fronteras entre el permiso parental solicitado "*en formas flexibles*" (art. 5.6) y el derecho a las "*fórmulas de trabajo flexible*" (art. 9).

La solicitud de permiso parental debe ser estudiada y atendida por la empresa en un plazo razonable desde su presentación. La empresa puede responder a la solicitud en un triple sentido: concediendo el permiso parental, denegándolo, proponiendo una fórmula de trabajo flexible o aplazando su disfrute. La Directiva exige que las empresas justifiquen la eventual denegación por escrito, y se admite la posibilidad de aplazar la concesión del permiso parental "*por un período razonable*" alegando que "*el período solicitado alteraría seriamente el buen funcionamiento de la empresa*" (art. 5.5). Este aplazamiento se configura como una solución subsidiaria y residual, es decir, que antes de resolver el aplazamiento del permiso parental durante "*periodo razonable*", las empresas deben ofrecer "*en la medida de lo posible*" "*formas flexibles*" de disfrute del permiso parental (art. 5.7 de la Directiva). Con este doble mecanismo, la Directiva pretende garantizar que el permiso parental pueda disfrutarse y que no pierda su finalidad, de ahí que se matice que el aplazamiento solo pueda mantenerse por un "*periodo razonable*". Sin embargo, compartimos la opinión de quienes aprecian que los apartados 5 y 7 del art. 5 de la Directiva ofrecen "excusas válidas" para que la empresa se pueda oponer legítimamente al permiso parental solicitado[85]. Cabe preguntarse si se desvirtuaría la finalidad del permiso en aquellos casos en que la empresa, tras plantear una fórmula de disfrute flexible alternativa que rechazara la persona trabajadora, resolviera el aplazamiento del permiso parental. La respuesta a tal interrogante obliga a esclarecer si los intereses de la empresa y las necesidades de la persona trabajadora están en el mismo plano[86].

La remuneración es un aspecto importante en la configuración de los derechos de conciliación que alejan a la persona del mercado de trabajo por un periodo considerable de tiempo, especialmente, si lo que se pretende es favorecer que los hombres accedan a ellos. La Directiva 2019/1158 toma consciencia de que asumir el coste económico de la conciliación desincentiva la solicitud de los permisos parentales por los hombres (considerando 31)[87]. Así, superando la débil fórmula utilizada por la Directiva 2010/18[88], la Directiva de conciliación impone que la parte intransferible del permiso parental (al menos dos meses) sea remunerada bien por la empresa o bien a través de una prestación de la Seguridad Social. A diferencia de la regulación del permiso de paternidad, en esa ocasión no establece una garantía retributiva mínima, sino que su determinación se deja en manos de los Estados miembros, apostillando el art. 8.3 que la remuneración o prestación de la Seguridad Social debe tener la capacidad de facilitar "*que ambos progenitores puedan disfrutar el permiso parental*", lo que como mínimo debe implicar que disponga una cobertura adecuada para posibilitar el disfrute.

Tradicionalmente ha existido en nuestro derecho interno la dificultad de determinar qué debe entenderse por permiso parental ya que no contamos con ningún permiso con ho-

[85] BALLESTER PASTOR, M.ª A. (2019). "De los permisos parentales a la conciliación ...cit., p. 1123.

[86] La profesora BALLESTER PASTOR señala que "da la sensación de que, ofreciéndose por parte del empresario un aplazamiento precedido de una fórmula de disfrute flexible, sean cuales sean ambos, el empresario ha cumplido suficientemente las obligaciones que impone la Directiva 2019/1158". *Idem*, p. 1123.

[87] Considerando 31: "disfrutar el permiso parental conlleva a menudo pérdidas de ingresos para la familia y que el perceptor principal de ingresos de una familia solo va a poder acogerse a su derecho de disfrutar un permiso parental si este está suficientemente bien remunerado, para poder mantener un nivel de vida digno".

[88] La Directiva 2010/18 únicamente exigía a los Estados miembros a tomar en consideración "el papel que desempeñan los ingresos-entre otros factores- en la utilización del permiso parental" (apartado 5 de la cláusula 5).

mónima denominación. Ello ha provocado que se diera la consideración de permiso parental a todos los derechos de conciliación diferentes del periodo obligatorio del permiso de maternidad[89], llegando incluso a considerar como tal al permiso por paternidad. Este confuso panorama existente a nivel interno se resuelve con las nuevas condiciones fijadas por la Directiva que provocan que ninguno de los derechos de conciliación que tradicionalmente venían siendo considerados como permisos parentales (reducciones de jornada, permiso por cuidado de lactante y excedencia por cuidado de menor)tengan ahora encaje en este concepto[90]. Las alternativas que se pueden barajar a la hora de transponer la Directiva a estos efectos son dos: o bien crear *ex novo* un permiso parental que cumpla todos los requisitos previstos por la Directiva; o bien ajustar la regulación de uno de los derechos de conciliación ya existentes en nuestra normativa[91]. La primera opción permitiría contar en el ordenamiento español con un nuevo permiso parental destinado al cuidado de menores de ocho años, con una duración mínima de cuatro meses y con al menos dos meses intransferibles y retribuidos. Por el contrario, si se eligiera la segunda opción, únicamente la excedencia para el cuidado de hijo/a (art. 46.3 del ET) podría ser considerada un permiso parental válido a los efectos de la Directiva, aunque sería necesario revisar las actuales condiciones de su ejercicio. Esta reconfiguración debe tener como principal objetivo revertir la tradicional tendencia de solicitud y disfrute de este derecho de conciliación de forma mayoritaria por parte de las mujeres[92]. Combatir el sesgo de género de la excedencia e impulsar su ejercicio corresponsable exige necesariamente atender a tres flancos: revisar la duración de la excedencia, favorecer su utilización por parte de los hombres, y prever la existencia de una fórmula de compensación económica que mitigue la pérdida de los ingresos durante el periodo de disfrute. Junto a los anteriores, se precisa realizar otros ajustes: favorecer el disfrute flexible, determinar el periodo de preaviso exigible al trabajador/a, y concretar los supuestos en que la empresa puede posponer la concesión del permiso y por cuánto tiempo. Además, la regulación vigente no contempla periodos de disfrute exclusivos para los hombres, por lo que sería conveniente plantearse si su previsión sería capaz de revertir la tendencia habitual de su utilización por las mujeres.

La excedencia para el cuidado de hijo/a (art. 46.3 del ET) se configura en nuestro ordenamiento como un derecho de ausencia que se reconoce tanto a progenitores biológicos como adoptivos y cumple con los requisitos comunitarios de la duración y de la edad del hijo/a, ya que se puede extender hasta los tres años desde la fecha del nacimiento o de la resolución judicial o administrativa por la que se establezca la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento. En consecuencia, se supera ampliamente la duración mínima comunitaria de cuatro meses[93]. Deben sopesarse, no obstante, los posibles inconvenientes derivados de los permisos excesivamente prolongados, pues su utilización mayoritaria por las mujeres puede perjudicar tanto su reincorporación al mercado laboral como la continuidad de sus carreras de cotización, auténticos

[89] Sobre la consideración como permiso parental de la parte no obligatoria del permiso de maternidad, *vid.* STJUE 19 septiembre 2013, C-5/12, asunto Betriu Montull.

[90] La reducción de jornada para cuidado de menor (art. 37.4 ET) y el permiso por cuidado de lactante (art. 37.6 ET) no pueden ser considerados permisos parentales sino fórmulas de trabajo flexible en los términos previstos en el art. 3.1f) de la Directiva.

[91] Ballester Pastor, M.ª A (2019). "De los permisos parentales a la conciliación ...cit., p. 1122.

[92] Según los datos publicados por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y pensiones relativas a las prestaciones de la Seguridad Social en el periodo enero-junio de 2022, el número de excedencias por cuidado de hijo/a, menor acogido o familiar en el primer semestre del año fue de 17.140, de las que 14.839 correspondieron a mujeres, el 86,6%, y 2.301 a hombres, lo que equivale al 13,4%.

[93] Acertadamente se ha matizado que, en la práctica, la actual existencia del permiso de nacimiento y cuidado de menor y del permiso de adopción hace que el periodo real de posible disfrute de la excedencia sea inferior a tres años. De la Corte Rodríguez, M. (2020). "La Directiva relativa a la conciliación de la vida profesional ...cit., p. 86.

muros de carga sobre los que se sostiene la Directiva de conciliación.

Esta excedencia se configura como un derecho individual e incondicionado atribuido a cada uno de los progenitores, adoptantes o acogedores con carácter intransferible, que incluso puede ser disfrutado por ambos de manera simultánea. Las posibilidades del disfrute simultáneo cuentan únicamente con una limitación en los casos en que dos o más trabajadores/as de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, pues se prevé que "*el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa*". Para ajustar la actual regulación a las previsiones de la Directiva en los arts. 5.5 y 5.7 se precisa que la actual limitación al ejercicio simultáneo de la excedencia por dos progenitores que trabajen en la misma empresa se matice de modo que la empresa: primero, justifique de manera razonada y por escrito que el período solicitado "*alteraría seriamente*" su buen funcionamiento; segundo, que ofrezca a los trabajadores/as formas flexibles de disfrutar del permiso parental; y, tercero, que en caso de que no prosperara esta propuesta alternativa, resolviera el aplazamiento durante un "*periodo razonable*" que debe ser concretado.

La correcta transposición de la Directiva de conciliación exigiría también que las cuestiones relativas a la solicitud y concesión de la excedencia por cuidado de hijos/as se regularan con mayor precisión. Se debe garantizar que el plazo de preaviso en el que debe presentarse la solicitud de la excedencia sea "*razonable*" (art. 5.3) de modo que solo pueda ser mejorado por la negociación colectiva o el acuerdo con la empresa. Asimismo, debe contemplarse expresamente la necesidad de que la persona trabajadora indique el momento inicial y final del permiso parental solicitado, así como, en su caso, la modalidad de disfrute flexible a la que desea acogerse. Para que en nuestro ordenamiento se garantice el derecho al disfrute flexible del permiso parental conforme a lo establecido en el art. 5.6 de la Directiva sería necesario incorporar la posibilidad de que la excedencia se pueda disfrutar a tiempo parcial combinando periodos de trabajo y periodos de ausencia.

Otro de los ajustes que debe acometerse se refiere a la retribución que exige el art. 8.3 de la Directiva para, al menos, los dos meses intransferibles. Esta sería, sin duda, la modificación de mayor calado que habría que acometer y, no en vano, consciente de las dificultades para obtener un mínimo consenso en esta materia, el legislador comunitario ha establecido para la concreción de este extremo un plazo de transposición más amplio, hasta el 2 de agosto de 2024 (art. 20.2). En la excedencia del art. 46.3 del ET no existe garantía legal de mantenimiento de ingresos por parte de la empresa o de la Seguridad Social, y tampoco puede considerarse que se da cumplimiento a esta exigencia con la reserva del puesto de trabajo o la concesión de cotizaciones ficticias a los beneficiarios de la excedencia por cuidado de hijos/as a los efectos de futuras prestaciones (art. 237.1 LGSS)[94]. Se requiere, por tanto, la modificación de la regulación de la excedencia por cuidado de hijos/as a los efectos de incorporar la garantía de una retribución capaz de favorecer que ambos progenitores soliciten el permiso parental tal como requiere el art. 8.3 de la Directiva, ya sea utilizando la vía del mantenimiento de la retribución o configurando una prestación de la Seguridad Social que supla los ingresos dejados de percibir durante dos meses. Incluso podría valorarse la posibilidad de incorporar una medida de acción positiva consistente en la atribución de periodos retribuidos más amplios para los varones, favoreciendo así el cambio social en la asunción de las responsabilidades de conciliación[95]. Independientemente de la manera en que se concretara su regulación, acertada-

[94] BALLESTER PASTOR, M.ª A. (2019). "De los permisos parentales a la conciliación ...cit., p. 1124.

[95] En otros Estados miembros que disponen de permisos parentales largos, se contempla un periodo de disfrute exclusivo para el padre. CABEZA PEREIRO, J. (2010). "¿En qué debe cambiar el Derecho Español...cit.

mente se ha advertido contar con un permiso con estas condiciones, aunque no se garantice una retribución equivalente al 100% de la base reguladora, supondría poder disfrutar de un periodo de ausencia retribuida por hijo/a de dieciocho semanas por progenitor (dieciséis semanas de permiso de nacimiento más dos semanas del permiso parental)[96].

Junto a las dos opciones planteadas para transponer las previsiones comunitarias entorno al permiso parental, se debe señalar una tercera opción que implicaría no modificar la actual regulación de la excedencia por cuidado de hijos/as. Se trataría de aplicar la denominada "cláusula pasarela" (art. 20.6 de la Directiva), una suerte de sistema de compensación que exige observar dos condiciones: respetar los requisitos mínimos establecidos en la Directiva de conciliación y en la Directiva 92/85; y que no se reduzca el nivel general de protección garantizado a los trabajadores/as en los ámbitos de aplicación de dichas Directivas. De recurrir a esta fórmula, sería preciso reforzar la regulación de los permisos de maternidad y paternidad para cumplir con los estándares mínimos del Derecho de la UE y poder compensar la regulación sin tener que crear nuevas previsiones en los derechos existentes. Las exigencias mínimas a nivel europeo para los permisos de maternidad biológica obligan a dotar a las mujeres de catorce semanas de permiso remunerado al nivel de las prestaciones por enfermedad (art. 11 de la Directiva 92/85) y dos meses intransferibles y remunerados de permiso parental, siendo este último también aplicable para los casos de adopción (arts. 5 y 8 de la Directiva 2019/1158). Las previsiones europeas para los progenitores varones (o segundo progenitor equivalente) incluyen diez días laborables (dos semanas) de permiso de paternidad biológica remuneradas al nivel nacional de las prestaciones por enfermedad y dos meses intransferibles y remunerados de permisos parental tanto para los casos de nacimiento como de adopción (arts. 4, 5 y 8 de la Directiva 2019/1158).

A la vista de la regulación vigente en el art. 48.4 del ET, el permiso por nacimiento de hijo/a contempla medidas mucho más favorables excediendo el mínimo de diez días previsto por la Directiva, de modo que operaría el "trasvase" para cumplir con la exigencia de un permiso parental retribuido de una duración mínima de dos meses. Sin embargo, no sucede lo mismo con la licencia por maternidad, dado que nuestro ordenamiento solo mejora en dos semanas el mínimo previsto en la Directiva 92/85. Se precisaría, por tanto, incrementar el permiso para las madres biológicas para llegar a los dos meses de permiso parental[97]. Difícilmente, el legislador español optará por usar esta alternativa ya que la ampliación de la duración del permiso únicamente para las madres biológicas provocaría una asimetría en la regulación de los derechos de conciliación de hombres y mujeres que no se compadece con el espíritu de las reformas que han afectado al ordenamiento español tendentes a favorecer la corresponsabilidad a través de la creación de permisos iguales e intransferibles[98]. Parece, por tanto, más conveniente optar por alguna de las soluciones anteriores, ya que la aplicación de la cláusula pasarela no evitaría la necesidad de una reforma legal para garantizar el permiso parental mínimo retribuido de dos meses a las trabajadoras.

No obstante, debe subrayarse que la aplicación de la cláusula pasarela sí sería automática si finalmente prosperara la ampliación a seis meses del permiso por nacimiento de hijo/a de manera equivalente para las madres y padres biológicos o adoptivos con el fin de ofrecer a los progenitores y adoptantes permi-

[96] Ballester Pastor, M.ª A. (2019). "De los permisos parentales a la conciliación ...cit., p. 1124.

[97] A estos efectos, De la Corte plantea como opción alternativa la reforma del permiso de lactancia a fin de que la acumulación del permiso en jornadas completas se convierta en un derecho legal directo que pueda funcionar como un periodo de permiso parental a los efectos de la Directiva. De la Corte Rodríguez, M. (2020). "La Directiva relativa a la conciliación de la vida profesional ...cit., p. 90.

[98] *Idem,* p. 91.

sos de igual duración que pretende incluir la futura Ley de diversidad familiar y apoyo a las familias (Ley de familias). Sin embargo, debe puntualizarse que esta ampliación tiene dos puntos débiles ya que no solo contradice el paradigma de la corresponsabilidad centrado en los derechos de presencia, sino que margina el período de crianza más allá del primer año de vida[99].

2.3. Permiso para cuidadores: la atención a los motivos médicos graves que precisan cuidados importantes

La Directiva de conciliación articula un nuevo permiso para el cuidado de dependientes (art. 6) que se caracteriza por ser un derecho de ausencia destinado a la "*asistencia y cuidados importantes por un motivo médico grave*". Se trata de un permiso independiente del derecho a ausentarse del trabajo por causa de fuerza mayor y en el que se distinguen tres elementos centrales en su configuración: la gravedad de la situación médica del dependiente, el carácter "importante" de la asistencia o los cuidados a dispensar por la persona cuidadora, y la condición de familiar o conviviente de la persona que precisa cuidados. La Directiva otorga a los Estados miembros una amplia capacidad para establecer el ámbito de aplicación del permiso, las condiciones de ejercicio del derecho y su distribución.

Por lo que se refiere al ámbito de aplicación del permiso, la Directiva establece una perspectiva más extensa de las labores de conciliación, de manera que el permiso puede ser disfrutado por todas las personas trabajadoras "cuidadoras", es decir, todas las que prestan cuidado o asistencia personal a un familiar o conviviente. La norma expande la noción de persona dependiente para incluir no solo a los familiares (hijo, hija, padre, madre, cónyuge o pareja de hecho, art. 3.1.e de la Directiva), sino también a quien "*viva en el mismo hogar que el trabajador*" (art. 3.1.c). Ahora bien, no todos los cuidados habilitan el disfrute de este permiso. El del art. 6 de la Directiva 2019/1158 no es un permiso para cuidado continuado de un dependiente sino para la "*asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave*" (art. 3.1.c de la Directiva). Lo que deba comprender la noción "*asistencia o cuidados importantes*" o lo que deba entenderse por "*motivo médico grave*" por el cual el familiar cercano o conviviente necesita la asistencia o el cuidado, serán cuestiones que tendrán que ser concretadas por los Estados o los interlocutores sociales a fin de evitar problemas interpretativos en torno a estos conceptos jurídicos indeterminados, y lograr deslindar adecuadamente este permiso del previsto para los casos de fuerza mayor familiar. Sin duda, la clave para la diferenciación entre ambas figuras se encuentra en la referencia a los "*motivos médicos graves*" propios del permiso para cuidadores, frente a los "*motivos familiares urgentes*" que justifican la ausencia del trabajo por fuerza mayor. Con el fin de aportar claridad a la ambigüedad de estos términos, claves en el proceso de transposición de la Directiva, se ha precisado que la gravedad "es un elemento para valorar la necesidad de atención y cuidado que precisa el familiar o conviviente, pero no tiene por qué implicar urgencia o inaplazabilidad", mientras que la urgencia "sugiere inmediatez y respuesta rápida por parte del trabajador/a, pero no presupone necesariamente gravedad"[100]. Aun así, la rigidez de la definición de la Directiva hace que parezca difícil que este permiso para cuidadores pueda llegar a fortalecer la posición de los cuidadores no profesionales, pues probablemente excluirá la esencia de muchas rela-

[99] López Álvarez. M.ª J. (2022). "La adaptación de la directiva de conciliación ...cit., p. 77.

[100] Esta distinción permite comprender que el acompañamiento a una revisión médica a un familiar dependiente o de mayor edad entraría en el concepto de "*motivo médico grave*" del permiso para cuidadores, mientras que la atención a una incidencia durante el horario escolar se encuadraría en el concepto de "motivos familiares urgentes" del permiso por fuerza mayor. López Álvarez, M.ª J. (2019). "Conciliación y corresponsabilidad en el ordenamiento jurídico comunitario... cit., p. 77.

ciones de cuidado. Una interpretación tan restrictiva no resulta congruente con el propósito de la Directiva de abordar las necesidades de una sociedad que envejece (considerando 27), un propósito que no se traslada al contenido de la norma que continúa centrado en atender los cuidados relacionados con la crianza de menores durante su infancia.

El permiso se configura con una duración de cinco días hábiles al año, reforzando con ello su finalidad de atención a situaciones de emergencia familiar. No obstante, el art. 6.2 permite que los Estados puedan configurar el permiso utilizando otros sistemas alternativos de cálculo diversos a la periodicidad anual: bien como un número de días al año por persona trabajadora, o bien sobre la base de períodos de un año, por persona necesitada de asistencia o apoyo, o por caso. Con ello se pretende favorecer el encaje de este permiso en los distintos sistemas nacionales, aunque ello no evita que las posibles configuraciones alternativas a la regla estándar produzcan conflictos derivados del cumplimiento de su finalidad[101]. La Directiva no prevé el carácter remunerado del permiso para cuidadores, pero anima a los Estados miembros a que introduzcan una remuneración o prestación económica "a fin de garantizar que los cuidadores ejerzan realmente este derecho, en particular los hombres" (considerando 32).

Del elevado nivel de flexibilidad con la que la Directiva regula este permiso se colige que, en principio, la normativa española no debe incorporar modificaciones profundas para entender cumplida la obligación de contar con un permiso para cuidadores. La finalidad de este permiso puede subsumirse en alguna de las fórmulas previstas para la atención de mayores y dependientes, como son el permiso retribuido para la atención de familiares en los casos de enfermedad o accidente graves de estos (art. 37.3.b del ET) o, en su caso, la excedencia para el cuidado de familiares (art. 46.3 del ET). Ambos derechos responden a una causa general que incluye *"la asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave"* que requiere la Directiva. Sin embargo, y a pesar de que podría parecer que los supuestos habilitantes para la solicitud de la reducción de jornada por cuidado de dependientes o por cuidado de menor afectado por cáncer o enfermedad grave (art. 37.6 del ET) encajarían en el concepto comunitario de "permiso para cuidadores", no es así, toda vez que estos derechos de conciliación no son derechos de ausencia y están previstos para situaciones de cuidado continuado y no para situaciones médicas graves de carácter puntual; de modo que los supuestos de reducción de jornada por estas causas se ensamblan mejor en el ámbito del art. 9 de la Directiva.

El permiso retribuido para la atención de familiar establecido en el art. 37.3.b del ET responde a la misma finalidad que el permiso para el cuidado de dependientes. Las causas que habilitan su solicitud –*"accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario"*– pueden ser consideradas la concreción del "*motivo médico grave"* realizada por el legislador español y que justifican que una persona necesite asistencia o cuidados importantes. El hecho de que este permiso, cuya duración es de dos días, ampliables a cuatro en caso de que sea necesario hacer un desplazamiento, pueda ser utilizado por la persona trabajadora varias veces al año (cada vez que concurra la situación de necesidad), permiten afirmar que cumple el objetivo del permiso para cuidadores, toda vez que la Directiva admite que los Estados miembros concreten el permiso por caso o que limiten su uso a uno o varios días laborables por caso. En cambio, más forzada resulta la plena convergencia del permiso para cuidadores con la excedencia para el cuidado de familiares del art. 46.3 del ET, puesto que esta última constituye un derecho individual e intransferible de la persona trabajadora que responde a una finalidad distinta, al no estar prevista para una situación médica grave de carácter puntual, sino que implica una ausencia prolongada que se destina a dispensar cuidados durante un periodo que puede extenderse hasta dos años para atender a un fami-

[101] De la Corte Rodríguez, M. (2020)., "La Directiva relativa a la conciliación de la vida profesional ...cit., p. 79.

liar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad "*que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida*". Con todo, se prevé la posibilidad de que su disfrute pueda realizarse de manera fraccionada e incluso simultánea si dos personas trabajadoras generasen este derecho por el mismo sujeto causante, con la posible limitación en los casos de trabajadores/as de la misma empresa. No genera conflicto con la normativa comunitaria el hecho de que esta excedencia no contemple remuneración por parte de la empresa ni por parte de la Seguridad Social.

Por tanto, el único elemento configurador en el que podemos detectar un desajuste es el relativo al elenco de sujetos dependientes destinatarios de la atención o los cuidados. La normativa española prevé la posibilidad de que el permiso del art. 37.3 b) y a la excedencia del art. 46.3 del ET puedan ser disfrutados para el cuidado de un familiar hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad. En ambos casos, la noción de "familiar" se configura con un alcance más amplio que el previsto en la Directiva. Sin embargo, la norma española no contempla el derecho a contar con un permiso para el cuidado de un sujeto dependiente que, aun sin ser familiar, conviva con la persona trabajadora. Por tanto, se requiere un ajuste en este sentido favoreciendo la extensión a las personas con vínculo afectivo de convivencia, permitiendo englobar a los miembros de la unidad de convivencia con los que se carece de parentesco y que constituyen una realidad cada vez más extendida ante la generalización de los nuevos modelos de familia. Esta necesaria reforma y la atención a la creciente diversidad de formas familiares serán acogidas por la futura Ley de Familias respondiendo a las recomendaciones formuladas por OCDE en el *Libro Blanco para un nuevo marco nacional sobre el apoyo y protección familiar*[102].

2.4. El permiso por fuerza mayor: garantizando la presencia inmediata de la persona trabajadora ante situaciones urgentes-no graves de familiares y convivientes

La necesidad de reconocer a la persona trabajadora el derecho a ausentarse del trabajo por motivos de fuerza mayor vinculados a razones familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable su presencia inmediata aparecía regulado en la cláusula tercera de la Directiva 96/34, se mantuvo sin cambios en la cláusula séptima de la Directiva 2010/18 y continúa conservando la misma regulación en el art. 7 de la Directiva 2019/1158.

El permiso por fuerza mayor familiar se configura como un derecho a la ausencia para atender *"motivos familiares urgentes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador"*. Como se ha apuntado anteriormente, la situación de emergencia es el elemento clave que permite distinguir este permiso del permiso para cuidadores del art. 6 de la Directiva que depende de la gravedad de la situación médica del dependiente. Y es que el permiso por fuerza mayor familiar está previsto para atender la emergencia derivada de enfermedades menores, incidencias durante el horario escolar o los traumatismos de los menores por los que fueran llamados los progenitores durante la jornada laboral.

El art. 7 de la Directiva no especifica los familiares por los que se genera este derecho, de modo que puede entenderse que abarca a los comprendidos en el art. 3.1.e de la Directiva, esto es, "*hijo, hija, padre, madre o cónyuge del trabajador, o pareja de hecho de este cuando las uniones de hecho estén reconocidas en el Derecho nacional*". La Directiva de conciliación tampoco concreta la ausencia en términos temporales, pero permite que pueda limitarse

[102] OECD (2022). *Evolving Family Models in Spain: A New National Framework for Improved Support and Protection for Families*, Paris: OECD Publishing. Este documento, elaborado por la OCDE y financiado por la UE, parte de una petición de asistencia técnica en 2019 del por entonces Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar a la Comisión Europea.

"a un tiempo determinado por año, por caso, o por año y por caso".

La normativa española contiene un permiso relacionado con la atención puntual al cuidado de familiares en el art. 37.3 b) del ET que podría encajar en el concepto comunitario de "ausencia por causa de fuerza mayor familiar". El artículo 37.3 b) del ET concede a la persona trabajadora, previo aviso y justificación, un permiso retribuido de dos días, ampliables a cuatro de ser necesaria la realización de un desplazamiento, por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. El elenco de causas del permiso español es más amplio que el permiso comunitario, limitado a los casos en que concurran las notas de urgencia y de presencia inmediata indispensable del trabajdor/a. Sin embargo, el permiso español no se ajusta completamente a lo establecido en la Directiva. Las dudas relativas a la falta de concordancia del permiso del art. 37.3 b) del ET con la normativa comunitaria han sido un tema constante en las diversas ocasiones en que se ha reformado el precepto[103]. Nuevamente, y a la luz de la Directiva de conciliación, la regulación vigente debe corregirse ya que adolece de algunas notas esenciales como son: la extensión causal del permiso para contemplar situaciones urgentes no necesariamente graves de los familiares pero que precisan la presencia inmediata del trabajador/a, la ampliación de los sujetos por los que se podría originar este permiso para incluir a los familiares del primer grado, el cónyuge y la pareja de hecho; y la cobertura a los sujetos dependientes que sin ser familiares de primer grado, ni cónyuge, ni pareja de hecho, viven en el mismo domicilio del trabajador/a.

Sin duda, la principal carencia de la norma española es que el permiso del art. 37.3.b) del ET abarca la atención de situaciones de gravedad –propias del permiso para cuidadores–, pero no comprende las situaciones que simplemente hagan necesaria la presencia inmediata del trabajador/a por motivos urgentes, puntuales, pero no graves y que son frecuentes e indispensables para la conciliación (cuidado de un menor que amanece con fiebre o vómitos). Esta carencia de nuestro ordenamiento pretende se cubierta a través del permiso retribuido de siete días al año (nueve en casos de que sea necesario el desplazamiento de Comunidad Autónoma) para atender a familiares y convivientes que se propone incluir en la futura Ley de Diversidad familiar y apoyo a las familias y que eliminaría definitivamente la exigencia de una enfermedad grave para poder hacer uso de este permiso retribuido, de tal forma que podría aplicarse en los casos de Covid-19[104]. No obstante, lleva a la confusión que esta reforma se anuncie con la equívoca denominación "permiso para cuidadores" que probablemente supondrá una reforma del art. 37.3.b) del ET.

[103] Con la reforma operada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (BOE del 6), se hizo concordar el permiso del art. 37.3 b) con la Directiva 96/34/CE, previendo la ausencia del trabajador en los supuestos de accidente y de hospitalización, superando las regulaciones convencionales y a las interpretaciones judiciales que limitaban la enfermedad que origina el derecho al permiso a los supuestos en que se requería hospitalización o que exigían justificación de la gravedad de la enfermedad o del accidente cuando dicha hospitalización era necesaria. Pese a ello, persistieron las dudas relativas a la concordancia de la norma con la Directiva 96/34/CE. Con la Ley Orgánica 3/2007, se vuelve a acometer la extensión causal de los supuestos protegidos por la norma integrando los casos de intervención quirúrgica sin hospitalización. LÓPEZ TERRADA, E (2010). Permisos parentales y conciliación, en BALLESTER PASTOR, M.ª A. (Coord.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp.139 a 164; BALLESTER PASTOR, M.ª A. (2000). *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral: una corrección de errores con diez años de retraso*, Valencia: Tirant lo Blanch.

[104] Precisamente, durante la pandemia se evidenció la ineficacia del marco vigente y se planteó la necesidad de contar con un permiso para el cuidado. NIETO ROJAS, P. (2022). "Necesidades sobrevenidas de conciliación. ¿Es necesario un permiso retribuido para el cuidado? A propósito del Plan Mecuida". *Revista de Derecho Social y Empresa*, 16.

2.5. Los acuerdos de trabajo flexible: oportunidades y riesgos de la justificación de corresponsabilidad

El fomento de la flexibilidad que se impulsa con la Directiva constituye el verdadero motor que justifica su cambio de denominación y responde al criterio mantenido por la jurisprudencia comunitaria (STJUE 22 octubre 2009, C-116/08, asunto Meers) que indicaba que las medidas dirigidas a conciliar la vida profesional y la vida familiar debían fomentar la introducción en los Estados miembros de nuevos modos flexibles de organización del trabajo y del tiempo, más adaptados a las necesidades cambiantes de la sociedad. Asimismo, la Estrategia Europea para la igualdad de género 2020-2025 se ha referido a las fórmulas de trabajo flexible como la mejor alternativa para conseguir un verdadero avance en los derechos de conciliación de las personas trabajadoras, siempre que se empleen para promover reparto equitativo de las responsabilidades asistenciales entre ambos progenitores.

La regulación de las fórmulas de trabajo flexible del art. 9 de la Directiva constituye la máxima expresión de la vertiente presencial de los derechos de conciliación, al destinarse a garantizar la presencia de la persona trabajadora con responsabilidades de cuidado en la empresa sin tener que ausentarse por periodos largos de tiempo recurriendo a un permiso parental. Su regulación reforzada, configurándolo como un derecho sustantivo autónomo e independiente del disfrute previo de un permiso parental, convierte a este derecho en el alma máter de la Directiva y lo que verdaderamente justifica su cambio de denominación. No obstante, y pese al esfuerzo de reformulación de este derecho, no se crea en la Directiva –y tampoco en la regulación del art. 34.8 ET– un derecho automático e incondicionado a obtener medidas de flexibilidad pro-conciliación.

La fórmula "derecho a solicitar" se hereda de la Directiva 2010/18, que contemplaba en su cláusula sexta el derecho de las personas trabajadoras a "*pedir cambios en sus horarios o regímenes de trabajo*" aunque su alcance era muy limitado porque únicamente se reconocía solo a los progenitores "*al reincorporarse del permiso parental*". Por tanto, la Directiva de 2010 no llegó a configurar un verdadero derecho de adaptación con carácter sustantivo y general, sino constituía un mecanismo de garantía de efectividad en el momento de reincorporación tras un permiso parental. Este requisito venía siendo exigido por la jurisprudencia comunitaria de manera estricta, denegando las peticiones de flexibilidad en otras circunstancias que no estuvieran directamente conectadas con la reincorporación tras el permiso parental[105].

La nueva Directiva de conciliación reconfigura el derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible de forma más abierta, definiéndolo como "*la posibilidad de los trabajadores de adaptar sus modelos de trabajo acogiéndose a fórmulas de trabajo a distancia, calendarios laborales flexibles o reducción de las horas de trabajo*" (art. 3.1.f). Se aprecia como a la flexibilidad en el tiempo de trabajo (reducción de jornada y horarios flexibles) ya prevista en la Directiva de 2010, se añade expresamente ahora la flexibilidad en el lugar de trabajo (trabajo a distancia y teletrabajo).

Los beneficiarios de este derecho se amplían respecto a la configuración precedente. Con la nueva Directiva, pueden solicitar este derecho tanto las personas trabajadoras con hijos/as de hasta una edad determinada a nivel nacional, que será como mínimo de ocho años, como los cuidadores, entendidos estos últimos como toda persona trabajadora "*que dispensa cuidados o presta ayuda a un familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y que necesite asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave, conforme a lo definido por cada Estado miembro*" (art. 3.1.d). Debe celebrarse que la nueva regulación desvincule la posibilidad

[105] STJUE 16 de junio de 2016, asunto Rodríguez Sánchez, C-351/14) y la STJUE 18 de septiembre de 2019, asunto Ortiz Mesonero, C- 366/18).

de solicitar los acuerdos de trabajo flexible a la reincorporación tras un permiso parental pues con ello se consigue superar los perjuicios derivados de la interpretación rigorista que sobre este derecho venía haciendo el TJUE, al tiempo que se reconoce normativamente que las necesidades de conciliación tienen un ámbito que trasciende al cuidado de hijos/as y comprende cualquier circunstancia familiar que así lo exija, por tanto, también las vinculadas al cuidado de mayores y dependientes[106].

Con todo, la Directiva no configura el trabajo flexible como un derecho absoluto, sino como un derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible, de modo que la empresa puede denegarlo o aplazarlo por causas justificadas teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de las personas trabajadoras. (art. 9.2)[107]. A tal fin, la empresa tendrá en cuenta, la duración de la fórmula de trabajo flexible solicitada, los recursos y la capacidad operativa de la empresa. La respuesta empresarial en torno a la concesión, denegación o aplazamiento debe emitirse "*en un plazo razonable de tiempo",* que deberá ser concretado a nivel nacional para garantizar la seguridad jurídica de la persona trabajadora, debiendo figurar por escrito si se denegara o aplazara la solicitud del trabajador/a.

Asimismo, la configuración nacional de este derecho puede supeditar la duración de la solicitud de trabajo flexible a un "*tiempo razonable*" (art. 9.1); o, incluso, restringir el acceso a este derecho exigiendo el cumplimiento de un periodo de trabajo previo o cierta antigüedad que no podrá ser superior a seis meses (art. 9.4). Resulta difícil comprender qué justificación ampararía que la legislación nacional condicionara este derecho al cumplimiento de requisitos de antigüedad, máxime tratándose de un derecho configurado con la débil fórmula de "derecho a solicitar", que abre la puerta a la denegación por parte de las empresas alegando razones organizativas o productivas.

La reincorporación de la persona trabajadora al término del periodo acordado se garantiza plenamente por la Directiva. Sin embargo, no sucede lo mismo para los supuestos de solicitud de retorno anticipado antes de agotar el periodo de trabajo flexible acordado. En estos casos, la Directiva prevé que tales solicitudes serán estudiadas y atendidas por las empresas "*teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores*" (art. 9.3).

En nuestro ordenamiento jurídico, se han distinguido dos tipos de derechos de conciliación que responden al concepto comunitario de fórmulas de trabajo flexible al poder ser utilizados por las personas trabajadoras de manera incondicionada e independiente del disfrute previo o no de un permiso parental[108]. Como derechos de carácter absoluto, se encuentran el derecho a la reducción de jornada por motivos familiares (arts. 37.6 y 7 del ET) y la reducción de jornada y el permiso de lactante (art. 37.4 del ET). Con mayor precisión, aunque manteniendo la fórmula de derecho relativo, se contempla la adaptación por conciliación del art. 34.8 del ET.

El principal hándicap de la configuración tradicional del art. 34.8 del ET radicaba en que únicamente concedía a la persona trabajadora una mera "expectativa de derecho"[109],

[106] López Álvarez, M.ª J. (2019) "Conciliación y corresponsabilidad en el ordenamiento jurídico comunitario... cit., p. 174.

[107] La necesidad de que se propicie un equilibrio razonable entre las necesidades de la persona trabajadora y los intereses de la empresa aparece en el considerando 48 de la Directiva, a fin de que se arbitren fórmulas que permitan garantizar los derechos de adaptación de las personas trabajadoras, sin que supongan una carga desproporcionada para las empresas, especialmente las pequeñas y las medianas.

[108] Se sigue en este planteamiento a De la Corte Rodríguez, M. (2020). "La Directiva relativa a la conciliación de la vida profesional ...cit., p. 87 y ss.

[109] Cabeza Pereiro, J. y Fernández Prieto, M. (2011), "Comentario a las STC 24 y 26/2011, de 14 de marzo", *Relaciones Laborales*, 21, p. 57; García Testal, E. y López Balaguer, M. (2012). *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa,* Valencia: Tirant lo Blanch, p. 84; y Vivero Serrano, J., "La fortificación por el legislador del amenazado feudo empresarial de la distribución del tiempo de trabajo", en AA.VV., *Las reformas del derecho del trabajo en el contexto*

pues aparecía condicionado a la existencia de convenio colectivo o al acuerdo con la empresa, lo que no solo limitaba su efectividad práctica sino hacía inoperativas las demandas de flexibilidad planteadas por los trabajadore/as[110]. Además, solo se refería a la adaptación de la duración y la distribución de la jornada de trabajo. Por el contrario, la actual regulación art. 34.8 del ET, introducida por el RD-ley 6/2019, configura un auténtico derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible albergando y superando el elenco de alternativas enumeradas con carácter no exhaustivo en el art. 3.1.f de la Directiva (el trabajo a distancia, los calendarios laborables flexibles o la reducción del horario laboral) al indicar que *"las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral"*. Por tanto, se cubren los supuestos de flexibilidad en el lugar y en el tiempo de trabajo[111]. Se abre, así, un amplio abanico de iniciativas posibles para favorecer la conciliación, que comprende los horarios flexibles, los bancos de horas de libre disposición, los cambios de turno, la elección de períodos de vacaciones, la distribución irregular de la jornada por causas familiares, el trabajo a distancia o, incluso, el cambio de centro de trabajo para favorecer la proximidad familiar o reducir los tiempos de desplazamiento, y los cambios de puesto de trabajo (a modo de movilidad funcional pro-conciliación)[112].

La norma española cumple con el alcance subjetivo que requiere la Directiva y lo mejora, pues no define la conexión que debe existir entre el sujeto cuidador y el que requiere el cuidado. El derecho se reconoce de forma amplia a todas las personas trabajadoras que precisen una medida adaptativa para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y profesional. La norma legal deja abierto, por tanto, el colectivo de beneficiaros de este derecho, sin precisar ningún condicionante en atención a los vínculos de parentesco o de convivencia exigidos. Únicamente en el caso de los progenitores, se prevé el derecho a realizar la solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años. A partir de estas previsiones genéricas, se da entrada a que la negociación colectiva acote las condiciones subjetivas para su ejercicio.

El carácter amplio de los términos en que aparece formulado el art. 34.8 del ET puede parecer positivo, en tanto que da cabida tanto a solicitudes para dispensar ayuda o cuidados a los hijos/as de hasta doce años, como a todos los familiares y personas con las que se conviva, sin que pueda exigirse en estos momentos que la persona trabajadora acredite la "*necesidad de asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave*" del familiar o persona con la que conviva. La conflictividad generada en la aplicación práctica del art. 34.8 del ET pone de manifiesto que la falta de concreción implica riesgos en perjuicio de la persona trabajadora puesto que puede ser usada por la empresa para restringir el acceso al derecho o crear requisitos no escritos. De la propia finalidad del derecho a "*hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar"*, podría inferirse que puede solicitarse para atender al cuidado de "familiares", entendiendo del término "familia" de manera genérica incluyendo a personas con

de la crisis económica, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 889.

[110] LAHERA FORTEZA, J. (2014). "Organización flexible del tiempo de trabajo y conciliación familiar". *DL,* 100, p. 45.

[111] Las alternativas posibles son amplias comprendiendo "horarios flexibles diarios de entrada y salida al trabajo, bancos de horas de libre disposición por causas familiares, permisos recuperables, cambios de turno, elección de períodos de vacaciones, redistribución del tiempo de trabajo para evitar la prestación en festivos o períodos coincidentes con vacaciones escolares, entre otros". Sin embargo, no se comparte la opinión de quien considera que se pueda utilizar este derecho para "configurar una flexibilidad horaria puntual y circunstancial para atender a obligaciones familiares imprevistas y sobrevenidas (consultas médicas, reuniones escolares". En sentido contrario, LÓPEZ ÁLVAREZ, M.ª J. (2019). "Conciliación y corresponsabilidad en el ordenamiento jurídico comunitario... cit., p. 1177.

[112] LÓPEZ ÁLVAREZ. M.ª J. (2022). "La adaptación de la directiva de conciliación ...cit., p. 80.

relación de parentesco por consanguinidad y afinidad en los mismos términos que se contemplan para el disfrute de otros derechos de conciliación o con carácter más amplio, siendo esta última opción la que parece ser más acorde al espíritu de la regulación comunitaria. Con todo, resulta conveniente que se defina con mayor precisión la conexión que debe existir entre la persona cuidadora y el sujeto que requiere el cuidado para de incluir a otras personas con las que se conviva, que sí están comprendidos en el concepto de cuidador de la Directiva (art. 3.1.d), sin que sea razonable en estos casos exigir al trabajador/a solicitante que justifique la necesidad de cuidado por la existencia de un motivo médico grave[113]. Tales extremos pueden y deber ser actualizados en la negociación colectiva, descartando todas las disposiciones convencionales que no extiendan este derecho a las personas con las que se mantienen únicamente vínculos afectivos de convivencia[114].

El procedimiento de solicitud y concesión del derecho de adaptación de jornada del art. 34.8 ET sigue siendo el aspecto más controvertido de esta regulación[115]. El régimen de ejercicio del derecho queda a los criterios y sistemas que se establezcan en la negociación colectiva a los que se impone expresamente que no pueden ser discriminatorios. Esta encomienda a la negociación colectiva resulta lógica en tanto que es "el marco más adecuado" para propiciar un equilibrio razonable entre los intereses empresariales y las necesidades de la persona trabajadora y se pueden valorar de modo más concreto las condiciones de la actividad o la composición de las plantillas de un determinado sector o empresa, sin que ello suponga admitir que se pueda llegar a configurar una regulación que constriña el acceso del trabajador/a a cualquier medida adaptativa[116]. En la encomienda a la regulación convencional no se consigna como garantía para evitar que el procedimiento se extienda excesivamente que la resolución se emita en "*un plazo razonable de tiempo*" tal como exige la Directiva, aunque se entiende que vincula a la regulación convencional el límite de treinta días que contempla la previsión legal. Cuestión diferente es si este plazo puede considerarse "razonable" en los términos que exige la Directiva o, por el contrario, es lo suficientemente amplio como para llegar a obstaculizar las necesidades de conciliación[117].

En defecto de procedimiento convencional negociado, el art. 34.8 del ET articula un proceso de negociación entre el trabajador/a y la empresa que se alinea, en principio, con lo establecido en la Directiva. Las personas trabajadoras deben presentar solicitudes de adaptaciones que sean "*razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa*". La configuración causal de este derecho es el aspecto más conflictivo de su regulación puesto que legitima que se evidencien todas las circunstancias concurrentes incluyendo tanto la organización empresarial como la familiar. No obstante, cabe preguntarse qué información debe aportar la persona trabajadora para encontrar el equilibrio entre las necesidades de la empresa y el trabajador/a. Es práctica habitual que la persona trabajadora exponga en su solicitud las circunstancias concretas de su vida privada familiar: capacidad del otro progenitor u otros

[113] De hecho, en el considerando 37 de la Directiva se anima a valorar si las condiciones y modalidades de ejercicio de las fórmulas de trabajo flexible se adaptan a las necesidades específicas, por ejemplo, familias monoparentales, padres adoptivos, progenitores con discapacidad, progenitores que tienen hijos con discapacidad o enfermedades graves o crónicas, o progenitores en circunstancias particulares, tales como las relacionadas con nacimientos múltiples o prematuros.

[114] López Álvarez, M.ª J. (2019). "Conciliación y corresponsabilidad en el ordenamiento jurídico comunitario... cit., p. 177.

[115] Un estudio detallado sobre la problemática asociada a la configuración de este derecho, Martínez Moreno, C. (2020). "La nueva regulación de la adaptación de jornada con fines de conciliación. ¿Hasta dónde llega el avance?". *Revista Derecho Social y Empresa,* 12, pp. 71 a 79.

[116] Considerando 48 de la Directiva.

[117] Se comparte la opinión de la profesora Ballester Pastor, al indicar que este plazo difícilmente puede considerarse "razonable". Ballester Pastor, Mª. A. (2019). "De los permisos parentales a la conciliación ...cit., p. 1129.

miembros de la familia, horarios de guardería, reparto en el núcleo interno del hogar dependiendo de los horarios o turnos de trabajo, etc. Aunque esta información y su buen uso podría servir para promocionar la corresponsabilidad, urge una concienzuda intervención de la negociación colectiva que delimite con precisión hasta dónde puede llegar la averiguación de la empresa sobre de los aspectos de la vida privada intrafamiliar para poder admitir la concesión del derecho de adaptación solicitado[118]. Asimismo, se ha propuesto la configuración de cauces alternativos para la resolución de discrepancias, como procesos de mediación, que pueden resultar más adecuados para dirimir las discrepancias en esta materia y favorecer alcanzar un acuerdo[119].

En todo caso, para que el ejercicio de este derecho sea corresponsable se precisa de una legislación suficientemente garantista que favorezca que cualquier trabajador/a pueda disfrutarlo[120]. Durante la pandemia, el legislador de urgencia reformuló el art. 34.8 del ET enmarcándolo en el Plan MECUIDA[121] estableciendo como prioritaria cualquier posibilidad de adaptación de la jornada[122]. Además, el Plan MECUIDA impulsó la corresponsabilidad a través de dos mecanismos diseñados con buenos propósitos, pero no exentos de riesgos. La primera vía para promover la corresponsabilidad fue la eliminación del parentesco por afinidad como sistema de generación de derechos de conciliación. Restringir el acceso al derecho a los parientes por consanguinidad puede ser una medida efectiva para forzar el reparto equilibrado de las responsabilidades de cuidado siempre que ello no provoque la expulsión o abandono de la trabajadora que deba atender las necesidades de cuidado de los familiares por afinidad ante la ausencia de medidas de conciliación alternativas en las que ampararse. La segunda fórmula del Plan MECUIDA para avanzar hacia la corresponsabilidad fue la exigencia de que el derecho a la adaptación u horario solicitado respondiera "*al reparto corresponsable de las obligaciones de cuidado y la evitación de perpetuación de roles*". Ahora bien, que la solicitud de adaptación por conciliación se supedite a las posibilidades de reparto de las labores de cuidado (justificación de corresponsabilidad[123]), en ningún caso debe autorizar ni justificar prácticas empresariales de intromisión injustificada y desproporcional en la organización familiar, ni condicionar el derecho a la obligación de que las personas trabajadoras en su solicitud demuestren una necesidad insuperable de conciliación[124].

Se establece que la empresa, ante la solicitud de adaptación de jornada, abrirá un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de treinta días, durante el cual las partes habrán de dialogar para tratar de alcanzar un acuerdo atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso. Finalizado el mismo, se impone a la empresa la obligación de resolver por escrito en uno de los siguientes sentidos: comunicando la aceptación de la petición, planteando una propues-

[118] Algunos tribunales han empezado a poner límites a las prácticas empresariales de intromisión en la vida privada familiar del solicitante del derecho de adaptación, al considerar que las solicitudes de adaptación no tienen por qué quedar condicionadas a la valoración de las decisiones personales y familiares que adopte el trabajador. En este sentido, STSJ Galicia 28 mayo 2019.

[119] López Álvarez, M.ª J. (2019). "Conciliación y corresponsabilidad en el ordenamiento jurídico comunitario... cit., p. 180.

[120] Ampliamente, Rodríguez Rodríguez, E. (2022). "La "soberanía sobre el tiempo". Unilateralidad e imposición en la distribución del tiempo de trabajo frente a conciliación corresponsable". *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 40(1), pp. 37-55.

[121] Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (BOE del 18).

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

[123] Sobre la oportunidad de las fórmulas de trabajo flexible con justificación de corresponsabilidad, Rodríguez Rodríguez, E. (2022). "La "soberanía sobre el tiempo"...cit.,pp. 43-46.

[124] Casas Baamonde, Mª. E. (2018). "Conciliación de la vida familiar y laboral: Constitución, legislador y juez". *Derecho de las Relaciones Laborales*, 10, pp. 1065-1084.

ta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora, o bien manifestando la negativa a su ejercicio. En este último caso, la empresa debe justificar su negativa de forma motivada expresando las "*razones objetivas*" en las que se sustenta la decisión. La norma española mejora lo establecido en la Directiva al tasar los motivos que pueden ser alegados por la empresa para denegar la solicitud y que se circunscriben a causas "*organizativas o productivas*"[125]. Aunque puede parecer que denegación de la solicitud se contempla como la alternativa última a la que puede recurrir la empresa –entendiéndose que antes de denegar la solicitud ha debido plantear una propuesta alternativa–, sin embargo, no puede olvidarse que el primer párrafo del art. 34.8 del ET prevé que la adaptación solicitada debe ser razonable y proporcionada en relación con las necesidades de la persona trabajadora y las organizativas o productivas de la empresa, algo que también exige el art. 9 de la Directiva.

La disconformidad del trabajador/a con el resultado de este proceso, le permite acudir a la vía judicial a través del procedimiento previsto en el art. 139 LRJS[126], que regula la modalidad especial para los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente[127]. En estos supuestos, se obliga a los órganos jurisdiccionales a dirimir un conflicto de intereses conforme a criterios de equidad, valorando las posturas encontradas de las partes y, en particular, cuestiones que pertenecen a la estricta privacidad de la persona trabajadora y su familia. Como acertadamente se ha subrayado, la determinación de los aspectos de la vida familia y personal debe tener en cuenta que "la solución no puede venir sino de la doctrina constitucional del equilibrio de derechos y, por tanto, de la razonabilidad y la proporcionalidad de las limitaciones"[128]. Resulta fundamental para garantizar el respeto y la plena aplicación del derecho de conciliación de los cuidadores que los tribunales realicen una intensa interpretación de las reglas de esta vía procesal para que sea acorde a las exigencias de la Directiva[129]. Particular importancia reviste el requisito relativo a la acreditación por la persona demandante de la necesidad de conciliación a la que se refiere el art. 139.2 LRJS y de la exigibilidad de que no existe otra

[125] De forma reciente, la sentencia del Juzgado de lo Social n. 4 de Toledo de 27 de septiembre de 2022 ha estimado íntegramente la demanda en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral interpuesta por una trabajadora de una empresa de *contact center* madre de dos hijos de seis y cuatro años y ha acordado la concesión a la demandante del derecho a prestar servicios bajo la modalidad de trabajo a distancia. La sentencia pone de manifiesto que la empresa incumple los requisitos formales previstos en el art. 34.8 ET porque en la contestación a la solicitud de la trabajadora, la empresa no planteó una propuesta alternativa, ni tampoco indicó de forma pormenorizada las razones objetivas en las que sustentaba su decisión, "limitándose a valorar la documentación aportada por la trabajadora" y a decir que el certificado de escolaridad de su hija no acreditaba la necesidad de la mujer para teletrabajar. Asimismo, la sentencia advierte que la compañía tampoco ha sido capaz de probar alguna circunstancia concreta relativa a su funcionamiento que impida o dificulte gravemente la realización de la modalidad de teletrabajo propuesto por la mujer, "ya que se alegan motivos organizativos, concretamente que las funciones de coordinadora no puede realizarlas teletrabajando, lo cual no se acredita porque ha estado teletrabajando desde mayo de 2020 a noviembre de 2021".

[126] Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE del 11).

[127] En la medida en que se invoque la lesión de un derecho fundamental o el carácter discriminatorio de la conducta impugnada, se añadirán a esta modalidad procesal del art. 139 LRJS las garantías previstas para el proceso de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas. MANEIRO VÁZQUEZ, Y. (2022). "Cuidados para quienes cuidan: la adaptación del art. 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social a la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 junio de 2019". *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, (3), p. 70.

[128] Una interesante reflexión al respecto exponiendo que "cuanto mayor sea el ajuste solicitado y mayores repercusiones ocasione en la organización empresarial mayor esfuerzo de razonabilidad y proporcionalidad tendrá que aportar el trabajador, lo que puede conducir a que tenga que desvelar cuestiones relacionadas con su vida personal y familiar". BALLESTER PASTOR, Mª. A. (2019). "De los permisos parentales a la conciliación ... cit., p. 1129.

[129] MANEIRO VÁZQUEZ, Y. (2022). "Cuidados para quienes cuidan...cit., pp. 63–86.

persona que pueda ocuparse de dichos cuidados[130].

Cabe indicar, por último, que el art. 34.8 del ET reconoce una garantía adicional para los trabajadores/as que disfruten de estas adaptaciones, que es "*derecho a solicitar el regreso a su jornada o modalidad contractual anterior una vez concluido el periodo acordado o cuando el cambio de las circunstancias así lo justifique, aun cuando no hubiese transcurrido el periodo previsto*". Esta redacción no puede llevar a entender que la norma española es más favorecedora que la previsión de la Directiva europea al no requerir que se tengan en cuenta las necesidades de la empresa y la persona trabajadora (art. 9.3 de la Directiva), pues no podemos olvidar que se trata nuevamente de un "*derecho a solicitar*"[131]. A los efectos del regreso del trabajador/a a su situación anterior, debe distinguirse, igual que hace la Directiva, entre dos supuestos distintos. Si se ha cumplido el período acordado, el trabajador habrá de tener derecho a recuperar automáticamente sus condiciones de trabajo iniciales. Por el contrario, si se solicita el regreso anticipado, la reincorporación dependerá de la decisión de la empresa atendiendo a las posibles dificultades objetivas que pueda esgrimir para atender la petición del trabajador/a y en base a las cual podrá decidir la demora, o incluso, la negativa a tal regreso anticipado.

3. FUTUROS AVANCES PARA LA CONSOLIDACIÓN DE UN MODELO DE CONCILIACIÓN CORRESPONSABLE

En estos momentos en que España se enfrenta al reto de revisar su regulación interna para ajustarla a los estándares comunitarios, la hoja de ruta marcada por la Directiva traza un trayecto inequívoco: seguir por la senda de la transición desde el modelo clásico de conciliación laboral y familiar hacia una real y efectiva conciliación corresponsable en el sentido apuntado por el art. 44 de la LOI[132]. Se trata de un compromiso que, como se ha mencionado, nuestro país emprendió de manera decisiva con el RD-ley 6/2019, anticipándose a la aprobación de la Directiva, incorporando auténticas medidas de corresponsabilidad. La transposición de la Directiva supone el inicio de las negociaciones en la mesa de diálogo social con el fin de completar el proceso de adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a los estándares mínimos de la norma comunitaria. La incorporación de nuevas medidas de conciliación para progenitores o cuidadores estará condicionada y sujeta a evaluación con base en el artículo 3.1.a) del Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo, ante su posible impacto presupuestario. Precisamente, han sido motivos presupuestarios los que han impedido la aprobación de algunas de las iniciativas en esta materia, como fue el caso de las propuestas planteadas por Unidas Podemos para los Presupuestos Generales del Estado de 2022 relativas la ampliación de los permisos por nacimiento hasta los seis meses o la creación de una prestación universal de 1.200 euros anuales para madres con hijos de 0 a 3 años.

Estas medidas se retomaron con el *anteproyecto de la Ley de Diversidad Familiar y apoyo a las familias*, iniciativa que respondía a la necesidad de contar a nivel estatal con un cuerpo jurídico unificado que, por una parte,

[130] Esta exigencia, frecuente en la práctica judicial como elemento para valorar la concesión de la medida propuesta (especialmente en los casos de que quiera destinarse para el cuidado de hijos/as) ha sido duramente criticada por la profesora CASAS BAAMONDE advirtiendo del riesgo de caer en un "activismo judicial" que investigue las circunstancias privadas de cada familia, haciendo juicios de valor o de oportunidad. CASAS BAAMONDE, M.ª E.(2018)."Conciliación de la vida familiar y laboral laboral... cit., pp. 173 y ss.

[131] En sentido contrario, indicando que "la norma española mejora el derecho del trabajador respecto a lo establecido en la Directiva, porque podrá recuperar sus condiciones previas cuando concurra una causa justificada para ello, en cuyo caso el empresario deberá aceptar la solicitud sin poder oponerse alegando necesidades empresariales". BALLESTER PASTOR, M. A (2019). "De los permisos parentales a la conciliación ...cit., p. 1128.

[132] LOUSADA AROCHENA, J. F. (2008). *Permiso de paternidad y conciliación masculina*, Bomarzo, Albacete.

reuniera los principios generales de la acción social a favor de las familias en su diversidad, y, por otra, detallara con rango normativo adecuado el conjunto de las prestaciones y servicios que ofrece la Administración General del Estado. Asimismo, esta propuesta se alineaba con las recomendaciones de la Comisión Europea relativas a la mejora del apoyo a las familias para prevenir y luchar contra la pobreza y la exclusión social en España, una necesidad que se vio agudizada con la pandemia de COVID-19 y que justifica que finalmente se haya incluido como una reforma estructural del componente 22 del Plan de Reconstrucción, Transformación y Resiliencia que el Gobierno ha presentado para articular los fondos extraordinarios del programa NextGeneration UE[133]. La aprobación de esta Ley figuraba en la agenda del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 para el año 2022. A pesar de que el 9 de julio de 2021 expiró el plazo de consulta previa y de que en diciembre se remitió el texto a los Ministerios de Hacienda, Justicia, Igualdad e Inclusión para su negociación antes de su traslado al Consejo de Ministros, la tramitación de proyecto de ley se paralizó por la falta de acuerdo respecto a algunos de los contenidos de la propuesta, en particular, la ampliación a seis meses del permiso por nacimiento y cuidado de menores. La iniciativa se recupera nuevamente a partir de febrero de 2022 con el *Libro Blanco para un nuevo marco nacional sobre el apoyo y protección familiar*[134], informe de la OCDE que propone a España un conjunto de recomendaciones para promover la actualización del marco tradicional de protección jurídica y económica a las familias (Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas), con el fin de dar cobertura a la creciente diversidad de formas de vida familiar en España y garantizar el derecho al cuidado[135]. Finalmente, el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2023 (PGE), aprobado el 4 de octubre en el Consejo de Ministros, incluye el compromiso de tramitar de forma urgente la Ley de Familias y aprobarla en el Consejo de Ministros antes de que finalice el mes de octubre para remitirla al Congreso y el Senado a fin de que entre en vigor en enero de 2023. Sin embargo, en los PGE de 2023 no se incluirá la extensión de permisos por nacimiento a los seis meses, que era una de las demandas de Unidas Podemos.

De aprobarse la futura Ley de Familias incluiría, entre otras cuestiones, una *prestación contributiva de crianza universal* de 100 euros al mes (125 euros/mes en caso de familias monoparentales) para familias con menores de 0 a 3 años[136]. Esta ayuda, ya contemplada como deducción por maternidad en el art. 81 de la LIRPF[137], se pretender expandir a cualquier persona que, teniendo un hijo/a menor de tres años, haya cotizado en la Seguridad Social o mutualidad durante

[133] https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/05052021-Componente22.pdf

[134] OECD (2022). *Evolving Family Models in Spain: A New National Framework for Improved Support and Protection for Families*, Paris: OECD Publishing. Este documento, elaborado por la OCDE y financiado por la UE, parte de una petición de asistencia técnica en 2019 del por entonces Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar a la Comisión Europea.

[135] Libro Blanco incluye más de 40 recomendaciones en torno a cuatro cuestiones: la diversidad creciente de los modelos familiares en España, que cada núcleo familiar tenga acceso a prestaciones y servicios en función de sus necesidades; mejorar la conciliación, y promover sistemas de seguimiento y evaluación de las políticas públicas.

[136] En España la única prestación universal que ha existido ha sido el cheque-bebé instaurado por el Gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero, 2.500 euros que se recibieron por cada nacimiento entre 2007 y 2011. La prestación económica de pago único por nacimiento o adopción de hijo fue introducida por Ley 35/2007 de 15 de noviembre (BOE del 16) y fue suprimida con efectos a partir del 1 de enero de 2011 por el RD-ley 8/2010, de 20 de mayo por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público (arts. 7.1 y 3)[BOE del 24]. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S.(2016). *Tiempo de trabajo y vida privada*...cit., pp. 135 y ss.

[137] Art. 81 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE del 29); y Orden EHA/394/2011, de 21 de febrero, por la que se aprueba el modelo 140, de solicitud del abono anticipado y comunicación de variaciones de la deducción por maternidad del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

30 días o que reciban una prestación (contributiva o asistencial) del sistema de protección del desempleo. Asimismo, el Gobierno ha acordado la creación de nuevos permisos de conciliación. En primer lugar, un *permiso retribuido para cuidadores* de 7 días al año para atender circunstancias imprevistas –ampliables hasta un máximo de nueve días si se precisa desplazamiento a otra comunidad autónoma– para cada trabajador/a para el cuidado de familiares o convivientes. En segundo lugar, un *nuevo permiso parental* no retribuido de ocho semanas al año por hijo/a hasta que el menor cumpla ocho años que tiene por finalidad ampliar el cuidado de los hijos/as más allá de las 16 semanas de permiso por nacimiento/adopción. La concreción de los términos de su disfrute debe entenderse como la oportunidad perfecta para incorporar elementos que favorezcan su utilización en régimen flexible (arbitrando fórmulas para su disfrute acumulado o fraccionado, a tiempo completo o a tiempo parcial); para admitir la posibilidad de disfrute simultáneo con el otro progenitor/adoptante; e, incluso, para incorporar acciones positivas que amplíen la duración del permiso o concedan condiciones más beneficiosas para los progenitores varones alentando la implicación masculina en las tareas de cuidado.

Otra de las novedades que se pretende introducir en la futura Ley de familias es la asimilación a nivel legal de las familias monomarentales que tengan dos hijos/as a la actual categoría de familias numerosas, para permitirles disfrutar de todos los beneficios previstos para estas. Se respondería con ello a la previsión contemplada en el considerando 37 de la Directiva 2019/1158 que establece la necesidad de valorar si las condiciones y las modalidades detalladas de ejercicio del derecho al permiso parental, el permiso para cuidadores y las fórmulas de trabajo flexible se adaptan a las necesidades específicas de las familias monoparentales.

Otro de los aspectos que requiere una reformulación para incorporar la perspectiva de la corresponsabiliad efectiva es el relativo al avance en materia de tiempo de trabajo[138]. Hace más de una década que en el marco de la lucha contra la discriminación por razón de sexo se ha venido reclamando una nueva forma de definir la gestión de tiempo para "romper con esa idea tradicional por la que el hombre ha tenido un tiempo divido en tiempo de trabajo y tiempo de ocio, mientras la mujer ha disfrutado solo de un tiempo de trabajo continuo acentuado hoy por la doble jornada laboral"[139]. Así, mediante una formulación acorde con la dimensión constitucional del derecho a la conciliación, se pretende instaurar en nuestro país un nuevo modelo de jornada y tiempo de trabajo flexible que fomente la presencia en el trabajo como pilar básico para la promoción de la corresponsabilidad, superando la configuración de los derechos de cuidado centrada fundamentalmente en la compatibilización mediante la ausencia. En estos momentos, los medios de comunicación se inundan de noticias en las que se anticipa que el próximo reto que pretende alcanzar el Ministerio de Trabajo y Economía Social es la anunciada como futura *Ley de usos del tiempo y racionalización de horarios*. Sin embargo, tal proyecto no aparece contemplado en esos términos en el Componente 23 del Plan de Recuperación comprometido con la Comisión Europea, ni figura en el Plan Anual Normativo de 2022 de la Administración General del Estado (PAN-22). Pese a ello, la transposición de la Directiva puede servir de telón de fondo para avanzar hacia la introducción de fórmulas flexibles de organización del tiempo de trabajo que tengan en cuenta a la vez las necesidades de las empresas y de las personas trabajadoras. Se trata de una meta prevista

[138] CASAS BAAMONDE, M.ª E. (2019). "La organización del tiempo de trabajo con perspectiva de género: la conciliación de la vida privada y la vida laboral". *Documentación Laboral*, 117(II), pp.17-21.

[139] MONEREO ATIENZA, C. (2012). "La igualdad entre mujeres y hombres en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en VÁZQUEZ BERMÚDEZ, I., (Coord), *Investigación y género, inseparables en el presente y en el futuro: IV Congreso Universitario Nacional Investigación y Género*. Sevilla: Unidad para la Igualdad de la Universidad de Sevilla, p. 1195.

en la Estrategia España 2050 en la que, con el objetivo de aumentar los niveles de satisfacción de las personas, se propone combatir las prácticas de trabajo excesivo, superar la cultura de la presencialidad, e incentivar una mayor flexibilidad en las jornadas laborales, armonizando el criterio de la productividad con el bienestar de las personas trabajadoras. Se persigue, en definitiva, promover un uso eficiente del tiempo de trabajo que favorezca la disposición diaria de tiempo para ocio y las relaciones sociales y familiares, y que redunde en una mayor productividad.

La complejidad de la futura normativa para facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar de progenitores y cuidadores radica en que pretende incorporar cambios en la forma de organización y gestión del tiempo entre las personas trabajadoras y las empresas, para la que la vida familiar y personal, así como los cuidados, adquieran centralidad en la organización del trabajo por cuenta ajena. Se apunta que la nueva propuesta normativa puede retomar la incorporación de modelos de jornada y tiempo de trabajo flexibles incluidos en la *Proposición de Ley de tiempo de trabajo corresponsable* presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, en noviembre de 2018[140]. Esta proposición de ley planteaba avanzar hacia una nueva cultura de tiempo de trabajo a través de un pacto social y político para la racionalización de los horarios y usos del tiempo con el objetivo de "reorganizar completamente los tiempos de trabajo, ocio y cuidados". Algunos aspectos contemplados en la Proposición de Ley de tiempo de trabajo corresponsable ya han sido incluidos en nuestro ordenamiento. Tal es el caso de la nueva regulación del art. 34.8 del ET incorporada por el RD-ley 6/2019, cuyo contenido, como se ha comentado, mejora las previsiones mínimas de la Directiva comunitaria (art. 9). Sin embargo, otros elementos de la citada Proposición de ley y de la Directiva nos ofrecen valiosas pistas de lo que quizás podrían ser las líneas maestras de la nueva configuración del tiempo de trabajo: avanzar hacia la jornada laboral de cuatro días, la limitación de la jornada partida para favorecer la racionalización del tiempo presencial con horas de trabajo más compactadas, o la incorporación de un sistema de bolsas de horas para la conciliación de la vida familiar y privada con la profesional.

De lo que se trata ahora es de dar otra vuelta de tuerca e impulsar la flexibilidad en el tiempo de trabajo desde una perspectiva compartida y bidireccional empresas/personas trabajadoras, no vinculada únicamente a las necesidades productivas, sino también a las necesidades de conciliación familiar y personal. El objetivo es que las personas trabajadoras dispongan de un mecanismo legal que les permita, en determinadas circunstancias, organizar su jornada laboral con suficiente flexibilidad en función de sus necesidades de cuidado, pero también por razones formativas, relacionadas con la promoción o perspectivas profesionales, o de mera conciliación personal (vida personal). De forma clara lo expresa la Directiva al indicar que "a fin de animar a los trabajadores que sean progenitores y cuidadores a permanecer en el mercado laboral, estos deben poder adaptar su calendario de trabajo a sus necesidades y preferencias personales" (considerando 34). Se trata fundamentalmente de ahondar en la regulación del art. 34 del ET y aprovechar la potencialidad de la negociación colectiva y de los planes de igualdad como instrumentos idóneos para la inclusión y delimitación de cláusulas normativas de flexibilidad horaria, de fórmulas de acumulación y compensación, o la creación de bolsas o banco de horas, el impulso de jornadas continuas y flexibles, con horarios de salida razonables, etc.

Esta nueva dimensión del tiempo de trabajo resulta acorde tanto con el enfoque centrado en las personas de la *Declaración del Cente-*

[140] BOCG de 16 de noviembre de 2018.

nario de la OIT para el Futuro del Trabajo[141] (2019) como con las propuestas de la Comisión Mundial que reclamaba como herramienta básica para avanzar hacia el bienestar, la conciliación y la igualdad por razón de género, la mayor soberanía de las personas trabajadoras en torno al reparto de sus tiempos vitales (*"expanding time sovereignty")*[142]. Si bien es cierto que la efectividad de esta nueva dimensión del tiempo de trabajo precisa de un cambio global complejo que requiere implantar políticas públicas sobre racionalización de horarios, no puede dejar de advertirse que esta nueva dimensión del tiempo de trabajo produce importantes beneficios tanto para las personas trabajadoras como para las empresas. Numerosos estudios confirman que la racionalización de horarios es una estrategia *win-win* pues la persona trabajadora dispone de más tiempo libre para la familia, la formación o el ocio, lo que redunda en la mejora de su productividad, el aumento de su satisfacción laboral y la reducción del absentismo y de los niveles de estrés.

En esta enumeración de los desafíos pendientes en la transición hacia un auténtico modelo de conciliación corresponsable es necesario seguir reivindicando el "triángulo formado por Mercado-Familia-Estado"[143], pues para conseguir la igualdad efectiva entre mujeres y hombres no basta con facilitar la conciliación, sino que también se requiere reforzar la corresponsabilidad entre todos los sujetos afectados u obligados a asumir los costes de las funciones de cuidado, incluidos los poderes públicos. Es necesario que el Estado se haga corresponsable, lo que implica necesariamente articular una red pública de cuidados que sostenga desde lo común una parte importante de las tareas de cuidado, con salarios y empleos de calidad, y con todas las garantías para quienes cuidan y son cuidados[144]. La vertiente institucional de la corresponsabilidad aparece destacada en la Agenda 2030 al referirse a la necesidad de "reconocer y valorar los cuidados no retribuidos y el trabajo doméstico mediante la prestación de servicios públicos, la provisión de infraestructuras y la formulación de políticas de protección social, así como mediante la promoción de la responsabilidad compartida en el hogar y la familia" (ODS 5.4). Igualmente, en la Estrategia Europea para la Igualdad de género 2020-2025 se indica que el acceso insuficiente a servicios asistenciales formales de calidad y asequibles es uno de los principales motores de la desigualdad de género en el mercado de trabajo y que el reparto equitativo de las responsabilidades asistenciales en el hogar precisa acompañarse de la disponibilidad de servicios de guardería, de asistencia social y de servicios domésticos, en particular para las familias monoparentales. En consecuencia, la Comisión destaca que "la inversión en servicios asistenciales es importante para apoyar la participación de las mujeres en el empleo remunerado y su desarrollo profesional. También tiene potencial para la creación de puestos de trabajo tanto para mujeres como para hombres". A estos efectos, la Comisión Europea propone una revisión de los objetivos de Barcelona[145] para garantizar unos niveles adecuados de servicios de educación infantil y atención a la infancia, asistenciales y de cuidados de larga duración. En la sociedad actual, caracterizada por el progresivo envejecimiento de la población, se requiere la promoción de sistemas de protección social inclusivos y la ampliación de los servicios de atención que contribuyan a redistribuir la atención de los cuidados, a sufragarlos (total o parcialmente) públicamente y a crear empleo decente en el sector.

En esta línea se enmarca el *Plan Corresponsables* para facilitar la conciliación y el re-

[141] Adoptada en la Conferencia 108ª, celebrada el 21 de junio en Ginebra.

[142] Rodríguez Rodríguez, E. (2022). "La "soberanía sobre el tiempo"...cit., p. 38 y ss.

[143] Monereo Atienza, C. (2012). "La igualdad entre mujeres y hombres en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea"...cit., p. 1195.

[144] Rodríguez Rodríguez, E. (2010). Instituciones de conciliación...cit.

[145] https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/bcn_objectives-report2018_web_en.pdf.

parto de los cuidados –aprobado por Consejo de Ministros el de marzo de 2021– como una "política semilla" destinada a las comunidades autónomas y dotada con 190 millones de euros para el apoyo específico de las necesidades de conciliación de las familias mediante la corresponsabilidad del Estado en el cuidado de menores de 14 años y que pretender facilitar la creación de empleo de calidad en el sector de los cuidados, dignificar y certificar la experiencia profesional del cuidado no formal. Sin embargo, los servicios asistenciales de calidad siguen siendo insuficientes y el camino que queda aún por recorrer es largo. El empuje necesario para no perder ni el aliento, ni el ritmo durante esta travesía ha venido de la mano de la reciente presentación el pasado 7 de septiembre de la *Estrategia Europea de cuidados*[146] que tiene por objeto garantizar unos servicios asistenciales de calidad, asequibles y accesibles en toda la UE y mejorar la situación tanto de los cuidadores (profesionales o informales) como de los receptores de cuidados. Esta Estrategia se erige en la piedra angular del enfoque de las políticas sociales de la UE destinadas a promover la adaptación al cambio demográfico, eliminar las desigualdades de género y otras desigualdades persistentes. Su desarrollo y ejecución por parte de los Estados miembros beneficiará la imprescindible y urgente dotación de una red de servicios de cuidados para menores, mayores o dependientes que sean asequibles, accesibles y de buena calidad, así como la mejora del acceso a los mismos.

BIBLIOGRAFÍA

ADDATI, L.; CATTANEO, U.; ESQUIVEL, V. & VALARINO, I. (2018). *Care work and care jobs for the future of decent work,* Ginebra: OIT.

AGUILERA IZQUIERDO, R. (2007). "Políticas sociolaborales y conciliación de la vida personal, familiar y laboral", en *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley orgánica de 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Pamplona: Civitas.

ALMEDA CASTILLO, M. T. (2007). "Otro lento avance normativo hacia la corresponsabilidad familiar: suspensión del contrato de trabajo y prestación de paternidad" en MERCADER UGUINA, J. R., (Dir.), *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres.* Valencia: Tirant lo Blanch.

BALLESTER PASTOR, M.ª A (2019). "De los permisos parentales a la conciliación: Expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español". *Derecho de las relaciones laborales,* 11.

BALLESTER PASTOR, M.ª A. (2017). "La conciliación de responsabilidades: estado de la cuestión a la luz de la propuesta de directiva de la Comisión Europea de 26 de abril de 2017". *Lan Harremanak,* 38 (II).

BALLESTER PASTOR, M.ª A. (2012). "La era de la corresponsabilidad: los nuevos retos de la política antidiscriminatoria", *Lan Harremanak,* 25.

BALLESTER PASTOR, M.ª A. (2012). "Conciliación y corresponsabilidad en las últimas reformas laborales y de seguridad social", Ponencia Barcelona de 22 de febrero de 2012.

BALLESTER PASTOR, M.ª A. (2010). "Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad". *Revista de Derecho Social,* 51.

BALLESTER PASTOR, M.ª A. (2000). *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral: una corrección de errores con diez años de retraso*, Valencia: Tirant lo Blanch.

BLASKO, Z. AND SANJUAN BELDA, J. (2022). *Division of Childcare and Housework among Men and Women during COVID-19 lockdowns*, Luxemburg: European Commission.

CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ PRIETO, M. (2011). "Comentario a las STC 24 y 26/2011, de 14 de marzo", *Relaciones Laborales*, 21.

CABEZA PEREIRO, J. (2018). "El concepto de trabajador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea". *Documentación laboral,* 113.

CABEZA PEREIRO, J. (2010). "¿En qué debe cambiar el Derecho Español para adaptarse al acuerdo marco revisado sobre el permiso parental?". *Aranzadi Social*, 6, 2010 (BIB 2010/1242), edición online no paginada.

CABEZA PEREIRO, J. (2005). "La conciliación de la vida familiar y laboral. Situación en Europa". *Revista de Derecho Social,* 31.

CARACCIOLO DI TORELLA, E. (2020). "One more step along the way: the 2019 Work Life Balance Directive". *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale,* 4.

[146] COM (2022)440.

CASAS BAAMONDE, M.ª E. (2019). "La organización del tiempo de trabajo con perspectiva de género: la conciliación de la vida privada y la vida laboral". *Documentación Laboral*, 117(II).

CASAS BAAMONDE, M.ª E. (2018). "Conciliación de la vida familiar y laboral: Constitución, legislador y juez". *Derecho de las Relaciones Laborales*, 10.

CASTRO GARCÍA, C. y PAZOS MORÁN, M. (2007). "Permisos de maternidad, paternidad y parentales en Europa: algunos elementos para el análisis de la situación actual". *Instituto de Estudios Fiscales,* 26.

CUESTA LÓPEZ, V. (2011). "Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y profesional: fundamentos constitucionales y avances normativos en el ámbito de la Unión Europea". *ReDCE,* 16.

DE LA CORTE RODRÍGUEZ, M. (2020). "La Directiva relativa a la conciliación de la vida profesional y su repercusión en la legislación española". *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social,* 146.

EIGE (2022). Gender inequalities in informal long-term care, Statistical Brief.

EUROFOUND (2018). Striking a balance: Reconciling work and life in the EU.

GARCÍA TESTAL, E. y LÓPEZ BALAGUER, M. (2012). *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa,* Valencia: Tirant lo Blanch.

LAHERA FORTEZA, J. (2014). "Organización flexible del tiempo de trabajo y conciliación familiar". *Documentación Laboral,* 100.

LEYTHIENNE, D.; PÉREZ-JULIÁN, M. (2021). *Gender pay gaps in the European Union (a statistical analysis)*, Luxembourg: Publications Office of the European Union.

LÓPEZ ÁLVAREZ. M.ª J. (2022). "La adaptación de la directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español". *Femeris*, 7(2).

LÓPEZ ÁLVAREZ, M.ª J. (2019). "Conciliación y corresponsabilidad en el ordenamiento jurídico comunitario". *Revista Galega de Dereito Social,* 9.

LÓPEZ LÓPEZ, J.(2002). "Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad". *Temas Laborales,* 67.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, J. (2021). "La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento: ¿hacia una efectiva corresponsabilidad?". *Lan Harremanak,* 45

LÓPEZ TERRADA, E (2010). Permisos parentales y conciliación, en BALLESTER PASTOR, M.ª A. (Coord.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Valencia: Tirant lo Blanch.

LOUSADA AROCHENA, F. (2009). *Permiso de paternidad y conciliación masculina.* Albacete: Bomarzo.

MANEIRO VÁZQUEZ, Y. (2022). "Cuidados para quienes cuidan: la adaptación del art. 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social a la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 junio de 2019". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo-Laborum*, 3.

MARTÍNEZ MORENO, C. (2020). "La nueva regulación de la adaptación de jornada con fines de conciliación. ¿Hasta dónde llega el avance?". *Revista Derecho Social y Empresa*, 12.

MONEREO ATIENZA, C. (2012). "La igualdad entre mujeres y hombres en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en VÁZQUEZ BERMÚDEZ, I., (Coord), *Investigación y género, inseparables en el presente y en el futuro: IV Congreso Universitario Nacional Investigación y Género*, Sevilla: Unidad para la Igualdad de la Universidad de Sevilla.

MONEREO PÉREZ, J.L. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.(2009). *Tiempo de trabajo y ciclos vitales. Estudio crítico del modelo normativo*, Granada: Comares.

MORENO COLOM, S. (2009), "Las políticas de conciliación de la vida laboral, familiar y personal: ¿éxito o fracaso?", *Aequalitas,* 25.

NIETO ROJAS, P. (2022). "Necesidades sobrevenidas de conciliación. ¿Es necesario un permiso retribuido para el cuidado? A propósito del Plan Mecuida". *Revista de Derecho Social y Empresa,* 16.

OCDE (2020). OECD Employment Outlook 2020: Worker Security and the COVID-19 Crisis, París: OCDE Publishing.

OECD (2022). *Evolving Family Models in Spain: A New National Framework for Improved Support and Protection for Families*, Paris: OECD Publishing.

PERÁN QUESADA, S. (2019). "La configuración jurídica del principio de corresponsabilidad y su necesaria aplicación efectiva". *Revista General del Derecho y de la Seguridad Social*, 53.

QUINTERO LIMA, G. y GRAU PINEDA, C. (2021). "A new work-life balance policy: The opportunity to formalise care (domestic) work", en C189 European Alliance: *Step up efforts towards decent work for domestic workers in the EU: 10th Anniversary of ILO Domestic Workers Convention, 2011(No. 189*).

RAMOS QUINTANA, M.I. (2020). "La nueva Estrategia Europea para la Igualdad: orientaciones, iniciativas y acción política bajo el mandato de von der Leyen". *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales,* 66.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S. (2020). *La no discriminación retributiva por causa del sexo y del género. Un derecho constitucional laboral específico,* Albacete: Bomarzo.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S. (2016). *Tiempo de trabajo y vida privada,* Granada: Comares.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S. (2011), "Conciliación y corresponsabilidad entre la vida laboral y familiar: aspectos relevantes en su regulación y análisis de la Directiva 2010/18/UE". *Anales de la Facultad de Derecho,* 28.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.(2022). "La "soberanía sobre el tiempo". Unilateralidad e imposición en la distribución del tiempo de trabajo frente a conciliación corresponsable". *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 40(1).

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

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. (2010). *Instituciones de conciliación de trabajo con el cuidado de familiares,* Albacete: Bomarzo.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y ARETA MARTÍNEZ, M. (2009). "El derecho del trabajo en igualdad de oportunidades y la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres". *REDT,* 141.

TOBÍO, C. (2012). "Cuidado e identidad de género. De las madres que trabajan a los hombres que cuidan". *Revista Internacional de Sociología*, 70(2).

VIVERO SERRANO, J. (2013). "La fortificación por el legislador del amenazado feudo empresarial de la distribución del tiempo de trabajo", en AA.VV., *Las reformas del derecho del trabajo en el contexto de la crisis económica, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo,* Valencia: Tirant lo Blanch.

WONG, E., JOU, J., RAUB, A., & HEYMANN, J. (2020). Comparing the availability of paid parental leave for same-sex and different-sex couples in 34 OECD countries. *Journal of Social Policy*, 49(3).

Condiciones laborales transparentes y previsibles en la Directiva (UE) 2019/1152

Transparent and predictable working conditions in Directive (EU) 2019/1152

GRATIELA-FLORENTINA MORARU*

https://doi.org/10.55617/revmites.32

Resumen: Tras casi treinta años de vigencia, la Directiva 91/533/CEE pone fin a su andadura dejando paso a la nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes en la Unión Europea. Sin desmerecer su carácter innovador y actualizador, esta directiva constituye un auténtico hito normativo fundamentalmente por ser el primer avance en el desarrollo del Pilar Europeo de Derechos Sociales. Ante un nuevo paradigma de acusada segmentación y proliferación de nuevas formas de trabajo, desde instancias europeas, se ha promovido la adopción de la directiva objeto de estudio impulsada por el fuerte elemento de precariedad que estas formas de empleo tan atípicas suponen. Al margen de pretender conferir una solución a las relaciones de trabajo no estándar, la Directiva 2019/1152 amplía el ámbito de aplicación personal y los contenidos informativos respecto de su predecesora. La contribución de esta norma no se detiene ahí profundizando en aspectos como los medios digitales de transmisión de la información a las personas trabajadoras, el período de prueba, la pluriactividad, el despido, la formación y muchos otros aspectos. Sin poder aún abordar la transposición de la Directiva en nuestro ordenamiento jurídico dado que el pasado 28 de junio finalizó la consulta pública previa a la elaboración de un anteproyecto de ley para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1152, este estudio pretende retratar algunos aspectos del *iter* de su elaboración y adopción, así como los aspectos regulados en su texto normativo. En un contexto marcado por las consecuencias de las anteriores políticas de austeridad adoptadas en el seno de las instituciones europeas y los posteriores estragos de la pandemia, llega la Directiva 2019/1152 para consolidar la confianza en el proyecto europeo y restituir algunos de los derechos laborales de las personas trabajadoras, aquellos derechos que hacen posible poder hablar de una ciudadanía social.

Palabras clave: información; condiciones de trabajo; precariedad; transparencia; previsibilidad; digitalización.

Abstract: After almost thirty years of validity, Directive 91/533/CEE puts an end to its path, giving way to the new Directive (EU) 2019/1152, regarding transparent working conditions in the European Union. Without detracting from its innovative and updating nature, this directive

* Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Castilla-La Mancha.

constitutes a true normative landmark fundamentally because it is the first advance in the development of the European Pillar of Social Rights. Faced with a new paradigm of marked segmentation of work and proliferation of new forms of work, European authorities have promoted the adoption of the directive under study, driven by the strong element of precariousness that these forms of such atypical employment entail. Outside of trying to provide a solution to non-standard employment relationships, Directive 2019/1152 extends the scope of personal application and the information content with respect to its predecessor. The contribution of this regulation does not stop there, deeping into aspects such as the digital means of transmission of information to workers, the trial period, multiple activities, dismissal, training and many other aspects. Due the impossibility to address the transposition of the Directive in our legal system yet, given that on June 28 the public consultation prior to the preparation of a preliminary draft law for the transposition of Directive (EU) 2019/1152 ended, this study intends to portray some aspects of the *iter* of its elaboration and adoption, as well as the aspects regulated in its normative text. In a context marked by the consequences of the previous austerity policies adopted within the European institutions and the subsequent ravages of the pandemic, Directive 2019/1152 arrives to consolidate confidence in the European project and restore some of the labor rights of working persons, those rights that make it possible to speak of social citizenship.

Keywords: information; working conditions; precariousness; transparency; predictability; digitization.

1. UNA APROXIMACIÓN A LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y NORMATIVOS DE LA DIRECTIVA 2019/1152

Acontecimientos no tan lejanos impulsaron una suerte de reformas laborales encadenadas y proyectadas por las crisis financieras y de la deuda soberana a partir de 2007-2008. Hablamos de coyunturas que redelimitaron los andamios básicos del ámbito institucional de las relaciones laborales en nuestro ordenamiento jurídico. La confluencia de la crisis del euro y de las políticas de austeridad promovieron una estructura normativa de nuevo cuño orientada a las reformas estructurales de los sistemas de protección social y del derecho del trabajo como elemento condicionante para la recepción de las ayudas económicas y financieras para los Estados Miembros de la Unión Europea[1]. Antes de que los efectos de las reformas acaecidas en nuestro ordenamiento jurídico a partir del año 2010 pudieran ser mitigados, un nuevo suceso social y sanitario irrumpió con fuerza en todos los ámbitos de la vida a partir de marzo de 2020. La pandemia provocada por la extensión de contagios por COVID-19 promovió lo que se vino a denominar como "el Derecho del Trabajo en la emergencia"[2], esto es, una importante batería de reales decretos dirigidos a construir un escudo social y evitar la destrucción masiva de puestos de trabajo.

La crisis sanitaria y económica originada por la pandemia ha supuesto, sin embargo, un cambio de paradigma significado por una etapa de rejuridificación multinivel pues sus proyecciones han sido evidentes en los ordenamientos nacionales y en Europa. Este intenso proceso de rejuridificación rompe decididamente con las políticas de austeridad y tiene como propósito fortalecer las medidas de mantenimiento del empleo y la adecuación de las instituciones del derecho del trabajo a las

[1] BAYLOS GRAU, A. «La reforma del despido». *Revista de Derecho Social. N. 95 (2021), p. 13 y ss.*

[2] En palabras de CASAS BAAMONDE, M. E. «La primera norma del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la emergencia del desconfinamiento». *Diario La Ley. N º 9648 (2020).*

transformaciones originadas por la digitalización[3]. Por lo tanto, observamos la correlación de escenarios y adopción de medidas normativas tanto a nivel europeo como a nivel nacional en un ciclo de profundos cambios económicos, sociales y, por ende, laborales. El futuro de las relaciones de trabajo pende indudablemente de un conjunto de factores económicos, sociales y culturales, factores que tienen una proyección considerable sobre las reglas que ordenan el trabajo[4]. Y, dentro de este marco de rejuridificación europea se ubica, como tendremos la oportunidad de ver, la Directiva 2019/1152.

No hay que olvidar que la Unión Europea es el constructo resultante de los Tratados que crearon las Comunidades Europeas en 1950 como consecuencia de unas circunstancias históricas inéditas. Desde sus prolegómenos, la Unión Europea ha pretendido trazar un espacio propio para las cuestiones de orden social intrínsecas a la edificación y desarrollo de un mercado común europeo. El Tratado de Roma de 1957 contempló el principio de igualdad de retribución para hombres y mujeres sin perder de vista la importancia de la coordinación de los sistemas de Seguridad Social de los Estados Miembros como herramienta eficaz para dar efectividad a la libre circulación de trabajadores en la Comunidad Económica Europea. El itinerario de la constitucionalización de los derechos sociales en el seno de la Unión Europea viene marcado por hitos como la Carta Social Europea de 1961, el Acta Única Europea de 1986, la Carta de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989, Tratado de Maastricht de 1992, Tratado de Ámsterdam de 1997, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000, Tratado de Lisboa de 2007[5], entre los más destacados.

Sus andaduras históricas y normativas no van a ser reproducidas en este espacio, pero hay que recordar que en 2015 se lanza la idea de un Pilar Europeo de Derechos Sociales admitiéndose con ello que las medidas fomentadas por el Pacto de Estabilidad y Crecimiento han suscitado una relevante merma de los estándares de las condiciones de trabajo y un menoscabo de la cohesión social[6]. La trascendencia del Pilar Europeo de Derechos Sociales es manifiesta y la Directiva 2019/1152 constituye un avance normativo en el desarrollo de este pilar. Este instrumento normativo sobre condiciones laborales transparentes y previsibles personifica un propósito de progresar en el haz de derechos sociales, sobre todo, en lo que respecta la exigencia de revisar el compendio de derechos recogidos en la Directiva 91/533/CEE[7]. Por lo tanto, al ritmo de los sucesivos episodios históricos, la Unión Europea ha pretendido, junto con la constitución y desarrollo de sus instituciones y normativa, alcanzar una modernización de sus estructuras y políticas que responda a los actuales para-

[3] Editorial, «El derecho del trabajo en la fase post-covid: ¿una reformulación del modelo? El "nuevo" Estatuto del Trabajo». *Revista de Derecho Social. N. 98 (2022), p. 7 y ss.*

[4] Baylos Grau, A. «El futuro de las normas del trabajo que queremos» en OIT, Conferencia Nacional Tripartita, *El futuro del trabajo que queremos*, Madrid, 2017, p. 489. Señala en este sentido Baylos Grau en la obra referenciada que la globalización financiera, la asimetría de poderes en las relaciones de trabajo y la irresponsabilidad de las grandes empresas han de ser corregidas y redirigidas hacía su reformulación para "lograr [...] los términos del contrato social como compromiso civilizatorio en torno a la centralidad del trabajo".

[5] Ramos Quintana, M. I. «El Pilar Europeo de derechos sociales: la nueva dimensión social europea». *Revista de Derecho Social, N. 77 (2017), pp. 19 y ss.*

[6] Aparicio Tovar, J. «Un pilar social europeo carcomido por la gobernanza económica». *Revista de Derecho Social. N. 79 (2017), p. 231 y ss.* A modo de valoración, señala el profesor Aparicio que "los derechos que se formulan en este documento no son directamente aplicables: deben trasladarse a acciones específicas o legislación separada, al nivel adecuado. Se trata de un instrumento de soft law cuya aplicación, constreñida por las exigencias del Pacto de Estabilidad y Crecimiento a las que ya se ha hecho referencia, discurrirá por los imprecisos cauces del MAC. La inmensa mayoría de los derechos, como ya se ha dicho, ya existen en el acervo de la Unión, por lo que con razón se ha afirmado ni estamos ante más derechos, ni nuevos derechos".

[7] Monereo Pérez, J. L., Fernández Bernat, J. A. «La propuesta de directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsibles como desarrollo "normativo" del pilar europeo de los derechos sociales». *Revista Española de Derecho del Trabajo.* N. *211 (2018), BIB 2018/11246.*

digmas y al proceso transformador del Derecho del Trabajo.

2. TRANSPARENCIA EN LAS CONDICIONES DE TRABAJO Y OBLIGACIÓN DE INFORMAR A LA PERSONA TRABAJADORA EN LA DIRECTIVA 91/533/CEE

Abordar el análisis y estudio de la recién entrada en vigor Directiva 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea requiere un escueto repaso de su antecesora: la Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991. Hay que rememorar que la acogida doctrinal de la aprobación de la Directiva 91/533/CEE se ha caracterizado por el estupor, una reacción determinada precisamente por la aprobación mediante directiva de una materia tan específicamente laboral como es el derecho de información de las personas trabajadoras sobre sus condiciones de trabajo. Remontándonos a 1991, año de la aprobación de esta directiva, se trata de un periodo marcado por el carácter residual de la actividad normativa comunitaria en la materia que nos ocupa[8].

La piedra basilar que ha permitido la aprobación de la Directiva 91/533/CEE es la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, de 9 de diciembre de 1989, que dispone en su punto 9 que "todo asalariado de la Comunidad Europea tiene derecho a que se defiendan sus condiciones de trabajo por Ley, por un convenio colectivo o por un contrato de trabajo según las modalidades propias de cada país"[9]. No obstante, la Carta preceptúa el derecho del trabajador a la concreción y definición de sus condiciones de trabajo, mientras la Directiva consagra el derecho del trabajador y el correlativo deber del empresario sobre las condiciones aplicables al contrato de trabajo[10].

Desde 1991, el legislador europeo ha encuadrado el concepto de transparencia en las condiciones de trabajo junto al derecho de información de las personas trabajadoras, pues el Considerando 2 de la Directiva 91/533/CEE recogía entre sus propósitos el de "garantizar una mayor transparencia del mercado de trabajo". La delimitación conceptual de la transparencia evoca la posible facultad de determinar las condiciones de trabajo, facultad que permitiría el conocimiento de las condiciones de trabajo por los trabajadores y las autoridades públicas posibilitando un entorno laboral caracterizado por la seguridad jurídica[11]. La "garantía de una mayor transparencia del mercado de trabajo" constituía un objetivo claramente definido de la Directiva 91/533/CEE y consistía en contribuir a un mejor conocimiento de las condiciones trabajo por parte de las personas trabajadoras que intervinieran en los mercados de trabajo en los distintos países miembros de la Comunidad Europea. Junto con el anterior, otro objetivo de esta directiva era evidentemente la protección social de las personas trabajadoras derivada del art. 117 del Tratado Constitutivo de la CEE sobre "la necesidad de promover la mejora de las condiciones de vida y trabajo de los traba-

[8] Rodríguez-Piñero Royo, M. «Derecho comunitario e información a los trabajadores sobre sus condiciones de trabajo». *Temas Laborales. N. 24 (1992), p. 3.* Para poner de relieve la sorpresa con la que ha sido recibida esta Directiva, este autor apunta: "En los tiempos que corren, que una directiva laboral llegue a ser aprobada, sin acabar en el cementerio de propuestas en que parece convertido el Consejo de ministros, y sin perderse en la jungla de los distintos organismos que cierran el paso hasta él, parece un milagro; la teórica normalidad de las cosas se ha convertido en algo tan anómalo que podría ser paseado como una atracción de feria".

[9] Molina García, M. «El derecho de información del trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo». *Revista de Derecho Social. N. 7 (1997), p. 45.*

[10] García Murcía, J., Martínez Moreno, C. «La obligación del empresario de informar al trabajador acerca de sus condiciones de trabajo». *Relaciones Laborales. Tomo I. 1992, p. 255.*

[11] Mercader Uguina, J. «Los "tiempos" de la Directiva (UE) 2019/1152: transparencia y lucha contra la precariedad laboral como objetivos». *Documentación Laboral. N. 122 (2021), pp. 9-22.*

jadores a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso"[12].

Esta Directiva pretendía consagrar la obligación del empresario de entregar al trabajador un documento que reflejara toda la información relativa a sus condiciones de trabajo en un plazo de dos meses desde el inicio de la relación de trabajo. Así, después de limitar su ámbito de aplicación "a todo trabajador por cuenta ajena que tenga un contrato de trabajo o mantenga una relación laboral" en su art. 1, a continuación, el art. 2 consagraba la "obligación de información" (art. 2.1) y los elementos del contrato de trabajo a los que se refería la información (art. 2.2). En virtud de esta directiva, el empresario tenía que comunicar al trabajador, según el art. 2.1, "los elementos esenciales del contrato de trabajo" siendo los "elementos esenciales" referidos a los siguientes extremos: la identidad de las partes, el lugar de trabajo, las características fundamentales del puesto de trabajo, la fecha de comienzo de la relación laboral, la duración previsible de ésta, si está predeterminada, la duración de las vacaciones pagadas, la duración de los plazos de preaviso en caso de despido, el salario base y las demás partidas retributivas, la duración de la jornada diaria y semanal normal y, en último lugar, las normas convencionales aplicables a la relación[13].

Sobre este elenco de informaciones retratado en el art. 2.2 ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el emblemático asunto Kampelmann, señalando que "la comunicación a la que se refiere el apartado 1 del art. 2 de la Directiva 91/533/CEE […] en tanto que informa al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato […] lleva aparejada una presunción de veracidad comparable a la que, en el ordenamiento jurídico interno, se atribuiría a un documento de este tipo emitido por el empresario y comunicado al trabajador"[14].

Proseguía la Directiva con la articulación de los medios de información en su art. 3 enhebrando entre ellos el contrato de trabajo escrito, la carta de contratación y uno o más documentos escritos que reflejaran los elementos recogidos en varios de los apartados del art. 2.2. La exposición de este acervo de medios de información y la dicción literal por la que abogaba el art. 3 de la Directiva parecía hacerse de manera ejemplificativa dada la amplitud de su formulación. Lo anterior suponía que cada país podía modular esas opciones atendiendo a su propio ordenamiento jurídico. A lo anterior, hay que añadir que este precepto preveía que, si la información no era entregada al trabajador dentro del plazo, por ninguno de los citados medios, el empresario debía quedar obligado, en todo caso, a proporcionarle "una declaración", redactada por escrito y con su firma y con mención sobre los elementos y condiciones a los que se extendía el deber de información. Este cauce tenía que observarse en el caso de que la información facilitada originariamente fuese incompleta, situación en la que la declaración tenía que completar y cubrir las insuficiencias del resto de medios utilizados[15].

En este breve repaso de los contenidos de la Directiva 91/533/CE, merece una mención el supuesto especifico *ex* art. 4, que preveía el cumplimiento de la obligación del deber de informar al trabajador acerca de sus condiciones de trabajo, esto es, aquel en el que el sujeto pasivo de la información presta habitualmente sus servicios fuera del territorio del Estado Miembro a cuya legislación se somete la relación laboral. La documentación a la que se refería el art. 4 de la directiva tenía que ser completada con una información adicional relativa a la duración de trabajo en el extranjero,

[12] Apilluelo Martín, M. «Directiva 91/533/CEE, de 14 de octubre, sobre la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral». *Actualidad Laboral. N. 32 (2000), pp. 541-542.*

[13] Rodríguez-Piñero Royo, M. «Derecho comunitario e información a los trabajadores...», *op. cit.*, p. 14.

[14] STJUE de 4 de diciembre de 1997, asunto Kampelmann (C- 253/96).

[15] García Murcia, J., Martínez Moreno, C. *Los derechos de información en el contrato de trabajo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001, pp. 72-73.

la divisa en que se percibiría la remuneración y condiciones de repatriación de la persona trabajadora. El propio art. 4 contemplaba una exceptuación en su propia aplicación cuando la prestación de servicios fuera del territorio del Estado Miembro a cuya legislación se sometía la relación laboral tenía una duración no superior al mes[16].

Unida a la necesidad de transparencia, el art. 5 de la directiva señalaba la relevancia de la actualización de la información transmitida al trabajador con ocasión de algún cambio en los elementos del contrato de trabajo, razón por la que este precepto imponía al empresario la obligación de informar por escrito al trabajador sobre cualquier modificación de los elementos y condiciones a los que se referían. Si bien es cierto que estos primeros mandatos de la directiva a los que nos hemos referido se concentran en torno a normas sustantivas sobre el deber de información, los arts. 6 y 7 presentaban un carácter esclarecedor sobre el sentido de estas normas, aunque resulte evidente que la incorporación de estas disposiciones se realizara con el objetivo de proporcionar la efectividad de la Directiva en el ordenamiento jurídico interno de los Estados Miembros. Por lo que respecta a los arts. 8 y 9, sus contenidos estaban dirigidos a las "medidas" a adoptar por los Estados para la transposición de sus preceptos en normas de derecho interno. Finalmente, el art. 10 recogía una declaración general que apuntaba que "los destinatarios de la presenta Directiva son los Estados Miembros"[17].

En cuanto a la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 91/533/CEE, la misma directiva contemplaba dos conductos para la transposición de su contenido a los sistema jurídicos internos de los Estados Miembros: la aprobación estatal de las previsiones legales, reglamentarias y administrativas necesarias y la adopción de acuerdos por los actores sociales que recogieran las disposiciones precisas siempre que el Estado Miembro garantizara el cumplimiento de los objetivos de la Directiva. Nuestro ordenamiento jurídico se decantó por la adopción de instrumentos legales y reglamentarios garantizando la observancia de la obligación comunitaria, sin obviar que los agentes sociales participaran en la ordenación de los derechos de información del trabajador mediante acuerdos sobre las materias concretas del art. 83.3 ET o por convenio colectivo. Se imponía a los Estados Miembros una fecha límite para la transposición de la directiva que finalizaba el 30 de junio de 1993. En España, la Ley 11/1994, de 9 de mayo incorporaba el apartado 5 al art. 8 ET remitiendo a un futuro reglamento la concreción de la información que el empresario debía facilitar a la persona trabajadora y la ordenación de los términos de este deber. Cinco años más tarde del plazo establecido por la Directiva, entró en vigor el RD 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrollaba el art. 8.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo[18].

El articulado de la directiva, así como su finalidad social y económica, han sido valorados en términos de escepticismo e insuficiencia. Todas las carencias y dificultades de cobertura de la Directiva 91/533/CEE fueron reflejadas en el "Estudio para apoyar el impacto de evaluación sobre la revisión de la directiva" (informe final), de 19 de diciembre de 2017, en el que un equipo de investigación principal junto con expertos de varios países ha definido el problema, los objetivos, las opciones políticas, el impacto de las opciones y una comparación de las mismas[19]. Basta con recordar el paralelismo entre esta directiva y el personaje de

[16] San Martín Mazzuconi, C. «La obligación del empresario de informar acerca de sus condiciones de trabajo: la Directiva 91/533/CEE, la STJCE 4 diciembre 1997 y el RD 1659/1998, de 24 de julio». *Aranzadi Social. N. 5 (1998), p. 676 y ss.*

[17] Martín Valverde, A. «La Directiva 91/533/CEE sobre obligación del empresario de informar al trabajador de sus condiciones de trabajo». *Actualidad Laboral. N. 12 (1992), p. 191.*

[18] Molina García, M. «El derecho de información del trabajador sobre los elementos esenciales...», *op. cit.*, pp. 45-46.

[19] Study to support impact assessment on the review of the written statement directive. Directive 91/533/EEC-LOT2, final report, 19th December 2017.

Cenicienta, comparación que pretende poner de relieve el escaso y modesto impacto de sus postulados. Frente a la importancia mínima que Jacques Delors, presidente de la Comisión Europea, predicaba respecto a esta directiva, hay que defender que la transmisión de información a las personas trabajadores sobre sus condiciones de trabajo constituye un aspecto fundamental de la política social pudiendo ejercer un papel catalizador en la ley y las prácticas de los Estados Miembros[20].

3. DEFICIENCIAS DE LA DIRECTIVA 91/533/CEE

Las deficiencias aplicativas y prácticas de la Directiva 91/533/CEE han sido puestas de manifiesto a través de diferentes informes y estudios en los que se destaca la exigua protección de las personas trabajadoras de la Unión Europea dado que preveía exenciones para las prestaciones de servicios de menos de 8 horas a la semana o con una duración total no superior a un mes. Las carencias de la directiva no se detienen ahí pues la misma no confería una delimitación del "empleado remunerado", laguna que podía originar inseguridad jurídica entre el trabajo por cuenta ajena y los acuerdos subordinados entre empleador y empleado. Esta omisión conceptual ocasionó que numerosos grupos de trabajadores quedarán fuera de su ámbito de aplicación. Por otro lado, la claridad y la concisión no fueron los atributos por los que destacó la Directiva 91/533/CEE dadas las dudas existentes sobre la inclusión en su ámbito de aplicación de determinadas categorías de trabajadores o formas de empleo. Asimismo, los aspectos susceptibles de mejora incluyen la contemplación de posibles medios de reparación y sanción en supuestos de incumplimiento. Por último, el plazo de dos meses para proporcionar una declaración escrita no respondía al propósito de fomentar la transparencia, *sensu* contrario potenciaba el trabajo informal o el abuso de derechos de las personas trabajadoras[21].

Al margen de las insuficiencias normativas señaladas, el contexto de las relaciones de trabajo caracterizado por la aparición de nuevas formas de trabajo, atípico y fisurado, en una empresa cada vez más fragmentada, constituye el escenario de la degradación de los derechos sociales. Esa atipicidad del trabajo conlleva una deficiente protección social, prestaciones sociales reducidas a mínimos, precaria seguridad laboral, devaluación salarial y un largo etcétera. Este fuerte componente de precariedad que se ha ido instalando en el marco de las relaciones de trabajo, así como la temporalidad, han ido cobrando fuerza en un mercado de trabajo cada vez más debilitado. En el marco de este imaginario europeo, llega la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, cuya misión es relevar a la Directiva 91/533/CEE, potenciar un conocimiento preciso y transparente de las condiciones de trabajo y convertirse en una herramienta de lucha contra la precariedad laboral[22].

4. CONDICIONES DE TRABAJO TRANSPARENTES Y PREVISIBLES EN LA DIRECTIVA 2019/1152

Una fecha señalada en la tramitación de la Directiva 2019/1152 es, sin lugar a duda, el 11 de julio de 2019, ocasión en la que el Diario Oficial de la Unión Europea presentaba la Directiva objeto de análisis señalando el 1 de agosto de 2022 como momento clave para la derogación de la Directiva 91/533/CEE. A

[20] CLARCK, J., HALL, M. «The Cinderella Directive? Employee Rights to information about conditions applicable to their contract or employment relationship». *Industrial Law Journal. N. 2 (1992), p. 106 y ss.*

[21] MERCADER UGUINA, J. «Los "tiempos" de la Directiva (UE) 2019/1152...», *op. cit.*, p. 12.

[22] RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. «La Directiva 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea». *Derecho de las relaciones laborales. N. 11 (2019), p. 1089 y ss.*

pesar de la férrea crítica que se ha hecho de la Directiva de 1991 es concluyente señalar que la misma ha proyectado una notable influencia sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros de la Unión Europea[23]. Además, la Directiva 2019/1152 reafirma la trascendencia de su antecesora dando continuidad a la misma al precisar que las referencias a esta Directiva, que declara derogada a partir del 1 de agosto de 2022, se entenderán realizadas a la presente Directiva, aunque no se limite a modificaciones puntuales, sino que incorpora cambios sustanciales respecto de la Directiva 91/533. Así lo aclara su considerando 51 al aclarar que "habida cuenta de los cambios sustanciales introducidos por la presente Directiva respecto de la finalidad, el ámbito y el contenido de la Directiva 91/533/CEE, no es adecuado modificar dicha Directiva. Por consiguiente, debe derogarse la Directiva 91/533/CEE"[24].

En el marco del Pilar Europeo de Derechos Sociales y en virtud de lo dispuesto en el art. 154.2 TFUE, se inició el procedimiento legislativo con la consulta previa efectuada a los interlocutores sociales. Desde una perspectiva pluridimensional de las condiciones de trabajo, la reformulación de la transparencia en las condiciones de trabajo plasmada en la Directiva 2019/1152 planteaba dos retos interrelacionados. En primer lugar, la evaluación y revisión de la Directiva 91/533/CEE permitió constatar deficiencias en los ámbitos de aplicación personal y material de la misma y dio respuestas acerca de cómo mejorar su eficacia. Por otro lado, la consulta pública sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales posibilitó una serie de conclusiones en torno al actual estado del mercado de trabajo, por lo que otro importante desafío de esta Directiva consiste en garantizar a todas las personas trabajadoras un mínimo de derechos exigibles[25].

En lo que se refiere a los interlocutores sociales, sus criterios en torno a la necesidad de iniciar acciones legislativas orientadas a la revisión de la Directiva 91/533 tenían sentidos diametralmente opuestos y no hubo acuerdo para iniciar negociaciones directas a escala de Unión. Así, los sindicatos se han mostrado partidarios de esclarecer y extender el ámbito de aplicación de la Directiva, fundamentalmente mediante la eliminación de las exclusiones del ámbito de aplicación personal y la incorporación de pautas para contribuir a la identificación de la existencia de una relación laboral. Los sindicatos respaldaron la inclusión en el ámbito de aplicación de las personas trabajadoras por cuenta propia y sugirieron la adición de más elementos al paquete informativo y así, suministrar declaraciones por escrito antes del inicio de la relación de trabajo o inmediatamente al firmar el contrato de trabajo. Se reconoció la importancia de mejorar el acceso a las sanciones y las formas de reparación solicitándose la inserción de una presunción de empleo en caso de que el empleador no proporcione una declaración por escrito. Por último, se posicionaron a favor de los renovados derechos orientados a la mejora de la transparencia y previsibilidad de las condiciones de trabajo sin perder la oportunidad de reivindicar más derechos, incluida una prohibición total de las formas de acuerdo contractual que no garantizaran a los trabajadores un mínimo de horas pagadas y el derecho a una remuneración adecuada.

En contraposición con la óptica defendida por los sindicatos, las patronales rehusaron la ampliación del ámbito de aplicación de la Directiva, así como la introducción de una definición de trabajador alegando la flexibilidad de las empresas, la creación de empleo y la subsidiariedad. Mayoritariamente, las patronales

[23] Miranda Boto, J. M. «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». *Temas Laborales. N. 149 (2019), p. 72.*

[24] Rodríguez-Piñero Royo, M. «La Directiva 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles…», *op. cit.*, p. 1090.

[25] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea [COM (2017) 797 final].

no apoyaron la modificación del paquete informativo, ni la reducción del plazo de dos meses. Tampoco hubo sintonía patronal respecto del sistema de reparación y sanciones. Salvo puntuales excepciones, las patronales no respaldaron la incorporación de nuevos derechos mínimos en la Directiva objeto de revisión. Tampoco manifestaron su opinión respecto de los derechos mínimos específicos recogidos en el documento de consulta invocando que se trataba de un asunto de competencia nacional y que, por lo tanto, la Unión Europea no tenía que intervenir en estos ámbitos.

Un problema central, por tanto, era el del abordaje de la precariedad laboral como efecto de la conjugación de las nuevas formas de trabajo atípicas y las actuales realidades empresariales que se caracterizan por la fragmentación de su responsabilidad. Ello resalta la importancia de una ordenación homogénea en el marco de la Unión Europea que aborde la precariedad derivada de las condiciones de trabajo y sus consecuencias directas sobre las relaciones de trabajo y el principio de igualdad entre las personas trabajadoras[26]. La directiva se dirige a los trabajadores atípicos afectos por este precariado de nuevo cuño al que estamos asistiendo y trata de atajar el trabajo casual, definido por EUROFOUND como "aquel tipo de trabajo donde el empleo no es estable y continuo y el empresario no está obligado a proveer regularmente al trabajador con trabajo, pero tiene la flexibilidad de llamarlos según la demanda"[27].

Con el propósito de contener los efectos de las deficiencias de protección de la Directiva 91/533/CEE y, fundamentándose en el art. 153, apartado 2, letra b) del TFUE, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea proceden a la adopción de la Directiva 2019/1152. Para ello, en los considerandos previos al cuerpo normativo de la Directiva se realiza un recorrido por el art. 31 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, los principios 5 y 7 del Pilar Europeo de Derechos Sociales, el art. 154 del TFUE, la aportación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en esta materia, las debilidades de la Directiva 91/533/CEE, las circunstancias que afectan el actual mercado de trabajo, así como los objetivos y retos de la Directiva 2019/1152. Esta Directiva tiene una doble seña de identidad en la medida en que pretende avanzar en la idea de unas condiciones de trabajo más transparentes y, por otro lado, acota un marco de condiciones de trabajo previsibles incorporando mecanismos efectivos de lucha contra la precariedad laboral posibilitando una respuesta garantista a las transformaciones digitales[28].

Así, frente al contenido escueto de la Directiva 91/533/CEE, su versión actualizada no escatima en considerandos a lo largo de cinco capítulos integrados por veintiséis artículos. La siguiente incógnita que surge es relativa a la transposición al ordenamiento jurídico español que supondrá la modificación del articulado del Estatuto de los Trabajadores y de algunos reales decretos. En este sentido, el pasado 14 de junio de 2022, atendiendo a lo dispuesto en el art. 133.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en conexión con los mandatos contenidos en el art. 26.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, se inició, con carácter previo a la transposición normativa de la Directiva 2019/1152, una consulta pública para conocer los puntos de vista de los entes y organiza-

[26] JALIL NAJI, M. «La transposición de la Directiva 2019/1152: ¿Una oportunidad para intervenir en la precariedad laboral asociada a la ordenación jurídica del tiempo de trabajo?», *Congreso Internacional "Retos interdisciplinares en el entorno de la industria 4.0"*, Universidad Politécnica de Cartagena, 2021, p. 201 y ss.

[27] MIRANDA BOTO, J. M. «Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152…», *op. cit.*, p. 73.

[28] Sobre el doble espíritu de la Directiva 2019/1152 se han pronunciado RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M., «La Directiva 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles…», *op. cit.*, p. 1090; MIRANDA BOTO, J. M. «Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152…», *op. cit.*, p. 71 y ss. y MERCADER UGUINA, J. «Los "tiempos" de la Directiva (UE) 2019/1152…», *op. cit.*, p. 12.

ciones más representativas afectados por la norma. Con el propósito de facilitar la participación en la consulta pública, el texto recoge unos antecedentes, así como los problemas que se pretenden solucionar y la necesidad y oportunidad de su aprobación. Al servicio de ese fundamental propósito, se expone un conjunto de objetivos de la futura norma de transposición y las posibles soluciones alternativas, regulatorias y no regulatorias.

A modo de antecedentes, el texto de la consulta pública retrata las profundas mutaciones sufridas por los mercados de trabajo desde la adopción de la Directiva 91/533, sin perder de vista las transformaciones demográficas y digitales. Todos los anteriores cambios han supuesto el surgimiento de nuevas formas de trabajo, así como nuevos retos en cuanto a la previsibilidad de las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras afectadas. Este contexto hace que sea cada vez más acuciante la necesidad de que los trabajadores y las trabajadoras dispongan de la información completa en cuanto a sus condiciones de trabajo. Esta consulta pública recuerda que la Directiva 2019/1152, a diferencia de la Directiva 91/533, amplia subjetivamente su ámbito de aplicación y asume el desafío de dar solución a las deficiencias de protección surgidas a raíz de la aparición de las nuevas formas de trabajo.

Entre los problemas que la Directiva 2019/1152 pretende solucionar, se enfatiza que este instrumento normativo europeo tiene como misión actualizar y adaptar el elenco de elementos esenciales del contrato de trabajo en relación con los cuales las personas trabajadoras deben recibir la información por escrito disponiendo además de otros derechos básicos como el derecho a la previsibilidad, el empleo en paralelo, sin que ningún empresario pueda prohibir a una persona trabajadora aceptar empleo de otros empresarios fuera del calendario de trabajo fijado con ese empleador, ni someter a un trabajador o trabajadora a un trato desfavorable por esta razón y siguiendo con los derechos básicos, también se hace mención en la consulta al derecho a la transición a otras formas de empleo más estables y a la formación para el trabajo para el cual ha sido contratado.

Entre los objetivos reflejados en la consulta pública previa a la elaboración de un anteproyecto de ley para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1152, de 20 de junio de 2019 y la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio de 2019, se señala: por un lado, la actualización del conjunto de elementos esenciales del contrato de trabajo en relación con los cuales las personas trabajadoras han de recibir la información por escrito y, por otro, la garantía del derecho a la previsibilidad de las condiciones de trabajo como exige la Directiva 2019/1152. Entre las posibles soluciones alternativas, se mencionan modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores y en el Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio por el que se desarrolla el art. 8, apartado 5, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en materia de información a la persona trabajadora sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo. Esta consulta pública finalizó el pasado 29 de junio, pero a la espera del resultado y de la trasposición de la Directiva, se va a proceder a un análisis desmenuzado de las principales aportaciones de la Directiva 2019/1152.

4.1. Consideraciones generales de la Directiva 2019/1152

El centro de imputación normativa de la Directiva 2019/1152 descansa sobre los derechos de información de las personas trabajadoras relativos a los elementos esenciales del contrato de trabajo complementándose su régimen jurídico con distintas garantías referidas al período de prueba, pluriempleo, contrato a llamada, transición a otra forma de empleo y la formación obligatoria y gratuita[29].

[29] Sala Franco, T. «La Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su transposición en el ordenamiento laboral español». *Revista Española de Derecho del Trabajo. N. 251 (2022), Aranzadi Proview.*

Las disposiciones generales de la Directiva pivotan en torno a dos preceptos encaminados a definir cuatro cuestiones fundamentales: la finalidad, el objeto, el ámbito de aplicación de la norma (art. 1) y las definiciones explicativas respecto a conceptos como calendario de trabajo, horas y días de referencia y patrón de trabajo (art. 2). Dado que el segundo precepto de esta Directiva recibirá su propio espacio dentro de este estudio, es menester señalar que el art. 1 evoca el perenne concepto de flexiseguridad, pues el propósito de la Directiva estriba en "mejorar las condiciones de trabajo mediante la promoción de un empleo que ofrezca una seguridad y una previsibilidad mayores, a la vez que se garantiza la capacidad de adaptación del mercado laboral". Sin embargo, parece que en ella se trasluce el apoyo a la política emprendida por Estados Miembros que han abogado por políticas sociales como estrategia de crecimiento económico, de modo que la estrategia radica en reforzar de manera concomitante los derechos sociales y las políticas económicas[30].

La Directiva, desde el comienzo, pretende lograr sus objetivos de mejora de las condiciones de trabajo a través de la promoción de un empleo transparente y previsible, al mismo tiempo que aspira a lograr la garantía de la capacidad de adaptación del mercado de trabajo (art. 1.1). Desde la nota de prensa oficial de presentación de la directiva, la Comisión Europea subrayaba la llamada de esta Directiva a complementar y modernizar las obligaciones de información sobre las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras[31]. La pretensión de "transparencia" que confiere denominación a la Directiva 2019/1152 ya existía en la Directiva de 1991 y viene asociada con la de "previsibilidad". Observamos que la motivación de esta Directiva evoluciona desde la "transparencia en el mercado de trabajo" hacía un "empleo que ofrezca mayor transparencia"[32].

Para la consecución de lo anterior, la Directiva reafirma la naturaleza de mínimos de los derechos que se consagran en la misma (art. 1.2) perfilándose exigencias mínimas y aseverando la potestad de los Estados Miembros de incorporar y conservar las disposiciones más favorables. En consonancia con lo anterior, en los considerandos de la Directiva se señala que "La aplicación de la presente Directiva no puede utilizarse para reducir los derechos existentes establecidos en la legislación vigente nacional o de la Unión en este ámbito, ni puede constituir un motivo válido para reducir el nivel de protección general del que gozan los trabajadores en el ámbito cubierto por la presente Directiva".

El objetivo último y la virtualidad de esta Directiva radica en conferir cierta seguridad jurídica a los trabajos más precarios como resultado de varios factores cuya ordenación es abordada en su cuerpo legal. La fiscalización del tiempo de trabajo y la disposición de garantías mínimas para que las personas trabajadoras tengan un conocimiento previo de su jornada de trabajo pueden ser decisivas para impedir los contratos "a demanda" y el denominado "zero hours contract"[33].

---

[30] Monereo Pérez, J. L., Fernández Bernat, J. A. «La propuesta de Directiva sobre condiciones laborales…», *op. cit.*, BIB 2018/11246.

[31] Nota de prensa de la Comisión Europea de 21 de diciembre de 2017, titulada "La Comisión propone mejorar la transparencia y la previsibilidad de las condiciones de trabajo". En esta nota se dan datos muy relevantes para justificar la adopción de esta Directiva: "La Comisión estima que entre 2 y 3 millones de trabajadores con contratos atípicos más pasarán a estar cubiertos y protegidos por la propuesta, en comparación con la legislación vigente. Al mismo tiempo, la propuesta también establece medidas para evitar la carga administrativa para los empleadores, por ejemplo, dándoles la posibilidad de facilitar por medios electrónicos la información solicitada. Las nuevas normas también crearán igualdad de condiciones para las empresas, de manera que los empleadores se beneficiarán de una competencia más justa en el mercado interior, con menos lagunas. Unas condiciones de trabajo más transparentes y previsibles son también importantes para una mano de obra más motivada y productiva".

[32] Rodríguez-Piñero Royo, M. «La Directiva 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles…», *op. cit.*, p. 1096.

[33] Rodríguez Rodríguez, E. «La "soberanía sobre el tiempo". Unilateralidad e imposición en la distribución del tiempo de

4.2. La redefinición de la transparencia en las condiciones de trabajo en la Directiva 2019/1152

4.2.1 Ámbito de aplicación

La consolidación de la transparencia contractual en la Directiva 2019/1152 se produce, en primer lugar, a través de la ampliación del ámbito subjetivo (art. 1.2)[34] respecto de la Directiva 91/533/CE. En cuanto a la formulación por la que abogaba la Directiva 91/533/CEE, la misma disponía la aplicación de su contenido a todo trabajador por cuenta ajena que tuviera un contrato de trabajo o mantuviera una relación laboral definida por el derecho vigente en un Estado miembro y/o sujeto al derecho vigente en un Estado miembro, mientras la Directiva 2019/1152 ensancha el ámbito subjetivo consagrando, como decíamos, los derechos mínimos aplicables a todas las personas trabajadoras de la Unión que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral atendiendo a lo dispuesto en la legislación, los convenios colectivos o la práctica vigente en cada Estado Miembro. Dados los escollos existentes para la construcción de una noción homogénea de trabajador, la Directiva se limita a una remisión al constructo jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea[35]. La referencia al Derecho vigente en el art. 1.2 de la Directiva 2019/1152 tiene un especial significado fundamentalmente porque una de las problemáticas de las formas no convencionales de empleo es que en ciertos sistemas de relaciones de trabajo subsisten dudas sobre su laboralidad. Por lo tanto, la Directiva busca reconducir cualquier mínima duda en torno a la laboralidad de un vínculo contractual hacía los criterios mantenidos por el TJUE para decidir su aplicación a las formas de empleo más atípicas[36].

Por ello, la Directiva 2019/1152 en su Considerando número 8[37] menciona aquel trabajo que se sitúa entre los inciertos contornos del trabajo por cuenta propia y el trabajo por cuenta ajena. Apunta a un "trabajo falsamente declarado", que será aquel que, aun cuando cumpla todas las notas características de una relación laboral, es declarado como trabajo por cuenta propia con el fin de obviar cargas fiscales o jurídicas. A pesar del *nomen iuris* del vínculo contractual, la relación de trabajo ha

trabajo frente a la conciliación corresponsable». *Cuadernos de Relaciones Laborales. N. 40 (2022), p. 40.*

[34] Señala el art. 1.2 de la Directiva 2019/1152 que *"La presente Directiva establece los derechos mínimos aplicables a todos los trabajadores de la Unión 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".*

[35] Mercader Uguina, J. «Los "tiempos" de la Directiva (UE) 2019/1152...», *op. cit.*, p. 13. En general, sobre el concepto de trabajador en el derecho de la Unión, cfr. Cabeza Pereiro, J., *El ámbito del trabajo subordinado y del trabajo autónomo en el Derecho de la Unión europea,* Bomarzo, Albacete, 2020.

[36] Rodríguez Piñero Royo, M., «La Directiva 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles...», *op. cit.*, p. 1097.

[37] Recordando el tenor literal del Considerando número 8 de la Directiva 2019/1152, el mismo dispone que *"En su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Tribunal de Justicia») ha establecido criterios para determinar el estatus de un trabajador (5). La interpretación que el Tribunal de Justicia hace de esos criterios debe tenerse en cuenta en la aplicación de la presente Directiva. Siempre que cumplan esos criterios, los trabajadores domésticos, los trabajadores a demanda, los trabajadores intermitentes, los trabajadores retribuidos mediante vales, los trabajadores de las plataformas en línea, los trabajadores en prácticas y los aprendices pueden estar incluidos en el ámbito de aplicación de esta Directiva. Los trabajadores que realmente sean por cuenta propia no deben incluirse en el ámbito de aplicación de la presente Directiva ya que no cumplen estos criterios. El abuso de la condición de trabajador por cuenta propia conforme lo define la legislación nacional, ya sea a escala nacional o en situaciones transfronterizas, es una forma de trabajo falsamente declarado que se asocia a menudo con el trabajo no declarado. El falso trabajo por cuenta propia se produce cuando una persona es declarada como trabajador por cuenta propia aun cuando se cumplen las condiciones propias de una relación laboral, con el fin de evitar determinadas obligaciones jurídicas o fiscales. Estos trabajadores deben entrar en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. La determinación de la existencia de una relación laboral debe guiarse por los hechos relativos al trabajo que realmente se desempeña, y no por la descripción de las partes de la relación".*

de regirse por "los hechos relativos al trabajo que realmente se desempeña"[38].

En cuanto a las particularidades del régimen subjetivo, la Directiva 2019/1152 prevé la posibilidad de que los Estados miembros se aparten de la aplicación de lo preceptuado en la misma en el caso de una relación de trabajo con un número de horas predefinidas y reales que supongan una media igual o inferior a tres horas semanales en un arco referencial de cuatro semanas consecutivas (art. 1.3). El cómputo de estas horas ha de comprender todo el tiempo trabajado para el empleador, incluidas las horas extraordinarias o el trabajo adicional al garantizado o previsto en el contrato de trabajo o relación laboral[39].

Otra interesante regla que se establece en este pórtico de la Directiva es la contenida en el apartado 4 del art. 1, precepto aplicable a los contratos a demanda, según el cual lo dispuesto en el apartado 3 no resulta de aplicación a la relación de trabajo "en la que no se haya predeterminado una cantidad de trabajo remunerado garantizada antes de que comience el empleo"[40]. Se trata de una exclusión de la exclusión en la medida en que se impide que los Estados apliquen a esta forma de trabajo los postulados de la Directiva, lo que implica la reafirmación del carácter emergente de esta forma de contratación[41].

El primer artículo de la Directiva 2019/1152 define, por tanto, el ámbito subjetivo de aplicación de su texto normativo sin perder de vista las posibles exclusiones, por razones objetivas de 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 (art. 1.6). También añade la habilitación de que los Estados Miembros puedan decidir la no aplicación de los derechos de información relativos a la transición a otra forma de empleo (art. 12), de formación obligatoria (art. 13) y el beneficio de presunciones favorables delimitadas por el Estado Miembro [art. 15.1.a)] a las personas físicas pertenecientes a un hogar que actúen como empleadoras y en que el trabajo se realice para el hogar en cuestión (art. 1.7)[42].

Por último, se exceptúa la observancia de una serie de obligaciones respecto de la gente de mar y pescadores por la particularidad de sus condiciones de trabajo[43], concretamente: la obligación de informar sobre el calendario de trabajo, horas y días de referencia, período mínimo de preaviso antes del inicio de la tarea [art. 4.2.m)]; informar sobre la identidad de las instituciones de seguridad social que reciben las cotizaciones sociales, protección en materia de seguridad social proporcionada por el empleador [art. 4.2.o)]; información adicional para los trabajadores enviados a otro Estado miembro o a un tercer país (art. 7); empleo paralelo (art. 9); previsibilidad mínima del trabajo (art. 10) y, por último, información relativa a la transición a otra forma de empleo (art. 12).

---

[38] Mercader Uguina, J. «Los "tiempos" de la Directiva (UE) 2019/1152…», *op. cit.*, p. 13.

[39] El apartado 3 del art. 1 de la Directiva 2019/1152 reza como sigue: *"Los Estados miembros podrán decidir no aplicar las obligaciones de la presente Directiva a los trabajadores que tengan una relación laboral en la que el tiempo de trabajo predeterminado y real sea igual o inferior a una media de tres horas semanales en un período de referencia de cuatro semanas consecutivas. El tiempo trabajado para todos los empleadores que formen parte de la misma empresa, el mismo grupo o la misma entidad, o pertenezcan a ellos, contará a efectos de la media de tres horas"*.

[40] Sostiene el art. 1.4 de la Directiva 2019/1152 que *"El apartado 3 no se aplicará a una relación laboral en la que no se haya predeterminado una cantidad de trabajo remunerado garantizada antes de que empiece el empleo"*.

[41] Rodríguez-Piñero Royo, M. «La Directiva 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles…», *op. cit.*, p. 1097.

[42] Concreta el apartado 7 del art. 1 de la Directiva 2019/1152 que *"Los Estados miembros podrán decidir no aplicar las obligaciones establecidas en los artículos 12 y 13, y en el artículo 15, apartado 1, letra a), a las personas físicas pertenecientes a un hogar que actúen como empleadoras en los casos en que el trabajo se realice para el hogar en cuestión"*.

[43] Finaliza el art. 1.8 de la Directiva 2019/1152 disponiendo lo siguiente: *"El capítulo II de la presente Directiva es aplicable a la gente de mar y a los pescadores, sin perjuicio de las Directivas 2009/13/CE y (UE) 2017/159, respectivamente. Las obligaciones establecidas en el artículo 4, apartado 2, letras m) y o), y en los artículos 7, 9, 10 y 12 no serán aplicables a la gente de mar ni a los pescadores"*.

4.2.2. Definiciones

Una de las cuestiones no solucionadas por la Directiva 2019/1152 ha sido la relativa a conferir un concepto europeo de trabajador y empleador. Por el contrario, se ha optado por la definición nacional de cada país de un contrato de trabajo o una relación de trabajo, lo cual mantiene inalterada la controversia en este sentido[44]. Hay que señalar que la propuesta de la Comisión englobaba una delimitación del trabajador como "una persona física que durante un período de tiempo determinado realiza servicios para otra persona, y bajo su dirección, a cambio de una remuneración" y del empresario como "una o varias personas físicas o jurídicas, que son, directa o indirectamente, parte en una relación laboral", acotaciones que en las enmiendas del Parlamento Europeo no han tenido buena acogida viéndose suprimidas[45].

Despojado de las anteriores definiciones, el texto de la Directiva recoge en su art. 2 delimitaciones del "calendario de trabajo", "horas y días de referencia" y "patrón de trabajo". Observamos, por tanto, la proyección de una preocupación normativa por vedar la gestión del tiempo de trabajo[46]. Algunas voces doctrinales ya han remarcado la naturaleza claramente precaria e insuficiente de los mecanismos de flexibilización del tiempo de trabajo a través de la transparencia, información y negociación adoptadas por la Directiva 2019/1152[47]. A pesar de las valoraciones ya recibidas, resulta de fundamental importancia profundizar un poco más en este marco delimitador que la Directiva 2019/1152 introduce a través de su art. 2.

La Directiva 2019/1152 actúa sobre la materia del tiempo de trabajo mediante la conformación de un derecho al horario de trabajo previsible que se perfila a través de la armonización entre la flexibilidad en el tiempo de trabajo y la seguridad en los ingresos. Con este propósito, el art. 2 define el calendario de trabajo como "el calendario que determina las horas y los días en lo que empieza y termina la realización del trabajo", mientras las horas y días de referencia se perfilan como "los tramos horarios en días específicos durante los cuales puede tener lugar el trabajo previa solicitud del empleador". La relación de definiciones contenida en el art. 2 concluye con el concepto de patrón de trabajo que se delimita como "la forma de organización del tiempo y su distribución con arreglo a un determinado patrón determinado por el empleador.

El carácter insuficiente de estas definiciones es manifiesto habida cuenta de la dificultad de la realidad que se pretende legislar. Frente a la amplitud del elenco de definiciones de la propuesta formulada por la Comisión, resulta llamativo que este listado de aclaraciones contenido en el art. 2 se resuma a estas tres definiciones y no se haya delimitado otros conceptos vinculados a determinadas formas de empleo extendidas en el seno de la Unión Europea[48].

4.2.3. Responsables del cumplimiento de la obligación de informar y contenidos informativos

La versión actualizada de la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables a su con-

[44] Para Cabeza Pereiro, J., *El ámbito del trabajo subordinado…cit.*, pp. 15-16, esta definición es "una especie de compromiso entre tradición y modernidad, al apelar a los Derechos internos, pero advirtiendo que la jurisprudencia está elaborando elementos conceptuales que no pueden ser desdeñados a la hora de interpretar la directiva".

[45] Miranda Boto, J. M. «Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152…», *op. cit.*, p. 73.

[46] Muy relevante Trillo Párraga, F. «La conquista (in progress) del derecho a la limitación de la jornada de trabajo". *Trabajo y Derecho. N. 93 (2022).*

[47] Igartua Miró, M. T. «Promoción de la igualdad de género a través de fórmulas de trabajo flexible». *Revista Femeris. N. 2 (2022), p. 109*; Martínez Yañez, N. "Entre robots y pandemia: retos de la regulación de tiempo de trabajo en el siglo XXI". *Trabajo y Derecho. N. 78 (2021), p. 13.*

[48] Rodríguez-Piñero Royo, M. «La Directiva 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles…», *op. cit.*, p. 1098.

trato de trabajo aboga, como consecuencia de la proliferación de las estructuras empresariales complejas, por la inclusión de algunas disposiciones relativas a los responsables de dar cumplimiento a las obligaciones informativas recogidas en la Directiva que nos ocupa. El art. 3 de la Directiva 2019/1152, titulado *"Suministro de información"*, prescribe que el empleador proporcionará la información en soporte escrito a las personas trabajadoras o en formato electrónico siempre que la persona trabajadora pueda almacenar e imprimir la misma incidiéndose en la trascendencia de la prueba de la transmisión o recepción por parte del empleador. Seguidamente, el Capítulo II de la Directiva se encarga de acotar el contenido y el alcance material del deber de información. La conformación de esta obligación informativa que pesa sobre el empresario se efectúa desde una conceptuación amplia y general separándose de la línea marcada por la Directiva de 1991 y planteando tres supuestos posibles: el primero, para el que se contempla una regla general de información, la eventualidad de un traslado del trabajador al extranjero y la situación de modificación de los elementos y condiciones sobre los que pesa el deber general de información en el que entra en juego una exigencia similar[49].

El repertorio de condiciones de trabajo que recoge el art. 4 de la Directiva 2019/1152 comprende los siguientes aspectos: la identidad de las partes, el lugar de trabajo, el cargo y naturaleza o categoría del trabajo, la fecha de comienzo y finalización de la relación laboral, la formación proporcionada por el empleador, la cantidad de vacaciones remuneradas, los cauces procedimentales en caso de finalización de la relación laboral. Suman a los anteriores elementos el tiempo, los medios de información y las obligaciones de información del empresario en caso de modificación de la relación laboral. Esta relación enumerativa de los elementos de la relación de trabajo sobre los que podría recaer el deber empresarial de información se completa con la obligación de información sobre el convenio colectivo que regule las condiciones laborales del trabajador y, si se tratara sobre convenios colectivos suscritos por instituciones u órganos paritarios especiales, se informara sobre el nombre de la institución o el órgano paritario competente en cuyo seno se hayan celebrado los convenios. Este elenco es clausurado con la obligación de informar sobre la identidad de las instituciones de seguridad social que reciben las cotizaciones sociales originadas por la relación de trabajo, así como cualquier protección en materia de seguridad social ofrecida por el empleador.

Este compendio de informaciones ha de incluir necesariamente la información adicional para los trabajadores enviados a otro Estado miembro o a un tercer país (art. 7). Los mandatos contenidos en el art. 7 de la Directiva 2019/1152 contemplan la obligación del empresario de proporcionar a las personas trabajadoras enviadas a otros países los documentos que se consagran en el art. 5.1 del mismo texto normativo, así como una información complementaria específica para esta concreta coyuntura laboral. Las disposiciones de esta Directiva han de ser observadas junto con las establecidas en la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que prevé que los trabajadores que se pueden considerar trabajadores desplazados en virtud de la referida directiva deben ser informados del sitio web oficial único a escala nacional desarrollado por el Estado miembro de acogida, en el que se plasmarán la información pertinente sobre las condiciones de trabajo aplicable a su situación. Salvo que los Estados miembro dispongan otra cosa, estas obligaciones son aplicables si la duración del período de trabajo en el extranjero es superior a cuatro semanas consecutivas[50].

Para la efectividad de la transparencia en las condiciones de trabajo, el contenido de la

[49] Monereo Pérez, J. L., Fernández Bernat, J. A. «La propuesta de Directiva sobre condiciones laborales...», *op. cit.*, BIB 2018/11246.

[50] Mercader Uguina, J. «Los "tiempos" de la Directiva (UE) 2019/1152...», *op. cit.*, p. 13.

directiva reduce los plazos para la entrega y recepción de la información por parte de las personas trabajadoras. Así, en lo que se refiere a la información básica contemplada en el art. 4.2.a), b), c), d), e), g), k), l) y m), el momento de entrega de la información es comprendido entre el primer día de trabajo o, como muy tarde, el séptimo día natural. En lo que se refiere al resto de información recogida en el art. 4.2 de la Directiva, la información se proporcionara en el plazo de un mes desde el primer día de trabajo[51].

4.2.4. Alfabetización digital y transparencia en la información sobre las condiciones de trabajo

Los medios de transmisión adquieren una especial relevancia en el abordaje normativo de la transparencia y previsibilidad en las condiciones de trabajo evidenciándose en la Directiva 2019/1152 la transición desde el contrato de trabajo escrito y la carta de contratación y su reemplazo por planillas y modelos guardados en una página oficial única. El art. 5.2 habilita a los Estados miembros para "elaborar las plantillas y modelos para los documentos a que se refiere el apartado 1 y los pondrán a disposición de trabajadores y empleadores, mediante su puesta a disposición en un sitio web oficial único a escala nacional o por otros medios adecuados". Seguidamente, el apartado 3 del ya referido art. 5 establece que se ha de garantizar la información relativa a las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas, estatutarias o a los convenios colectivos de forma generalizada, gratuita, clara, transparente, exhaustiva y de acceso fácil a distancia, por medios electrónicos y portales en línea existentes[52].

Sobre estos derechos de comunicación e información de las personas trabajadoras, cabe recordar en este espacio que la Directiva 96/71/CE, en su art. 7, establece los medios a través de los cuales los Estados miembros pueden velar por el cumplimiento de puesta a disposición de la información adicional señalando el enlace al sitio web oficial único a escala nacional implementado por el Estado o Estados miembros de acogida atendiendo a lo dispuesto en el art. 5.2 de la Directiva 2014/67/UE.

4.3. El trabajo a llamada en la Directiva 2019/1152

La irrupción de las tecnologías de la información y comunicación en el imaginario social ha provocado la instalación de un importante cambio en las relaciones de trabajo. Hablamos de un constante cambio social impulsado por la digitalización y la automatización, fenómeno que ha tenido un notable impacto en la proliferación de un trabajo fragmentado, fisurado y sin referencias a un modelo de sociedad que sitúe en su centro el trabajo como elemento central para una ciudadanía social. La precariedad laboral se ha incrementado en Europa recientemente a raíz de las políticas de austeridad. En este contexto y con los nefastos estragos de la pandemia por COVID-19 y sin olvidar las graves coyunturas provocadas por la guerra de Ucrania, la segmentación entre los trabajadores aumenta dado que los trabajadores más vulnerables se deslizan fácilmente hacía el trabajo precario, esto es, hacia el trabajo sometido a formas de empleo "que no cumplen las normas y leyes nacionales, internacionales o de la Unión Europea o que no ofrecen recursos suficientes para una vida digna o una protección social adecuada"[53].

En la Directiva 2019/1152, uno de los propósitos basilares es precisamente la lucha

[51] Baylos Grau, A. «Gobernanza laboral, crisis y cambio tecnológico en la acción colectiva». *Documentación Laboral. N. 117 (2019), p. 93 y ss.*

[52] Miranda Boto, J. M. «Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152…», *op. cit.*, p. 83.

[53] El entrecomillado proviene de la Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, sobre las condiciones laborales y el empleo precario [2016/2221(INI)].

contra la precariedad. La propagación de nuevas formas de trabajo en las que no se garantiza a las personas trabajadoras un horario de trabajo, pero que exigen una disponibilidad, en ocasiones, incondicional, es un punto de especial interés tanto en los considerandos de la directiva como en su regulación. El contrato a llamada y el contrato denominado "zero hours" representan fórmulas contractuales preocupantes y así lo manifiesta el Considerando número 12 de la Directiva cuando afirma que "Los trabajadores que no tengan un tiempo de trabajo garantizado, incluidos los que tienen contratos de cero horas y algunos contratos a demanda, se encuentran en una situación especialmente vulnerables".

Así, entre los requisitos mínimos relacionados con las condiciones de trabajo, la Directiva establece en su art. 9 la posibilidad del "empleo paralelo" disponiendo que el empleador no podrá prohibir a la persona trabajadora aceptar empleos con otros empleadores fuera del calendario de trabajo fijado con dicho empleador, ni darle por esta razón un trato desfavorable (art. 9.1). El anterior mandato se completa con lo dispuesto en el segundo apartado del art. 9 que señala la posibilidad de los Estados Miembros de concretar las condiciones para la utilización de restricciones por incompatibilidad por parte de los empleadores fundadas en razones objetivas, tales como la salud y la seguridad, la protección de la confidencialidad empresarial, la integridad del servicio público o la prevención de conflictos de intereses[54]. Se pretende, en definitiva, impedir que las formas de trabajo sometidas a llamada incluyan pactos de exclusividad impidiendo la posibilidad de la pluriactividad[55].

Atendiendo al propósito central de la Directiva, se refuerza el contenido normativo a través del art. 10 sobre la "previsibilidad mínima del trabajo", precepto que dispone la posibilidad de que los Estados Miembros garanticen que el empleador no obligue al trabajador si el patrón de trabajo es total o mayoritariamente imprevisible, salvo que concurran las condiciones *ex* art. 10.1.a) y 10.1.b): por una parte, que el trabajo tenga lugar en unas horas y unos días de referencia predeterminados, según lo mencionado en el art. 4, apartado 2, letra m, inciso ii) y, por otra parte, el empleador informe al trabajador de una tarea asignada con un preaviso razonable establecido de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o la práctica nacionales, según lo mencionado en el art. 4, apartado 2, letra m, inciso iii). La Directiva contempla, no obstante, una salvedad para que las personas trabajadoras, en el caso de que se vulnere alguno de los dos requisitos, puedan ejercer un derecho de resistencia a la ejecución de una concreta tarea impuesta por el empresario "sin que ello tenga consecuencias desfavorables" (art. 10.2). Este postulado consagra que la persona trabajadora tenga derecho a la percepción de una indemnización en el caso de que las legislaciones nacionales permitan que el empresario cancele la tarea asignada sin observancia de un plazo de preaviso razonable determinado (art. 10.3). Todo lo anterior concluye con el apartado 4 del art. 10 que permite a los Estados Miembros adecuar modalidades de aplicación de las cuestiones establecidas en los demás apartados de este precepto atendiendo a la legislación, los convenios colectivos o la práctica nacionales[56].

Encontramos, por tanto, una dicotomía entre la "previsibilidad" e "imprevisibilidad" derivada del art. 10 de la Directiva, referencias que no son o no tienen por qué ser análogas de regularidad o irregularidad de la jornada, de ahí que sea factible encontrarse con jornadas regulares de trabajo imprevisibles desde la óptica de la Directiva y también jornadas

[54] Sala Franco, T. «La Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019...», *op. cit.*, p. RR-2.1.

[55] Mercader Uguina, J. «Los "tiempos" de la Directiva (UE) 2019/1152...», *op. cit.*, p. 16.

[56] Fotinopoulou Basurko, O. "Algunas reflexiones sobre el tiempo de trabajo en los contratos a tiempo parcial". *Trabajo y Derecho. N. 13 (2021), LA LEY 6366/2021.*

irregulares previsibles en cuanto acotadas con carácter previo, a lo que se añade que la Directiva invoca el término "mayoritariamente" en términos disyuntivos con respecto a la previsibilidad o imprevisibilidad en ambos supuestos, con lo que no queda claro cuál debe ser el nivel de previsibilidad o imprevisibilidad a partir del cual las obligaciones se imponen al empresario[57]. No cabe duda de que esta diferenciación tendrá que proyectarse sobre el tenor literal del art. 34 ET sobre todo en lo que se refiere a la exigencia y necesidad de incorporar la referencia a las horas y días de referencia que acoten el ámbito temporal en el que podrá requerirse la prestación del trabajo flexible en el marco de la distribución irregular de la jornada introduciendo un horario rígido con carácter previo u otro más flexible, teniendo en cuenta que el preaviso mínimo de 5 días consagrado en el art. 34.2 ET es más favorable que el establecido en la propia Directiva pues se extiende a todo tipo de distribución irregular y no sólo para los casos de imprevisbilidad como contempla la Directiva[58]. Por lo tanto, habría que anticipar la previsión en nuestro ordenamiento jurídico de una obligación de preaviso para las distribuciones de la jornada con patrones imprevisibles[59].

La Directiva prevé una serie de "Medidas complementarias para los contratos a demanda" en su art. 11 para las formas emergentes de empleo. Aunque el articulado de la Directiva no recoge una delimitación de esta forma de prestación de servicios, el Considerando número 35 lo retrata como sigue: "los contratos de trabajo a demanda o similares, incluidos los contratos de cero horas, en virtud de los cuales el empleador tiene la flexibilidad de llamar al trabajador para que trabaje como y cuando sea necesario". Este art. 11 contempla reglas complementarias para aquellos Estados Miembros que permiten este tipo de contrato de trabajo. La dicción literal de este mandato desprende una valoración negativa de esta modalidad contractual señalando en este sentido que los Estados que permitan este tipo contractual deberán adoptar "medidas para evitar prácticas abusivas", prácticas de las que deberán informar a la Comisión. Entre las medidas que se enumeran en el art. 11 se proponen las limitaciones en el uso y la duración de los contratos a demanda o contratos laborales similares, una presunción refutable de la existencia de un contrato de trabajo con una cantidad mínima de horas pagadas sobre la media de horas trabajadas durante un período determinado[60].

Para concluir este espacio dedicado a la importancia de combatir la precariedad y las nuevas formas de contratación laboral, hay que hacer una breve mención a las medidas destinadas a posibilitar la "transición a otra forma de empleo" (art. 12) y la "formación obligatoria" (art. 13). Ambos postulados destacan por su naturaleza débil disponiéndose, en un caso, "si la hay", que las personas trabajadoras deben tener la posibilidad de solicitar otra forma de empleo que ofrezca una previsibilidad y una seguridad mayores y recibir una respuesta motivada por escrito del empleador que tenga en cuenta las necesidades del empleador y del trabajador. Respecto de la formación, se establece que "en caso" de que la legislación nacional o de la Unión, o los convenios colectivos, exijan que el empleador facilite formación a una persona trabajadora para que esta lleve a cabo la prestación de servicios para la cual ha sido contratada, los Estados Miembros velarán porque dicha formación se proporcione gratuitamente al trabajador, se compute como

[57] Véase en este sentido Martínez Yañez, N. M. «Entre robots y pandemia: retos de la regulación del tiempo de trabajo en el siglo XXI». *Trabajo y Derecho. N. 78 (2021).*

[58] Fotinopoulou Basurko, O. «Algunas reflexiones sobre el tiempo de trabajo...», *op. cit.*, LA LEY 6366/2021.

[59] Martínez Yañez, N. M. «Entre robots y pandemia: retos de la regulación del tiempo...», *op. cit.*

[60] Rodríguez-Piñero Royo, M. «La Directiva 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles...», *op. cit.*, p. 1104. El Considerando número 35 justifica la adopción de las "medidas complementarias para los contratos a demanda" (art. 11) apuntando que estos contratos "son particularmente imprevisibles para el trabajador".

tiempo de trabajo y, "a ser posible", tenga lugar durante el horario de trabajo[61].

5. REQUISITOS MÍNIMOS Y GARANTÍAS RELACIONADAS CON LAS CONDICIONES DE TRABAJO

El tercer capítulo de la Directiva 2019/1152 acoge el articulado más inédito de este texto normativo y es, precisamente, su carácter innovador el que explica la necesidad de la aprobación de este instrumento normativo. Los preceptos que componen el Capítulo III están íntimamente relacionados con el principio 5 del Pilar Europeo de Derechos Humanos estableciendo un elenco de exigencias mínimas que afectan a determinadas condiciones de trabajo. Uno de los aspectos que recibe un especial tratamiento en la Directiva de 2019 es el período de prueba cuyo régimen jurídico es perfilado en su art. 8. Sin distanciarse de las previsiones del principio 5 del Pilar Europeo de Derechos Sociales, el art. 8 limita el período de prueba consagrando una duración máxima de 6 meses. El legislador europeo toma en consideración los periodos de prueba previstos en un número considerable de Estados Miembros, que suelen contemplar una duración máxima general del período de prueba de entre tres y seis meses. A pesar de lo anterior, se permite a los Estados Miembros la posibilidad de "contemplar unos períodos de prueba de mayor duración en los casos en que ello esté justificado por la naturaleza del empleo o sea en interés del trabajador" (art. 8.3)[62].

En consecuencia, la duración máxima del período de prueba no excederá de seis meses (art. 8.1) y, en el caso de las prestaciones de servicios de duración determinada, la duración del período de prueba será proporcional a la duración prevista del contrato y a la naturaleza del trabajo. En el caso de renovación de un contrato para el desempeño de la misma función y tareas, la relación de trabajo no estará supeditada a un nuevo período de prueba (art. 8.2).

La regulación de esta institución en el art. 14 ET permite su definición como un pacto entre empresario y trabajador orientado a la experimentación y el mutuo conocimiento de las partes en el inicio de la relación laboral[63]. Como es sabido, su singularidad estriba en que, durante su vigencia, cualquiera de las partes puede dar por finalizado el contrato de trabajo por su sola voluntad, sin necesidad de que concurra causa específica para adoptar esa decisión, sin requerirse preaviso y sin que dicha extinción genere derecho a indemnización para el otro contratante, salvo que expresamente así lo hubieran convenido. En esta misma línea, la Directiva 2019/1152 no procede a perfilar una definición del período de prueba, sino que se centra en delimitar su duración. Respecto a la duración del período de prueba, nuestro Estatuto establece en su art. 14 que la duración del período de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados o de dos meses para los demás trabajadores. A continuación, se dispone para las empresas de menos de veinticinco trabajadores un período de prueba que no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados. Por último, se establece que, en el caso de los contratados de duración determinada *ex* art. 15 ET celebrados por tiempo no superior a seis meses, el período de prueba no podrá exceder de un mes.

Todo el capítulo tercero de la Directiva está supeditado al mandato contenido en el art. 14 que, ordenando los convenios colecti-

[61] MERCADER UGUINA, J. «Los "tiempos" de la Directiva (UE) 2019/1152…», *op. cit.*, pp. 16-17.

[62] MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ BERNAT, J. A. «La propuesta de Directiva sobre condiciones laborales…», *op. cit.*, BIB 2018/11246.

[63] El estudio clásico al respecto es el de Martín Valverde, A. *El período de prueba en el contrato de trabajo*, Montecorvo, Valladolid, 1976. Cfr. también PIQUERAS PIQUERAS, Mª C. «El período de prueba. Pasado y presente de una institución clásica». *Revista Española de Derecho del Trabajo. N.* 70 *(1995), pp. 249-282.*

vos, apunta la posibilidad de que los Estados Miembros permitan a los agentes sociales "mantener, negociar, celebrar y hacer cumplir convenios colectivos" con observancia de la legislación o la práctica nacional que, desde el espíritu protector de los derechos de las personas trabajadoras, consagren disposiciones relativas a las condiciones laborales de los trabajadores diferentes de las establecidas en los arts. 8 a 13 de la Directiva. La trascendencia del art. 14 radica en la posibilidad y capacidad real de los actores sociales de emprender derogaciones *in peius* de la legislación de transposición de la Directiva. Resulta muy interesante esa inicial facultad de poder "concluir" convenios colectivos convertida en la potestad de "mantener, negociar, celebrar y hacer cumplir". La pretensión del texto europeo para habilitar esta posibilidad, como vemos, es que se respete "la protección general de los trabajadores", disposición que adquiere la naturaleza de cláusula abierta[64].

Entre las presunciones legales y mecanismos de resolución de conflictos que se prevén, el art. 15 dicta que si un trabajador no ha recibido en su debido momento la totalidad o parte de los documentos a los que se hace referencia en el art. 5.1 o art. 6, los Estados Miembros deberán garantizar la aplicación de uno o ambos de los siguientes sistemas: primero, el trabajador se beneficiará de las presunciones favorables establecidas por el Estado miembro, que los empleadores tendrán la posibilidad de refutar y, segundo, el trabajador podrá presentar una reclamación ante una autoridad u organismo competente y recibir una reparación adecuada de manera oportuna y efectiva. Este postulado responde a lo que se avanza en el Considerando número 44 cuando señala que "En caso de que los trabajadores presenten ante un tribunal u otra autoridad u organismo competente, unos hechos que permitan presuponer que han sido despedidos o han sido objeto de otro prejuicio equivalente por haber ejercido sus derechos en virtud de la presente Directiva, la carga de la prueba para demostrar que no ha habido despido o prejuicio equivalente por dichos motivos debe recaer sobre el empleador"[65].

Otra de las importantes garantías establecidas ante el incumplimiento empresarial de las obligaciones contenidas en la Directiva 2019/1152 viene consagrada en el art. 17 que contempla una garantía de indemnidad señalando que los Estados Miembros introducirán las medidas necesarias para proteger a las personas trabajadoras y a sus representantes contra cualquier trato desfavorable por parte del empleador o contra cualesquiera consecuencias desfavorables resultantes de la interposición de una reclamación contra el empleador o de cualquier procedimiento iniciado con el objetivo de hacer cumplir los derechos establecidos en la Directiva.

En lo que se refiere a la protección contra el despido, el art. 18 de la Directiva persigue amparar y proteger a los trabajadores contra el despido o perjuicio equivalente o cualquier preparación para un posible despido por haber intentado ejercer los derechos garantizados en la directiva. Los trabajadores que consideren que han sido despedidos o han sido objeto de medidas con un efecto equivalente, por haber ejercido los derechos contemplados en la Directiva 2019/1152, podrán pedir al empleador que proporcione y justifique por escrito debidamente las causas del despido o de las medidas equivalentes (art. 18.2). Este precepto incluye una interesante disposición respecto a la carga de la prueba previendo que los Estados miembros deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar que, cuando las personas trabajadoras acrediten ante un tribunal u otra autoridad u organismo competente unos hechos que permitan presuponer que ha tenido lugar ese despido o esas medidas equivalentes, corresponda al empleador demostrar que el despido se ha basado en diferentes causas (art. 18.3). Todo lo anterior se establece sin perjuicio del derecho de

[64] Miranda Boto, J. M. «Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152…», *op. cit.*, p. 89.

[65] Mercader Uguina, J., «Los "tiempos" de la Directiva (UE) 2019/1152…», *op. cit.*, pp. 17-18.

los Estados miembros de imponer un régimen probatorio más favorable para los trabajadores (art. 18.4)[66].

En consonancia con todo lo anterior, se contempla que las personas trabajadoras, incluidas aquellas cuya relación de trabajo haya finalizado, tendrán acceso a una resolución de litigios eficaz e imparcial y el derecho a la reparación en caso de incumplimiento de los derechos que se derivan de la Directiva 2019/1152[67]. Por otro lado, la Directiva muestra su preferencia por el régimen sancionador público al prever la necesidad de que los Estados miembros establezcan un régimen de sanciones aplicables a cualquier infracción de los mandatos nacionales adoptados al amparo de la Directiva 2019/1152 o de las disposiciones oportunas ya en vigor referidas a los derechos que entran en el ámbito de aplicación de la directiva. En este sentido, se contempla que las sanciones han de ser efectivas, proporcionadas y disuasorias.

6. DISPOSICIONES FINALES Y APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA

Sobre la aplicación del articulado de la Directiva 2019/1152, se encarga el capítulo VI que bajo el título "Disposiciones finales" concentra las directrices formales que atañen a los Estados como responsables de la transposición de este instrumento normativo[68]. El art. 20 compendia las clásicas cláusulas de no regresión y de disposiciones más favorables, concentradas en un único artículo. La primera de ellas constituye una primicia respecto de su predecesora de 1991 y su incorporación representa la imagen de lo que es una práctica reafirmada en la política social europea, mientras la segunda refleja los contenidos tradicionales con exiguas diferencias respecto de la Directiva 91/533/CEE[69].

En el marco de este capítulo, se estipula un término de transposición que finalizó el pasado 1 de agosto de este año con los correspondientes cometidos inherentes a la transposición: informar a la Comisión, incorporar referencias a la directiva en el texto normativo nacional que la transpone, comunicar las medidas nacionales en el ámbito ordenado por

[66] Sala Franco, T. «La Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019…», *op. cit.*, p. RR-2.1. En conexión con lo dispuesto en el art. 18 de la Directiva 2019/1152, el Considerando número 43 apunta que "Los trabajadores que ejercen los derechos previstos en la presente Directiva deben estar protegidos contra el despido o un perjuicio equivalente (por ejemplo, que deje de asignarse trabajo a un trabajador a demanda) o contra cualquier preparación para un posible despido por haber intentado ejercer estos derechos. Cuando los trabajadores consideren que han sido despedidos o han sufrido un perjuicio equivalente por estos motivos, los trabajadores y las autoridades u organismos competentes deben poder exigir al empleador que proporcione, debidamente fundamentados, los motivos del despido o de otra medida equivalente". En este mismo orden de ideas, el Considerando número 44 refiere lo siguiente: "En caso de que los trabajadores presenten ante un tribunal u otra autoridad u organismo competente, unos hechos que permitan presuponer que han sido despedidos o han sido objeto de otro perjuicio equivalente por haber ejercido sus derechos en virtud de la presente Directiva, la carga de la prueba para demostrar que no ha habido despido o perjuicio equivalente por dichos motivos debe recaer sobre el empleador. Debe permitirse a los Estados miembros la posibilidad de no aplicar esa norma en aquellos procedimientos en los que corresponda a un órgano jurisdiccional o a otra autoridad u organismo competentes investigar los hechos, en particular en sistemas en los que el despido deba ser aprobado previamente por dicha autoridad u organismo".

[67] Concretamente, es el art. 16 de la Directiva el encargado de establecer que "Los Estados miembros velarán por que los trabajadores, incluidos aquellos cuya relación laboral haya concluido, tengan acceso a una resolución de litigios eficaz e imparcial, y derecho a reparación en caso de incumplimiento de los derechos que se derivan de la presente Directiva".

[68] Miranda Boto, J. M. «Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152…», *op. cit.*, p. 100.

[69] Rodríguez-Piñero Royo, M. «La Directiva 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles…», *op. cit.*, p. 1105. Concretamente, el art. 20 de la Directiva objeto de análisis dispone: "1. La presente Directiva no constituirá una justificación válida para la disminución del nivel general de protección de que ya gozan los trabajadores en los Estados miembros. 2. La presente Directiva no afectará a la prerrogativa de los Estados miembros de aplicar o de introducir disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores, o de fomentar o permitir la aplicación de convenios colectivos que sean más favorables para los trabajadores. 3. La presente Directiva se entiende sin perjuicio de los demás derechos concedidos a los trabajadores por otros actos jurídicos de la Unión".

la Directiva (art. 21). Las relaciones de trabajo anteriores a esa fecha sólo se verán afectadas por los nuevos preceptos en materia de información si lo solicitan de manera expresa, mientras los derechos del Capítulo III se reconocerán sin solicitud (art. 22). Por lo tanto, el art. 22 de la Directiva fija el momento a partir del que empezarán a ser aplicables los derechos y obligaciones aplicándose a todas las relaciones laborales el 1 de agosto de 2022.

Estas disposiciones finales abren la posibilidad de que los actores sociales procedan a trasponer la Directiva mediante la negociación colectiva, lo que se supedita a dos clásicas exigencias: en primer lugar, la solicitud conjunta de los interlocutores sociales y, en segundo, que los Estados adopten todas las medidas necesarias para garantizar los resultados y eficacia práctica de este instrumento normativo[70]. Este papel de los agentes sociales se ve reforzado con la previsión relativa a la obligación de las autoridades nacionales de garantizar la participación efectiva de los interlocutores sociales y promover y mejorar el diálogo social en pos de una mejor aplicación (art. 21.4 y 5)[71].

Los postulados finales de la directiva marcan otra importante fecha para el efectivo alcance de los propósitos marcados en la Directiva señalándose el 1 de agosto de 2027 como momento cumbre para que la Comisión revise la aplicación de la directiva y proponga posibles modificaciones, tras la consulta a los Estados miembros y a los interlocutores sociales del nivel europeo (art. 23). Los últimos preceptos de esta Directiva señalan la derogación de la Directiva 91/533/CEE con fecha 1 de agosto de 2022 entendiéndose a partir de ese momento todas las referencias a la directiva derogada hechas a la directiva de 2019 (art. 24). Se enfatiza la entrada en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (art. 25) siendo sus destinatarios los Estados Miembros (art. 26).

7. REFLEXIONES FINALES

La Directiva 2019/1152 representa, sin ningún resquicio de duda, un importante cometido en el proceso de actualización de los mandatos contenidos en la Directiva de 1991 y su espíritu es precisamente ese, de modernización y avance, dado que el legislador europeo no ha optado por la reforma o refundición de la Directiva 91/533/CEE, sino que la ha derogado en su integridad con el fin de promover una norma que responda y afronte las nuevas formas de empleo atípico y digitalizado. A través de la adopción de esta directiva, la dimensión social cobra especial impulso, el mismo que se pretendía conferir a la vertiente social de la Unión Europea a través del Pilar Europeo de Derechos Sociales. El Pilar Europeo de Derechos Social encuentra significado y desarrollo a través de directivas como la Directiva 2019/1152, un texto que pretende renovar y progresar en el caudal de derechos laborales de la Unión.

Entre las interrogantes que la doctrina planteaba de manera concomitante a la entrada en vigor de la Directiva, el pasado 31 de julio de 2019, una de ellas versaba precisamente sobre el cumplimiento de los plazos de transposición en nuestro ordenamiento jurídico. Para responder a esta cuestión, como se ha apuntado, el Ministerio de Trabajo y Economía Social ha lanzado una consulta públi-

[70] Sobre la "vía autónoma" de trasposición de estos acuerdos y los problemas interpretativos derivados, cfr. García-Muñoz Alhambra, A., *La negociación colectiva europea de sector*, Bomarzo, Albacete, 2017, pp. 130 ss.

[71] Los apartados 4 y 5 del art. 21 guardan coherencia con el principio 8 del Pilar Europeo de Derechos Sociales que contempla: "Se debe consultar a los interlocutores sociales sobre el diseño y la aplicación de políticas sociales, económicas y de empleo, de acuerdo con las prácticas nacionales. Debe animárseles a que negocien y celebren convenios colectivos en asuntos de su incumbencia, respetando su autonomía y su derecho a la acción colectiva. En su caso, los acuerdos celebrados entre los interlocutores sociales deben aplicarse a nivel de la Unión y de sus Estados miembros. Los trabajadores o sus representantes tienen derecho a ser informados y consultados oportunamente sobre asuntos de interés para ellos, en particular sobre la transferencia, reestructuración y fusión de empresas y sobre despidos colectivos. Debe fomentarse el apoyo para aumentar la capacidad de los interlocutores sociales para promover el diálogo social".

ca previa a la elaboración de un anteproyecto de ley de transposición de la Directiva (UE) 2019/1152, de 20 de junio de 2019 y la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio de 2019. El pasado 28 de junio del año en curso, esta consulta pública ha finalizado, por lo que, al término de este período vacacional conoceremos los contornos de esa ley que proceda a modificar nuestro ordenamiento jurídico laboral en el sentido exigido por la Directiva 2019/1152.

El período comprendido entre junio de 2019 y agosto de 2022 ha permitido sumar diversas dudas que esta Directiva ha suscitado en el ámbito académico dado que los temas a tratar por la futura ley de transposición son relevantes y complejos. A modo de repaso, es importante observar la postura que esta futura ley de transposición adoptara de cara a la exclusión de los trabajos con menor dedicación temporal respecto a los cuales la directiva señala que los Estados miembros tendrán que decidir la aplicación o no de las obligaciones establecidas en la misma. Siguiendo con las posibles exclusiones del ámbito de aplicación de la directiva, no hay que olvidar el posible descarte de las personas trabajadoras enumeradas en el art. 1.6 de la Directiva siempre que medien razones objetivas. Pero, este catálogo de posibles excepciones o particularidades en la aplicación de la Directiva no acaba ahí, dado que también contiene una referencia a la evaluación de la posible aplicación o no de la misma a las personas físicas pertenecientes a un hogar que ejerzan de empleadoras en el supuesto en que el trabajo se preste para el hogar[72]. Uno de los cometidos logrados por esta Directiva es precisamente la redelimitación del marco de aplicación personal, aspecto que mejora el ámbito de aplicación de la Directiva del 91.

Otro interesante avance es relativo a la ampliación de la información sobre las condiciones de trabajo, aunque hay que poner de relieve que los contenidos informativos reflejados en la Directiva también suscitan algunas dudas, por poner un ejemplo, en lo que se refiere a la información sobre el plazo de caducidad de la acción de despido *ex* art. 4.2.j) de la Directiva. Siguiendo con las necesarias aclaraciones o delimitaciones que la normativa de transposición tendrá que efectuar, otra cuestión central será la definición de "patrones de trabajo total o mayoritariamente imprevisibles" y muchos otros conceptos que pueden generar inseguridad jurídica.

Este texto normativo también destaca por el abordaje de los medios de comunicación digitales, aspecto en el que se observa una clara evolución hacía los canales electrónicos con el propósito de reforzar la transparencia y conocimiento de las condiciones de trabajo. Otra relevante toma de posición es respecto al trabajo a llamada, y frente la imprevisibilidad del constante e irrefrenable proceso de transformación digital, la Unión Europea trata de blindar estas nuevas formas de trabajo a través de mayores garantías señalando la labor de concreción de las medidas necesarias por parte de los Estados miembros respecto a la garantía del derecho a una indemnización ante cancelaciones sin preaviso de las tareas asignadas por el empleador (art. 10.3)

[72] Hay que tener en cuenta que la nueva redacción del art. 5.4 del RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, en la nueva redacción que le ha dado el RDL 6/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, establece que "la persona trabajadora deberá recibir información sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral si los mismos no figuran en el contrato formalizado por escrito, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el artículo 8, apartado 5, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo", de manera que, además de los extremos a que se refiere el artículo 2.2 del Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio, dicha información deberá comprender: a) Las prestaciones salariales en especie, cuando se haya convenido su existencia. b) La duración y distribución de los tiempos de presencia pactados, así como el sistema de retribución o compensación de los mismos, y c) El régimen de las pernoctas de la persona empleada de hogar en el domicilio familiar, en su caso".

Por supuesto, otras figuras que requieren de la labor normativa nacional son el periodo de prueba y el despido. En lo que se refiere al período de prueba, cabría preguntarse como determinar la proporcionalidad en el mismo dado que el art. 8 de la Directiva 2019/1152 se refiere a períodos de prueba proporcionales, aspecto muy relevante y cuya definición puede frenar conductas empresariales abusivas. Por lo que respecta la armonización del despido en la Unión Europea, la Directiva 2019/1152 encarga a los Estados miembros la adopción de las medidas necesarias para prohibir el despido o cualquier acto preparatorio para el despido de las personas trabajadoras por el ejercicio de los derechos. Observamos, por tanto, que el alcance de esta Directiva trasciende su mera denominación conectada a la transparencia y previsibilidad en las condiciones de trabajo. Además, el abordaje del despido responde al principio séptimo del Pilar Europeo de Derechos Sociales que perfila la protección frente al despido en términos de derechos de información de los motivos del despido y un plazo razonable de preaviso. El papel que los Estados asumen en la conformación de la protección frente al despido les obliga a operar y legislar medidas de índole procesal y sancionadora con el fin de posibilitar su observancia y cumplimiento.

Todas las cuestiones e interrogantes suscitadas y expuestas de manera somera en anteriores líneas reciben un anticipo de respuesta normativa en la transposición de la Directiva 2019/1152 a través de la consulta pública previa a la elaboración de un anteproyecto de ley de transposición de la Directiva (UE) 2019/1152, de 20 de junio de 2019 y la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio de 2019. Así en el texto de la consulta pública se refleja que el objetivo de la futura norma consistirá en la actualización del elenco de elementos esenciales del contrato de trabajo en relación con los cuales las personas trabajadoras deben recibir información por escrito. El anteproyecto de ley prevé unos derechos informativos acordes a las nuevas realidades empresariales en los términos dictados por la Directiva 2019/1152. En esta consulta pública se enfatiza la trascendencia de la garantía del derecho de previsibilidad de las condiciones de trabajo ante las nuevas estructuras empresariales y nuevos hábitos de consumo. Como posibles soluciones, se señala que el mandato de transposición requiere cambios en el Estatuto de los Trabajadores y en el Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el art. 8, apartado 5 del Estatuto en materia de información a la persona trabajadoras sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo. El plazo de este mandato concluyo el 2 de agosto de 2022, por lo que quedaremos a la espera de conocer cómo se sustanciara todo lo dispuesto en la Directiva y que forma adquirirán todos los objetivos y soluciones plasmadas en la consulta pública referida.

En un escenario europeo de muy difícil descripción en este espacio y con las radicales diferencias entre los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, la llegada de esta Directiva sólo puede ser valorada en términos de innegable valor. No cabe duda de que la adopción de la Directiva 2019/1152 esfuma aquellas suspicacias en torno al debilitamiento del proyecto europeo y refuerza los derechos de las personas trabajadoras para el alcance de una más consolidada ciudadanía social europea.

BIBLIOGRAFÍA

APARICIO TOVAR, J. «Un pilar social europeo carcomido por la gobernanza económica». *Revista de Derecho Social. N. 79 (2017).*

APILLUELO MARTÍN, M. «Directiva 91/533/CEE, de 14 de octubre, sobre la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral». *Actualidad Laboral. N. 32 (2000).*

BAYLOS GRAU, A. «La reforma del despido». *Revista de Derecho Social. N.º 95 (2021).*

BAYLOS GRAU, A. «El futuro de las normas del trabajo que queremos» en OIT, Conferencia Nacional Tripartita, *El futuro del trabajo que queremos*, Madrid, 2017.

BAYLOS GRAU, A. «Gobernanza laboral, crisis y cambio tecnológico en la acción colectiva». *Documentación Laboral. N. 117 (2019).*

CABEZA PEREIRO, J. *El ámbito del trabajo subordinado y del trabajo autónomo en el Derecho de la Unión europea,* Bomarzo, Albacete, 2020.

CASAS BAAMONDE, M. E. «La primera norma del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la emergencia del desconfinamiento». *Diario La Ley*. *N. 9648 (2020)*.

CLARCK, J., HALL, M. «The Cinderella Directive? Employee Rights to information about conditions applicable to their contract or employment relationship». *Industrial Law Journal*. *Nº 2 (1992).*

EDITORIAL, «El derecho del trabajo en la fase post-covid: ¿una reformulación del modelo? El "nuevo" Estatuto del Trabajo». *Revista de Derecho Social. N. 98 (2022).*

FOTINOPOULOU BASURKO, O. «Algunas reflexiones sobre el tiempo de trabajo en los contratos a tiempo parcial». *Trabajo y Derecho. N. 13 (2021)*.

GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, A., *La negociación colectiva europea de sector,* Bomarzo, Albacete, 2017.

GARCÍA MURCÍA, J., MARTÍNEZ MORENO, C., «La obligación del empresario de informar al trabajador acerca de sus condiciones de trabajo». *Relaciones Laborales*. *Tomo I (1992).*

GARCÍA MURCÍA, J., MARTÍNEZ MORENO, C., *Los derechos de información en el contrato de trabajo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

IGARTUA MIRÓ, M. T. «Promoción de la igualdad de género a través de fórmulas de trabajo flexible». *Revista Femeris*. *Nº 2 (2022).*

JALIL NAJI, M. «La transposición de la Directiva 2019/1152: ¿Una oportunidad para intervenir en la precariedad laboral asociada a la ordenación jurídica del tiempo de trabajo?», *Congreso Internacional "Retos interdisciplinares en el entorno de la industria 4.0"*, Universidad Politécnica de Cartagena, 2021.

MARTÍN VALVERDE, A. «La Directiva 91/533/CEE sobre obligación del empresario de informar al trabajador de sus condiciones de trabajo». *Actualidad Laboral*. *N. 12 (1992).*

MARTÍN VALVERDE, A. *El período de prueba en el contrato de trabajo,* Montecorvo, Valladolid, 1976.

MARTÍNEZ YAÑEZ, N. «Entre robots y pandemia: retos de la regulación de tiempo de trabajo en el siglo XXI». *Trabajo y Derecho*. *N. 78, 2021.*

MERCADER UGUINA, J. «Los "tiempos" de la Directiva (UE) 2019/1152: transparencia y lucha contra la precariedad laboral como objetivos». *Documentación Laboral*. *N. 122 (2021).*

MIRANDA BOTO, J. M. «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». *Temas Laborales*. *N. 149 (2019).*

MOLINA GARCÍA, M. «El derecho de información del trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo». *Revista de Derecho Social*. *N. 7 (1997).*

MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ BERNAT, J. A. «La propuesta de directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsibles como desarrollo "normativo" del pilar europeo de los derechos sociales». *Revista Española de Derecho del Trabajo. N. 211 (2018), BIB 2018 / 11246.*

PIQUERAS PIQUERAS, Mª C. «El período de prueba. Pasado y presente de una institución clásica». *Revista Española de Derecho del Trabajo. N.* 70 *(1995).*

RAMOS QUINTANA, M. I. «El Pilar Europeo de derechos sociales: la nueva dimensión social europea». *Revista de Derecho Social. N. 77 (2017).*

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. «Derecho comunitario e información a los trabajadores sobre sus condiciones de trabajo». *Temas Laborales. N. 24 (1992).*

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. «La Directiva 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea». *Derecho de las relaciones laborales. N. 11 (2019).*

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. «La "soberanía sobre el tiempo". Unilateralidad e imposición en la distribución del tiempo de trabajo frente a la conciliación corresponsable». *Cuadernos de Relaciones Laborales. N. 40 (2022).*

SALA FRANCO, T. «La Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su transposición en el ordenamiento laboral español». *Revista Española de Derecho del Trabajo, N. 251 (2022).*

SAN MARTÍN MAZZUCONI, C. «La obligación del empresario de informar acerca de sus condiciones de trabajo: la Directiva 91/533/CEE, la STJCE 4 diciembre 1997 y el RD 1659/1998, de 24 de julio». *Aranzadi Social. N. 5 (1998).*

TRILLO PÁRRAGA, F. «La conquista (in progress) del derecho a la limitación de la jornada de trabajo". *Trabajo y Derecho. N. 93 (2022).*

Digitalización, información, democratización

Digitalisation, information, democratisation

STEFANO BINI*

https://doi.org/10.55617/revmites.33

Resumen: El estudio propone un razonamiento que pretende explorar la cuestión de la relación entre digitalización del trabajo y participación de las personas trabajadoras, con especial referencia al perfil específico de la transparencia sobre los mecanismos de funcionamiento de los algoritmos y de los sistemas de inteligencia artificial aplicados a la organización del trabajo. En este sentido, se ha querido centrar la atención en una institución jurídica que parece emblemática y paradigmática, de cara a la promoción de una mayor participación de las personas que trabajan en la empresa: los derechos de información y consulta, sobre "contenidos digitales". La tesis que se argumenta en el estudio podría, de hecho, sintetizarse en la visión de un "levantamiento del velo digital en el trabajo": la información de la representación de las personas trabajadoras, sobre el núcleo más oscuro de la digitalización (es decir los algoritmos), constituye la vía maestra para la consecución de un renovado planteamiento de la democracia en el trabajo; una renovación que supone necesariamente una corrección y un reequilibrio de la acentuada asimetría informativa, propia de la relación laboral digital.

Palabras clave: Digitalización del trabajo; derechos de información y consulta; participación de las personas trabajadoras; democratización del trabajo.

Abstract: The study proposes a reasoning that aims to explore the issue of the relationship between digitalisation of work and workers' participation, with particular reference to the specific transparency profile on the operating mechanisms of algorithms and artificial intelligence systems applied to the organization of work. In this sense, attention is focused on a legal institution that seems emblematic and paradigmatic, in order to promote greater participation of people working in the company: the workers' rights to information and consultation about "digital contents". The thesis argued in the study could, in fact, be synthesized in the vision of a "lifting of the digital veil at work": workers' representatives' information, on the darker core of digitalisation (i.e., algorithms), is the main way to achieve a renewed approach to democracy at work; a renewal that necessarily implies a correction and a rebalancing of the accentuated information asymmetry, characteristic of the digital labour relationship.

Keywords: Digitalisation of work; workers' rights to information and consultation; workers' participation; democratisation of work.

* Profesor Ayudante Doctor (acreditado Profesor Contratado Doctor). Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Córdoba. sbini@uco.es

1. INTRODUCCIÓN

El presente estudio pretende proponer un camino de reflexión sobre un perfil específico que caracteriza la multidimensional complejidad del trabajo contemporáneo: la interrelación entre digitalización y democratización del mismo.

Como punto de partida del razonamiento se toman dos premisas de base, entre sí encadenadas: la primera que se refiere al contexto socioeconómico que caracteriza la contemporaneidad global y, la segunda, sobre el perfil identitario del mismo Derecho del Trabajo, por así decirlo "en devenir".

Y, de hecho, no parece superfluo o baladí empezar la reflexión que a continuación se propone destacando como la misma vea la luz en un momento histórico especialmente difícil, complejo, a veces caótico: una etapa caracterizada por la rápida propagación, a escala continental y mundial, de los efectos de la crisis económico-energética (además de diplomática y geopolítica), desencadenada por el conflicto bélico ruso-ucranio, que ha estallado en un escenario ya de por sí delicado, representado por la postpandemia. El perfil de una sociedad cada vez más vulnerable e individualizada, con sus fragilidades y soledades, ha progresivamente tomado forma, acentuándose con la explosión de una crisis sanitaria social y económica sin precedentes, que ha así contribuido a reforzar el contorno de la que ha sido eficazmente definida como la "sociedad del cansancio"[1].

Y precisamente en el marco de sustancial interactuación entre complejos fenómenos, distintos pero concatenados entre sí, «el mundo del trabajo, que ya estaba en transición como resultado de los cambios demográficos, las transformaciones tecnológicas y el cambio climático, se sumió aún más en el desorden a medida que la pandemia continuaba»[2].

Pues bien, frente a este escenario de contexto, el Derecho del Trabajo está inexorablemente llamado a cuestionarse sobre su función, su misión, su sentido, no pudiendo ser considerado como mero conjunto normativo ajeno y desconectado de la polifacética y multidisciplinaria complejidad que desafía a las sociedades contemporáneas. Como ha sido muy autorizadamente puesto en luz, de hecho: *«Il diritto del lavoro non è una disciplina giuridica irrelata e autoreferenziale, chiusa nella propria dimensione normativa: al contrario, la sua sfera regolativa è strettamente collegata non solo con l'evoluzione sociale, economica e tecnologica, ma anche con i grandi temi ecologici globali generati dai fenomeni della natura, della terra e dell'ambiente»*[3].

Precisamente en línea con esta visión sobre el sentido del Derecho del trabajo contemporáneo, en las páginas siguientes se propone un razonamiento que pretende explorar la cuestión de la relación entre digitalización del trabajo y participación de las personas trabajadoras, con especial referencia al perfil específico de la transparencia sobre los mecanismos de funcionamiento de los algoritmos y de los sistemas de inteligencia artificial aplicados a la organización del trabajo. En este sentido, se ha querido centrar la atención en una institución jurídica que parece emblemática y paradigmática, de cara a la promoción de una mayor participación de las personas que trabajan en la empresa: los derechos de información y consulta, sobre "contenidos digitales".

La tesis que se argumenta en el estudio podría, de hecho, sintetizarse en la visión de un "levantamiento del velo digital en el trabajo": la información de la representación de las personas trabajadoras, sobre el núcleo más oscuro de la digitalización (es decir los algoritmos), constituye la vía maestra para la consecución de un renovado planteamiento de la democracia en el trabajo; una renovación que

[1] B. Byung Chul Han, *La sociedad del cansancio*, Herder, 2022; v. también la más antigua, pero extraordinariamente actual, opera de H. Melville, *Bartleby, el escribiente*, Akal, 2007.

[2] OIT, *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo. Tendencias 2022*, PRODOC-OIT, 2022, 17.

[3] A. Perulli y V. Speziale, *Dieci tesi sul diritto del lavoro*, Il Mulino, 2022, 133.

supone necesariamente una corrección y un reequilibrio de la acentuada asimetría informativa, propia de la relación laboral digital.

2. LA DIGITALIZACIÓN DEL TRABAJO COMO PROCESO SOCIAL COMPARTIDO

2.1. El derecho de información sobre los algoritmos *ex* artículo 64.4, letra d), ET

Como se ha argumentado más ampliamente en un reciente estudio monográfico sobre el tema[4], firme es la convicción sobre la necesidad de considerar y abordar la digitalización del trabajo con un planteamiento que la conciba como proceso social compartido, con respecto al cual explorar y poner en práctica todas las metodologías y las herramientas participativas que faciliten la proyección del fenómeno en su dimensión indispensablemente colectiva.

Esta es una necesidad fuerte, sobre todo frente a una marcada y generalizada tendencia hacia la individualización –en particular, pero no solo– en el trabajo, facilitada por la difusión de tecnologías digitales intrínsecamente basadas en paradigmas de desintermediación y, por lo tanto, de supresión de la intervención humana: piénsese, emblemáticamente, en las así llamadas tecnologías *"trustless"* o *"distributed ledger"*, comúnmente conocidas bajo el nombre de *"blockchain"*[5].

Por supuesto, no es esta la sede para desarrollar un razonamiento amplio y sistemático sobre los diferentes ámbitos de la digitalización del trabajo y de las relativas implicaciones colectivas. Más bien, a continuación, se prefiere reflexionar sobre el perfil de la indispensable consagración y (re-)valoración de los derechos de información, consulta y participación de las personas que trabajan.

De hecho, no cabe duda de que solamente a través de una información eficaz –adecuada, tempestiva y completa– se pueda contribuir al reequilibrio de la estructural asimetría informativa que connota ontológica y fisiológicamente la relación laboral[6]: *«Nei rapporti di lavoro, specie se connotati da relazioni di autorità e assoggettamento a poteri giuridici del datore di lavoro, l'informazione è considerata uno strumento volto a ridefinire il bilanciamento e il coordinamento degli interessi in gioco, a tutela del contraente debole»*[7].

Sin embargo, es sabido que esta asimetría estructural se acentúa de manera significativa y sin precedentes, como consecuencia de la digitalización de los instrumentos de gestión de la empresa y de organización del trabajo[8]. Más en detalle, *«las nuevas herramientas de gestión empresarial pueden, con mayor intensidad que las tradicionales, vulnerar los derechos fundamentales de las personas trabajadoras y sortear los controles desarrollados en los espacios de participación de sus representantes en la empresa»*[9].

Precisamente este último tema –el de la participación de las/los representantes de las personas que trabajan, en particular por lo que se refiere al perfil de la información– se carga así de un significado muy particular, en el peculiar contexto cambiante de la digitalización.

Al respecto, mirando al contexto español, especial interés suscita la que se puede considerar como la intervención normativa más emblemática sobre el tema: el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, "por el que se modifica el texto

[4] S. Bini, *La dimensión colectiva de la digitalización del trabajo*, Bomarzo, 2021, 123-158.

[5] T. Treu, *Blockchain, tecnologia a sostegno delle politiche del lavoro*, en *Guida al Lavoro*, 2018, 48, 15.

[6] F. Navarro Nieto, *Introducción al derecho individual del trabajo*, Ediciones Don Folio, 2021, 45.

[7] A. Perulli y T. Treu, *"In tutte le sue forme e applicazioni". Per un nuovo Statuto del lavoro*, Giappichelli, 2022, 81.

[8] C. Crouch, *Se il lavoro si fa gig*, Il Mulino, 2019, 161: *«Il risultato generale della digitalizzazione sarà perciò l'ulteriore espansione del potere di controllo dei datori sui lavoratori, accentuando l'asimmetria del contratto di lavoro»*.

[9] R. Gómez Gordillo, *Algoritmos y derecho de información de la representación de las personas trabajadoras*, en *Temas Laborales*, 2021, 157, 163.

refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales": la así llamada "Ley Rider".

Fruto de un diálogo social maduro, que ha vuelto a ser protagonista de una metodología que involucra a los agentes sociales en las trayectorias de desarrollo normativo en materia social, la intervención reformadora en cuestión representa una contribución de gran interés en su doble perfil: por un lado, la introducción de la "presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto", incorporando en el Estatuto de los Trabajadores la DA 23ª (que razones de extensión del presente estudio impiden tomar aquí en consideración)[10]; y, por otro lado, la previsión de una innovadora específica expresión del derecho de información de los representantes de las personas que trabajan, a través de la introducción de una nueva letra d) en el artículo 64.4 del mismo Estatuto de los Trabajadores.

Es esta una previsión de alguna manera emblemática del carácter histórico de los desafíos contemporáneos, planteados por la digitalización de los sistemas productivos y del trabajo, teniendo este derecho de información por objeto «los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles»[11].

Como ha sido oportunamente destacado en doctrina, se trata de una «regulación pionera en Europa, que permite conocer y controlar la legalidad de las decisiones laborales adoptadas por la empresa»[12].

¿Cómo funciona el algoritmo? ¿Cuáles son los engranajes que están detrás de su actividad? ¿Cuáles son las lógicas y los parámetros digitales que gobiernan los mecanismos de su funcionamiento y que permiten la automatización de decisiones con impacto en las relaciones laborales?

Pues bien, la reciente intervención normativa, a través de la ampliación del alcance del derecho de información de la representación de las personas que trabajan, pretende favorecer la elaboración de respuestas precisamente a estas cuestiones y, en otras palabras, contribuir a una especie de "levantamiento del velo", es decir a la disolución del halo de misterio que envuelve, en general, el fenóme-

[10] Disposición adicional vigesimotercera, TRLET ("Presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto"): «Por aplicación de lo establecido en el artículo 8.1, se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital. Esta presunción no afecta a lo previsto en el artículo 1.3 de la presente norma». Con respecto a la aportación hermenéutica de la jurisprudencia, cf. STS, Pleno y sin votos particulares, 25 de septiembre 2020 (rec. 4746/2019). En el sentido del reconocimiento de la laboralidad, cf. SSTSJ Cataluña (Pleno) 21 de febrero 2020 (rec. 5613/2019); 7 y 12 de mayo 2020 (rec. 6774/2019; rec. 5613/2019); 16 de junio 2020 (rec. 5997/2019); SSTSJ Madrid 3 de febrero 2020 (rec. 749/2019); 18 de diciembre 2019 (rec. 714/2019); (Pleno) 27 de noviembre 2019 (rec. 588/2019); 17 de enero 2020 (rec. 1323/2019); STSJ CyL\Valladolid 17 de febrero 2020 (rec. 2253/2019); STSJ Asturias 25 de julio 2019 (rec. 1143/2019). En contra de la laboralidad: STSJ Madrid 19 de septiembre 2019 (rec. 195/2019).

[11] Artículo 64.4, letra d), TRLET: «El comité de empresa, con la periodicidad que proceda en cada caso, tendrá derecho a: (...) d) Ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles».

[12] A. Ginès i Fabrellas, *El derecho a conocer el algoritmo: una oportunidad perdida de la "Ley Rider"*, en *IUSLabor*, 2021, 2, 3: «el derecho de información que se reconoce a la representación legal de la plantilla en la "Ley Rider" resulta una regulación pionera en Europa, que permite conocer y controlar la legalidad de las decisiones laborales adoptadas por la empresa. El acceso a información sobre las métricas o variables utilizadas por el algoritmo permite a la representación legal evaluar su adecuación para adoptar decisiones automatizadas en materia de condiciones laborales, acceso o mantenimiento del empleo».

no "inteligencia artificial" en la empresa y, en particular, «el tema del control digital de la dirección de la organización del trabajo en el espacio del interés colectivo»[13].

De hecho, como bien expresa la exposición de motivos del RDL 9/2021, «Los algoritmos merecen nuestra atención y análisis, por los cambios que están introduciendo en la gestión de los servicios y actividades empresariales, en todos los aspectos de las condiciones de trabajo y, sobre todo, porque dichas alteraciones se están dando de manera ajena al esquema tradicional de participación de las personas trabajadoras en la empresa (…)»[14].

Precisamente en esta óptica, la intervención reformadora aspira a controlar y contener la general propensión al «dominio unilateral por parte del empleador de las medidas de control del proceso de producción y la determinación de las condiciones de trabajo»[15]. Y parece evidente que solamente una plena revalorización de las dinámicas colectivas de información puede efectivamente vencer la peligrosa *vis* expansiva de la tendencia individualista hacía la desintermediación, impulsada por las mismas lógicas que gobiernan el funcionamiento de las tecnologías digitales de última generación[16].

El nuevo derecho de información en materia digital parece situarse precisamente en esta trayectoria, a pesar de representar objetivamente «el nivel de participación más débil»[17], no acompañado de la obligación para la empresa de activar una consulta con los representantes de las/os trabajadoras/es sobre el tema. De todos modos, la nueva disposición normativa parece representar un instrumento plenamente idóneo y adecuado para contribuir a la corrección de la asimetría informativa que –a pesar de ser intrínsecamente fisiológica a la relación laboral– conoce una significativa acentuación debido a la digitalización de la organización del trabajo, sobre todo de cara a la negociación colectiva[18].

[13] A. Baylos Grau, *A vueltas con el algoritmo: derechos de información y negociación colectiva*, en *Según Antonio Baylos. Información, discusión y propuestas sobre las relaciones de trabajo y la ciudadanía social*, 20 de mayo de 2021, *https://baylos.blogspot.com/2021/05/a-vueltas-con-el-algoritmo-derechos-de.html* (fecha de última consulta: 16 de octubre de 2021). Cf. R. Gómez Gordillo, *Algoritmos y derecho de información de la representación de las personas trabajadoras*, en *Temas Laborales*, 2021, 157, 162: «Desarrollos de inteligencia artificial y algoritmos se incorporan, progresivamente y de una manera casi natural, al proceso de toma de decisiones en el ámbito laboral, para afectar al conjunto de eventos que configuran la dinámica de las relaciones laborales. Las decisiones en materia de contratación, promoción, modificación de las condiciones de trabajo y extinción del contrato pueden ser adoptadas por la empresa a partir de los datos obtenidos por medios automatizados» o «sin intervención humana».

[14] Exposición de motivos (II), Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo.

[15] A. Baylos Grau, *A vueltas con el algoritmo: derechos de información y negociación colectiva*, en *Según Antonio Baylos. Información, discusión y propuestas sobre las relaciones de trabajo y la ciudadanía social*, 20 de mayo de 2021, *https://baylos.blogspot.com/2021/05/a-vueltas-con-el-algoritmo-derechos-de.html* (fecha de última consulta: 16 de octubre de 2021). Cf. A. Todolí Signes, *Nueva "Ley Rider". Texto y un pequeño comentario a la norma*, en *Argumentos en Derecho Laboral*, 12 de mayo de 2021, *https://adriantodoli.com/2021/05/12/nueva-ley-rider-texto-y-un-pequeno-comentario-a-la-norma* (fecha de última consulta: 31 de octubre de 2021).

[16] Piénsese en el mecanismo de la *blockchain*, ejemplo emblemático de tecnologías digitales totalmente independientes de la intervención humana [S. Bini, *Introduction to Blockchain: Between "Autonomisation" and Automatization, Challenges and Risks for Labour Law*, en T. Addabbo, E. Ales, y Curzi, T. Fabbri, O. Rymkevich, I. Senatori (Eds.), *Defining and Protecting Autonomous Work. A Multidisciplinary Approach*, Palgrave MacMillan, 2022, 123-141].

[17] A. Baylos Grau, *A vueltas con el algoritmo: derechos de información y negociación colectiva*, en *Según Antonio Baylos. Información, discusión y propuestas sobre las relaciones de trabajo y la ciudadanía social*, 20 de mayo de 2021, *https://baylos.blogspot.com/2021/05/a-vueltas-con-el-algoritmo-derechos-de.html* (fecha de última consulta: 16 de octubre de 2021): «el reconocimiento de este derecho se sitúa en el nivel de participación más débil, el que se refiere a los derechos de información, sin que por consiguiente se haya intentado establecer un deber de iniciar un proceso de consultas sobre este particular, como sucede en supuestos más importantes como la modificación de condiciones de trabajo, traslados de empresa, sucesión de empresas o despidos colectivos, por ejemplo». Cf. F. Navarro Nieto, *Los derechos de participación de los trabajadores en el nuevo escenario del Derecho del trabajo en España*, Tirant Lo Blanch, 2015, 9-18.

[18] A. Domínguez Morales, *Subcontratación y derechos de información y consulta de la representación legal de las personas trabajadoras*, en E. Garrido Pérez (Coord.), *Análisis actual de la contratación laboral. XXXIX Jornadas Universitarias An-*

Esta última puede ser, de alguna manera, considerada como el punto de llegada de un proceso colectivo en materia de digitalización, que comienza precisamente a partir de la información sobre las lógicas y los mecanismos de funcionamiento de los algoritmos: conocer estos códigos –además de suponer competencias técnicas digitales por parte de los representantes de las personas que trabajan– determina la posibilidad de influir más y mejor en la regulación de la relación laboral, precisamente a través de la negociación colectiva[19].

Así que se comparte la valoración elaborada por autorizada doctrina, que destaca «la idoneidad» de la innovación normativa, «para imponer y regular los criterios, reglas e instrucciones de inteligencia artificial que afecten a los procesos de toma de decisiones sobre la organización del trabajo y sus efectos sobre las condiciones de desarrollo de la prestación laboral»[20].

En otras palabras, el principio fundamental que está detrás de esta intervención reformadora –que no parece exagerado definir como significativa y positivamente impactante en un fenómeno sin precedentes– podría ser identificado en la idea de contribuir a "hacer trasparente" el fenómeno de digitalización de la organización del trabajo.

2.2. Comités de seguimiento de la transformación digital

Coherentemente con la visión de la reciente innovación normativa, merece señalar una experiencia que puede presentar perfiles de interés, prestandose a representar, por decirlo así, el "espacio", el "marco" en el que contextualizar el ejercicio del derecho de información. Se trata de los "comités de seguimiento de la transformación digital": un modelo participativo que puede considerarse como virtuoso, en la óptica di incrementar la transparencia y el conocimiento sobre los códigos, parámetros y fórmulas digitales que presiden el funcionamiento de los algoritmos utilizados por los empresarios en la organización del trabajo y basados en la automatización de los sistemas de toma de decisión[21].

Pues bien, en el marco de este enfoque sistemático, los agentes sociales tienen que desempeñar necesariamente el papel de protagonistas en la actividad de constante seguimiento y de análisis continuado del impacto que, en concreto, puede tener la *digital transformation* en el escenario laboral.

De hecho, es innegable que «intervenir en los procesos de cambio desde su inicio es una condición fundamental, estratégica». Diferentemente, «las empresas aplican, con mejor o peor fortuna, los procesos de cambio tecnológico y sindicalmente sólo estamos negociando sus consecuencias sin haber intervenido, e incluso sin haber conocido el proyecto, la puesta en marcha y el desarrollo de este cambio.

daluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Junta de Andalucía, 2022, 210: «*Se trata de un derecho instrumental al servicio de las facultades de representación en la empresa, necesario para garantizar la defensa de los trabajadores frente al ejercicio del poder de dirección que a aquella corresponde en virtud de lo previsto en el art. 20 del mismo texto legal*». V. también M.L. Molero Marañón y F. Valdés Dal Ré, *Derechos de información y consulta y reestructuración de empresas*, Comares, 2014, 312. Cf. A. Testoni, *Manuale di tecnica di relazioni industriali*, ADAPT University Press y Giuffré, 2014, 29: «*Per fare un'analisi edotta delle questioni che dovremo affrontare nel negoziato, è necessario raccogliere tutte le informazioni possibili, pur sapendo che molte altre, ugualmente rilevanti, potremo averle solo in sede di trattativa*». Véase también M. Bornengo y M. Canauz (Eds.), *Anatomia della negoziazione sindacale*, Franco Angeli, 2002.

[19] F. Pérez Amorós, *¿Quién vigila al algoritmo?: los derechos de información de los representantes de los repartidores en la empresa sobre los algoritmos de las plataformas de reparto*, en *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 2021, 1, 173-187.

[20] A. Baylos Grau, *A vueltas con el algoritmo: derechos de información y negociación colectiva*, en *Según Antonio Baylos. Información, discusión y propuestas sobre las relaciones de trabajo y la ciudadanía social*, 20 de mayo de 2021, *https://baylos.blogspot.com/2021/05/a-vueltas-con-el-algoritmo-derechos-de.html* (fecha de última consulta: 16 de octubre de 2021).

[21] Cf. artículo 22 del Reglamento (UE) 2016/679, el *"General Data Protection Regulation (GDPR)"*, sobre "decisiones individuales automatizadas".

Este hecho nos deja fuera de decisiones que determinan el futuro de la empresa y de las personas trabajadoras»[22].

Pues bien, para contrastar esta perspectiva de exclusión de la representación de las personas trabajadoras del ámbito cognitivo (así como de la toma de decisiones) en materia de impacto laboral de la digitalización de la organización del trabajo, se considera oportuno y necesario impulsar la regulación de la elaboración de un modelo participativo dinámico, que supere una visión de la intervención de los cuerpos intermedios y de los órganos representativos limitada sólo a una información "puntual" sobre las consecuencias de los procesos de digitalización.

Las personas que trabajan merecen ser involucradas en una perspectiva de participación activa, caracterizada por la "continuidad" de la información, proyectada hacia la elaboración compartida de soluciones y herramientas que den forma a un verdadero proyecto de digitalización social, inclusivo y centrado en la persona que trabaja.

En este sentido, se considera oportuno trabajar precisamente en el derecho de información de la representación de las personas trabajadoras, impulsando una extensión de su alcance y promoviendo un cambio de paso que, semánticamente podría expresarse a través de una reinterpretación del mismo concepto de "información". Parece, de hecho, maduro el momento de impulsar una paulatina reinterpretación expansiva del concepto de "información": "informar" no solo como «enterar o dar noticia de algo», sino también como «dar forma sustancial a algo»[23].

Como ha sido puesto en luz por autorizada doctrina, fuerte es «la necesidad de que la autonomía colectiva refuerce su papel en la gobernanza de la disrupción tecnológica, de modo que los beneficios que conlleva la automatización y robotización de los procesos productivos se distribuyan de forma equitativa en la sociedad»[24].

Pues bien, precisamente en este sentido, resulta interesante la propuesta planteada en ámbito sindical, que tiene por objeto la «creación de un comité de seguimiento de transformación digital. Será un órgano de información y consulta mutua entre la empresa y la RLPT, con reuniones periódicas establecidas y que podrá contar con asesoras o asesores por ambas partes. Esta herramienta posibilitará acompasar nuestra acción sindical con la realidad del cambio, reactivará la negociación colectiva y nos permitirá actuar con capacidad de intervención desde el inicio de los procesos, defendiendo los intereses de las personas trabajadoras»[25].

Interesante ejemplo en este sentido puede indicarse también en el horizonte laboral comparado: se hace aquí referencia a una experiencia concreta, elaborada por la negociación colectiva italiana.

De hecho, el *"Accordo di rinnovo del CCNL 31 marzo 2015 per i quadri direttivi e per il personale delle aree professionali dipendenti dalle imprese creditizie, finanziarie e strumentali"* (acuerdo de renovación del convenio colectivo del sector del crédito de diciembre de

[22] J.F. Prieto y R. Boto Gil, *Introducción*, en *Guía Negociación Colectiva y Digitalización 2020 – Cuadernos de acción sindical de CC.OO.*, 2020, 9, 7. Cf. por ejemplo – en el panorama español – el artículo 79 del XXIV Convenio colectivo del sector de la banca suscrito con fecha 29 de enero de 2021 (registrado con resolución de 17 de marzo de 2021): «En los procesos de transformación digital, las Empresas informarán a la RLT sobre los cambios tecnológicos que vayan a producirse en las mismas, cuando éstos sean relevantes y puedan tener consecuencias significativas sobre el empleo y/o cambios sustanciales en las condiciones laborales».

[23] RAE, *Diccionario de la Lengua Española*, *https://dle.rae.es/informar* (fecha de última consulta: 19 de octubre de 2022).

[24] M. Correa Carrasco, *Autonomía colectiva y Derecho del Trabajo: pasado, presente y futuro*, en C. Sáez Lara, F. Navarro Nieto y P. Gómez Caballero (Dirs.), *Los desafíos del Derecho del trabajo ante el cambio económico y social. Libro en homenaje a Federico Durán López*, Iustel, 2021, 414.

[25] J.F. Prieto y R. Boto Gil, *Introducción*, en *Guía Negociación Colectiva y Digitalización 2020 – Cuadernos de acción sindical de CC.OO.*, 2020, 9, 9.

2019) prevé, al artículo 29, la institución de un "Comité nacional bilateral y paritario sobre el impacto de las nuevas tecnologías/digitalización en la industria bancaria": un "comité" –en italiano definido a través de la locución de *"cabina di regia"*– dedicado específicamente al macro tema de la digitalización del trabajo.

Se trata de un comité bilateral formado por los representantes de las distintas organizaciones sindicales que firman el convenio colectivo, con la previsión de la posibilidad, para estos sujetos, de beneficiarse del apoyo de expertos, estudiosos, organismos de investigación, universidades, figuras cualificadas, para la profundización de perfiles técnicos específicos y para enriquecer el debate[26].

Las competencias de este comité pueden ser así resumidas: «controlar y analizar las fases de cambio que se derivan de las nuevas tecnologías y de la digitalización para elaborar soluciones compartidas a someter a las Partes nacionales y mantener constantemente "actualizado" el convenio colectivo nacional, también de cara a la identificación de nuevas tareas y figuras profesionales y su encuadramiento en el sistema actual de las áreas profesionales y de los cuadros directivos»[27].

El control y el análisis de las dinámicas evolutivas de los fenómenos de transformación digital en la empresa y en el trabajo parecen, como es evidente, funcionales y prodrómicos a la síntesis y a la elaboración de propuestas concretas y específicas: en otros términos, el planteamiento a la digitalización que emerge de esta previsión de la negociación colectiva se caracteriza por expresar un enfoque participativo, bilateral e inclusivo.

La actualización del convenio colectivo –piénsese, por ejemplo, en las dinámicas de identificación de nuevas figuras profesionales (necesarias por efecto de la digitalización) por parte de la negociación colectiva, que deberá realizarse en consonancia con el dictamen favorable del Comité[28]– se enmarca en un espacio de confrontación y debate compartido: representativo, con significativas aperturas al mundo de la investigación y del conocimiento: la evolución de la transformación digital como objeto de estudio y seguimiento compartido y participativo, en particular en un sector caracterizado por el dinamismo de sus relaciones industriales[29].

El modelo en cuestión bien representa un ejemplo de cómo las tendencias de la digitalización del trabajo puedan (*rectius*, deban) ser abordadas superando planteamientos empresariales unilaterales y abrazando lógicas participativas que valoricen el papel de las personas que trabajan, mediante la participación de sus representantes. Una participación que hunde sus raíces precisamente en el terreno fértil de la información, del conocimiento y de la comprensión razonada, como vía maestra para una concienciación madura, funcional a la regulación y a la limitación de posibles ten-

[26] Artículo 29, *"Accordo di rinnovo del CCNL 31 marzo 2015 per i quadri direttivi e per il personale delle aree professionali dipendenti dalle imprese creditizie, finanziarie e strumentali"*. Cf. G. Mieli y A.D. Mieli, *Il rapporto di lavoro bancario. Cento anni di contrattazione*, ADAPT University Press, 2020.

[27] Traducción del artículo 29, *"Accordo di rinnovo del CCNL 31 marzo 2015 per i quadri direttivi e per il personale delle aree professionali dipendenti dalle imprese creditizie, finanziarie e strumentali" (www.uilca.it/pdf/news/accordo_di_rinnovo_19.12.2019.pdf* – fecha de última consulta: 15 de octubre de 2021): *«monitorare e analizzare le fasi di cambiamento conseguenti alle nuove tecnologie e alla digitalizzazione per elaborare soluzioni condivise da sottoporre alle Parti nazionali e tenere costantemente "aggiornato" il CCNL, anche ai fini dell'individuazione di nuove mansioni e figure professionali e del loro inquadramento nell'attuale sistema delle aree professionali e dei quadri direttivi»*.

[28] M.T. Bianchi, D. Faioli y M. Faioli, *Fintech. Trasformazioni del sistema bancario. Tecnologia, big data, regolazione e lavoro*, en *Working Papers Fondazione G. Brodolini*, 2019, 16, 53. Cf. artículo 29, *"Accordo di rinnovo del CCNL 31 marzo 2015 per i quadri direttivi e per il personale delle aree professionali dipendenti dalle imprese creditizie, finanziarie e strumentali"*: *«Fermi gli ambiti di competenze tra i livelli della contrattazione, come definita dal presente CCNL, l'eventuale individuazione di nuove figure professionali nella contrattazione di secondo livello, nonché il relativo inquadramento, sarà in linea con il parere favorevole del Comitato»*.

[29] M. Faioli, *La contrattazione collettiva tra sindacato e imprese finanziarie. Regole, relazioni industriali e bilateralità*, en AA. VV., *Lavorare in banca. Un mondo in evoluzione*, Università Cattolica del Sacro Cuore, 2019, 61.

dencias contrarias al planteamiento de una digitalización *"human-centric"*.

De hecho, sólo así podrán ponerse, en concreto, los necesarios "límites" al peligroso desarrollo de tendencias transformativas que consideren la digitalización en una óptica exclusivamente orientada hacia la eficiencia económica de la empresa, perdiendo la indispensable matriz humana y social de este proceso de evolución[30].

3. UNA INFORMACIÓN EFICAZ PARA LA DEMOCRATIZACIÓN DEL TRABAJO

Precisamente el tema neurálgico del control humano sobre las tecnologías digitales en el trabajo bien se presta a representar, de alguna manera, el campo de experimentación de una innovación multidimensional, que interpela sobre todo a los agentes sociales y a los legisladores[31].

Se trata, de hecho, de un terreno de observación de significativo interés, en el marco del cual parece interesante avanzar propuestas, mirando interdisciplinariamente a modelos y experiencias, así como procediendo según una metodología *"trial and error"*, que compruebe la bondad de las hipótesis y de las soluciones elaboradas, en el marco de espacios de dialogo y confrontación.

Con específica referencia al escenario de los derechos de información y consulta[32], resulta de significativo interés la reflexión elaborada por autorizada doctrina, que formula la propuesta según la cual, *«i diritti di informazione e di consultazione dei lavoratori stabiliti dalle norme europee e nazionali andrebbero rafforzati nei contenuti e precisati nell'oggetto per adattarli al controllo di questi strumenti. Inoltre, dovrebbe essere precisata la formula normalmente utilizzata secondo cui le informazioni necessarie da parte aziendale devono essere fornite "in tempo utile" ai rappresentanti dei lavoratori»*[33].

Se comparte plenamente la reflexión dirigida a reforzar el contenido de los derechos de información y consulta, en particular con un anclaje a la esfera algorítmica: a este respecto, se considera que la formulación del nuevo artículo 64.4, letra d) del Estatuto de los Trabajadores español pueda bien representar un modelo virtuoso de referencia, para impulsar

[30] A. Supiot, *La sovranità del limite. Giustizia, lavoro e ambiente nell'orizzonte della mondializzazione*, Milán y Udine, 2020, 163-165.

[31] T. Treu, *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, en *Federalismi.it – Focus Lavoro, Persona, Tecnologia*, 2022, 9, 205: *«Il controllo umano delle tecnologie digitali è uno dei terreni principali su cui oggi si dovrebbe sperimentare questa capacità di iniziativa congiunta di parti sociali e legislatori»*.

[32] Como es sabido, la materia de los derechos de información y consulta de las personas que trabajan encuentra su marco normativo de referencia, a nivel europeo, *in primis* en los artículos 5, 114, 115, 151 y 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), así como en un conjunto de Directivas de significativo relieve, entre las cuales se señala la 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, "por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea": una intervención importante en consideración de su contribución a la realización de una general armonización de los ordenamientos nacionales en materia de participación de los trabajadores en la evolución de la empresa y en el proceso de toma de decisiones que les afectarán. Con respecto al ordenamiento jurídico español, en relación con la participación de las personas trabajadoras, el pensamiento va inmediatamente a los artículos 61 ("Participación") y siguientes del Estatuto de los Trabajadores, con especial referencia al artículo 64 ("Derechos de información y consulta y competencias"). Cf. R. Senra Biedma y J.M. Gómez Muñoz, *Comentario al artículo 61 del Estatuto de los Trabajadores "Participación"*, en S. del Rey Guanter (Dir.), *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con jurisprudencia*, La Ley, 2022; A.J. Valverde Asencio y S. Gálvez Durán, *Comentario al artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores "Derechos de información y consulta y competencias"*, en S. Del Rey Guanter (Dir.), *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con jurisprudencia*, La Ley, 2022. Con respecto al panorama doctrinal, se señala, *ex plurimis*, F. Navarro Nieto, *Los derechos de participación de los trabajadores en el nuevo escenario del Derecho del Trabajo en España*, Tirant Lo Blanch, 2015. Véase también: D. Álvarez Alonso, *Representación y participación de los trabajadores en la empresa. Estudio de jurisprudencia y perspectivas de futuro*, Tirant Lo Blanch, 2020.

[33] T. Treu, *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, en *Federalismi.it – Focus Lavoro, Persona, Tecnologia*, 2022, 9, 205.

–a nivel tanto europeo, como de los demás ordenamientos nacionales, en un escenario de especial *«diversificazione dei modelli regolativi nello spazio globale»*[34]– análogas intervenciones normativas.

Igualmente, interesante es el perfil –sugerido en la reflexión doctrinal que acaba de mencionarse– de la delimitación temporal del ejercicio del derecho de información: la empresa debe facilitar a los representantes de las personas trabajadoras toda la información necesaria... a tiempo, con la debida antelación. En este aspecto, puede identificarse la dimensión clave de la eficacia sustancial de la misma información y, por lo tanto, de la efectiva participación de los representantes de las personas trabajadoras.

Como ha sido destacado, es fundamental que la información –adecuada y completa– sea proporcionada *ex ante*, es decir ya en la fase de la *«iniziale configurazione dei programmi informatici»*, precediendo a la adopción de las decisiones empresariales[35]. Se trata de un aspecto crucial, determinante y funcional para la eficacia de la misma información: la representación de las personas trabajadoras tiene que actuar por adelantado, «en la fase de construcción del algoritmo, antes de que comience a operar» y no "a toro pasado"[36].

Pues bien, el elemento de la «funcionalidad preventiva»[37] que caracteriza la obligación de informar en general y en el diseño normativo *ex* artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores en particular [sobre todo con respecto a sus apartados 4, letra d), y 6], parece especialmente emblemático, dando –con la debida flexibilidad en la aplicación (cf. la referencia a la «periodicidad que proceda en cada caso»[38])– una respuesta clara a la cuestión: *«At which point in the decisión-making process are the workers involved? Is it prior to the decisions, during their implementation or only afterwards for the purposes of evaluation?»*[39].

Pues bien, como se lee muy claramente en el Acuerdo marco europeo de los interlocutores sociales sobre digitalización: «los representantes de los trabajadores recibirán las facilidades y la información necesarias para participar de manera efectiva en las diferentes fases del proceso»[40] de colaboración sobre digitalización. Así que, efectivamente crucial es que el flujo de información, orientado direccionalmente en el sentido "empresa-representantes de los trabajadores", acompañe constantemente el desarrollo de las dinámicas laborales.

En términos generales, la expansión del perímetro y del alcance del derecho de información *ex* artículo 64.4, letra d) del Estatuto de los Trabajadores, contextualizada en un posible marco extensivo, que aquí se propone, a partir del modelo del "comité de seguimiento de transformación digital", como espacio permanente de dialogo y confrontación, parece plenamente coherente con una más amplia y hoy más que nunca actual visión sistemática.

[34] A. Perulli y V. Brino, *Manuale di diritto internazionale del lavoro*, Giappichelli, 2015, 3.

[35] V. De Stefano, *Negotiating the algorithm*, in *Working paper*, ILO, 2018, 246, 21-22.

[36] V. L. Pero y A.M. Ponzellini, *Il nuovo lavoro in digitale fra innovazione organizzativa e partecipazione diretta*, en M. Carrieri, P. Nerozzi y T. Treu (Eds.), *La partecipazione incisiva*, Il Mulino, 2015, 45-68.

[37] R. Gómez Gordillo, *Algoritmos y derecho de información de la representación de las personas trabajadoras*, en *Temas Laborales*, 2021, 157, 178.

[38] Artículo 64.4, Estatuto de los Trabajadores.

[39] S. de Spiegelaere, A. Hoffmann, R. Jagodzinski, S. Lafuente Hernández, Z. Rasnaca y S. Vitols, *Democracy at work*, en *Benchmarking Working Europe 2019*, ETUI, 2019, 70. Véase también S. Lafuente Hernández, *Democracia real en el trabajo como respuesta a la crisis democrática*, en B. Estrada y G. Flores (Coords.), *Repensar la economía desde la democracia*, Catarata, 2020, 68-72.

[40] European Social Partners, *European Social Partners Autonomous Framework Agreement on Digitalisation*, *www.etuc.org/en/document/eu-social-partners-agreement-digitalisation*, 22 de junio de 2020 (fecha de última consulta: 23 de octubre de 2021). Para la versión en castellano (Acuerdo marco europeo de los interlocutores sociales sobre digitalización), véase la edición de la Secretaría Confederal de Acción Sindical de CC.OO.: *www.ccoo.es/3ec9e3ddff84034c1a796cb52ac84c09000001.pdf, 13* (fecha de última consulta: 23 de octubre de 2021).

La bondad de este enfoque extensivo –situado en el marco de una visión universalista de protección del trabajo, «en todas sus formas y aplicaciones»– parece, por lo demás, confirmada por el planteamiento de la "Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales" [COM(2021) 762 final 2021/0414(COD)]: se hace aquí referencia, en particular, al artículo 6 ("Transparencia y utilización de los sistemas automatizados de supervisión y toma de decisiones") y artículo 9 ("Información y consulta")[41].

Especialmente esta última disposición normativa suscita cierto interés, ya que –«sin perjuicio de los derechos y obligaciones derivados de la Directiva 2002/14/CE»– consagra el papel clave de la información y consulta en ámbito digital, persiguiendo el claro objetivo de *«promuovere il dialogo sociale sulla gestione algorítmica, da attuare con i rappresentanti dei lavoratori delle piattaforme digitali (…)»*[42].

Aun siendo conscientes de la diversidad y de las peculiaridades temáticas de cada intervención normativa (o propuesta de intervención normativa), se observa una cierta coherencia, pareciendo evidente la generalizada concienciación, en los últimos tiempos[43], sobre la urgencia de una intervención que –a nivel comunitario, sobre todo– consagre las obligaciones de información algorítmica como columna fundamental de una arquitectura transparente de las relaciones laborales. Esta visión, por supuesto, requiere un cambio de paso que –por así decirlo– "normalice" y haga fisiológica la *"disclosure"* informativa en ámbito digital.

Pues bien, este cambio de paso se coloca y sitúa en el marco de una visión sistemática, que identifica como núcleo fundamental un principio básico fundamental y atemporal: «el trabajo no puede reducirse a "mercancía"» y «el ser humano no puede ser reducido a "recurso"»[44]. Se plantea así el contorno de un imperativo categórico de doble perfil: demercantilización del trabajo y democratización de la empresa.

De hecho, el aumento de las desigualdades que caracteriza –entre otras cosas– el capitalismo del siglo XXI, el así llamado "capitalis-

[41] A. Perulli y T. Treu, *"In tutte le sue forme e applicazioni". Per un nuovo Statuto del lavoro*, Giappichelli, 2022, 83-84: «*Del resto una simile prospettiva universalistica si propone venga adottata a livello sovranazionale in materia di lavoro tramite piattaforme, laddove si prevede (art. 6) l'obbligo per le piattaforme digitali di informare i lavoratori (in generale, quindi anche i "veri" autonomi, come espressamente previsto dall'art. 10 della proposta 6) in merito (a) ai sistemi di monitoraggio automatizzati utilizzati per monitorare, supervisionare o valutare l'esecuzione del lavoro dei lavoratori delle piattaforme digitali con mezzi elettronici; nonché (b) ai sistemi decisionali automatizzati utilizzati per prendere o sostenere decisioni che incidono significativamente sulle condizioni di lavoro di tali lavoratori delle piattaforme digitali, ad esempio per quanto riguarda il loro accesso agli incarichi di lavoro, i loro guadagni, la loro salute e la loro sicurezza sul lavoro, il loro orario di lavoro, la loro promozione e la loro situazione contrattuale, compresa la limitazione, la sospensione o la chiusura del loro account*». Cf. V. De Stefano, *The EU Commission's proposal for a Directive on Platfoprm Work: an overview*, en *ILL e-Journal*, 2022, 15, 1-11.

[42] A. Zilli, *Decreto trasparenza: gli obblighi informativi ieri e oggi (intanto, è già domani)*, en *Giustiziacivile.com*, 7 de septiembre de 2022, *https://bit.ly/3z5PWgj* (fecha de última consulta: 22 de octubre de 2022).

[43] Como se observa en la Exposición de motivos de la "Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales" [COM(2021) 762 final 2021/0414(COD)], con referencia a la "Directiva relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles" [Directiva (UE) 2019/1152], «si bien [esta última] Directiva garantiza la transparencia de las condiciones laborales básicas, la obligación de información de los empleadores no abarca el uso de algoritmos en el lugar de trabajo ni la manera en que estos afectan a los trabajadores individuales».

[44] Traducción de I. Ferreras, J. Battilana y D. Méda (Eds.), *Il Manifesto del Lavoro. Democratizzare. Demercificare. Disinquinare*, Castelvecchi, 2020, 29. «El trabajo no es una mercancía»: Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (Declaración de Filadelfia), I a); cf. A. Supiot, *Le travail n'est pas une marchandise. Contenu et sens du travail au XXIe siècle*, Collège de France, 2019; A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010.

mo de la vigilancia"[45], sugiere desarrollar un razonamiento concreto y pragmático sobre la necesidad de favorecer, a todos los niveles, la participación en los procesos decisionales de la empresa de las personas que trabajan. Una participación que, como es sabido, puede expresarse en un heterogéneo espectro de modalidades[46].

La plena valorización del derecho de "información algorítmica" –que se ha hasta aquí argumentado– se enmarca en una visión que concibe el fortalecimiento de las dinámicas y de los espacios participativos de las personas que trabajan, en el cuadro de un plan estratégico más amplio, dirigido a construir un sistema de relaciones industriales cada vez más robusto y adaptado a los nuevos desafíos planteados por los complejos fenómenos que toman forma en la actualidad.

En una fase histórica cuya esencia está perfectamente expresada en el emblemático doble arquetipo de la "innovación" y de la "transición" (digital, energética, profesional, etc.), la participación –o, más correctamente, el protagonismo en un conjunto heterogéneo de formas– de las personas que trabajan, en los procesos de innovación y digitalización de la organización del trabajo en la empresa, se considera elemento imprescindible, sobre todo de cara a la consecución de los objetivos de recuperación –social y no solamente económica– post pandémica.

Se trata de un tema crucial que, como ha sido oportunamente destacado en ámbito sindical en Italia –en el marco de una interesante propuesta de innovadora regulación del trabajo, la así llamada *"Carta dei diritti universali del lavoro. Nuovo Statuto di tutte le lavoratrici e di tutti i lavoratori. Patrimonio di libertà"*[47]– parece oportuno no separar de otros grandes temas del trabajo: *«sarebbe utile anche evitare di inquadrare questo tema come un punto separato da altri elementi che possono fondare un nuovo diritto del lavoro»*[48].

Efectivamente, se advierte la necesidad de promover e impulsar un debate multidisciplinario e inclusivo que sitúe en el centro de la reflexión la ampliación del perímetro de los derechos y de los mecanismos tuitivos de las personas que trabajan, ante la metamorfosis extensiva de los sistemas de gestión de recursos humanos, facilitada por la automatización de los procesos y el uso sistemático de algoritmos en la toma de decisiones y, más en general, en el ejercicio de los poderes empresariales[49].

Es en este contexto que tiene que contextualizarse la propuesta de un fortalecimiento de los derechos de información y de las correspondientes obligaciones empresariales (superando, así, orientaciones hermenéuticas, también jurisprudenciales, caracterizadas por un enfoque restrictivo de los derechos de información[50]): el acceso a una información tan relevante para las personas trabajadoras constituye un instrumento indispensable de

[45] S. Zuboff, *La era del capitalismo de la vigilancia*, Paidós, 2020.

[46] S. Lafuente Hernández, *Democracia real en el trabajo como respuesta a la crisis democrática*, en B. Estrada y G. Flores (Coords.), *Repensar la economía desde la democracia*, Catarata, 2020, 70: «la democracia en el trabajo se declina en formas muy diversas en la practica».

[47] CGIL, *Carta dei diritti universali del lavoro. Nuovo Statuto di tutte le lavoratrici e di tutti i lavoratori. Patrimonio di libertà*, *https://bit.ly/3DlCyaj* (fecha de última consulta: 19 de octubre de 2022). Véase, en particular, el artículo 39, sobre *"Diritti di informazione, di consultazione e di contrattazione dei rappresentanti dei lavoratori finalizzati al controllo delle decisioni delle imprese e alla partecipazione alla loro assunzione e partecipazione dei lavoratori ai risultati delle imprese"*.

[48] CGIL, *Audizione informale - Proposte di legge C. 139 Cirielli, C. 695 Polverini, C. 1986 Mollicone, C. 2370 Molinari e C. 3138 Librandi, recanti disposizioni in materia di partecipazione dei lavoratori alla gestione dell'impresa, Commissioni riunite VI (Finanze) e XI (Lavoro Pubblico e Privato), Camera dei Deputati*, 15 de febrero de 2022, *https://bit.ly/3ShyX1u* (fecha de última consulta: 18 de octubre de 2022), 1-2.

[49] R. Gómez Gordillo, *Algoritmos y derecho de información de la representación de las personas trabajadoras*, en *Temas Laborales*, 2021, 157, 163.

[50] Véase, por ejemplo, STS de 2 de noviembre de 1999 (rec. 1387/1999), citada en R. Gómez Gordillo, *Algoritmos y derecho de información de la representación de las personas trabajadoras*, en *Temas Laborales*, 2021, 157, 167.

emancipación y empoderamiento de las mismas.

Todos los esfuerzos de democratización del trabajo tienen que proyectarse hacia la plena valorización del papel de la negociación colectiva y, más en general, de la autonomía colectiva y de las relaciones industriales, sin endurecer innecesariamente el perfil de actuación de las dinámicas participativas, pero sí reforzando las modalidades de información y consulta y el perfil sancionador en caso de incumplimiento[51].

Previsión de procedimientos formales para el cumplimiento de las obligaciones empresariales de información, definiendo una trayectoria de elaboración de comités paritarios para el estudio compartido y la confrontación sobre temas claves de la digitalización del trabajo y –sobre todo– de su organización, representan una urgencia, a la que parece oportuno dar respuestas también en ámbito europeo.

Al respecto, se señala la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de diciembre de 2021, "sobre la democracia en el trabajo: un marco europeo para los derechos de participación de los trabajadores y revisión de la Directiva sobre el comité de empresa europeo", que pide expresamente «a la Comisión y a los Estados miembros que promuevan el refuerzo de los derechos de información y consulta (…)» (puntos 17-30), en el contexto de elaboración de un «nuevo marco para la información, la consulta y la representación en los consejos de administración».

En este escenario, el ordenamiento jurídico español –gracias a la reciente intervención del RDL 9/2021– se sitúa en una posición privilegiada, para impulsar un cambio que se oriente hacia el fortalecimiento de las herramientas de democracia industrial.

Totalmente compartida es la reflexión que, en ámbito sindical, ha puesto en luz que «La democratización de la empresa y la participación de los trabajadores en ella es una de las mayores aspiraciones desde una perspectiva del interés social de la economía. El movimiento sindical y el conjunto de la sociedad no pueden renunciar a que las decisiones de inversión privada se tomen teniendo en cuenta el interés general»[52].

Es necesario promover, a todos los niveles, un refuerzo significativo de los instrumentos de participación de las personas que trabajan, situando semejante esfuerzo dentro de un más amplio marco innovador, que abarca la misma idea de impulsar un nuevo contrato social[53]: «renovar y fortalecer un nuevo contrato social (y revitalizar el Estado de bienestar) adecuado para los trabajadores y trabajadoras y las mayorías sociales del siglo XXI, que requiere de una profunda batalla cultural y de las ideas para anclar los valores de solidaridad, cooperación, igualdad, libertad y democracia»[54].

De hecho, en un contexto en el que la mirada parece proyectarse hacia relaciones laborales enteramente "situadas" en el desmaterializado escenario del "metaverso", cabe reforzar la participación colectiva en el mundo real, físico, relacional y social[55].

---

[51] CGIL, *Audizione informale - Proposte di legge C. 139 Cirielli, C. 695 Polverini, C. 1986 Mollicone, C. 2370 Molinari e C. 3138 Librandi, recanti disposizioni in materia di partecipazione dei lavoratori alla gestione dell'impresa, Commissioni riunite VI (Finanze) e XI (Lavoro Pubblico e Privato), Camera dei Deputati*, 15 de febrero de 2022, *https://bit.ly/3ShyX1u* (fecha de última consulta: 18 de octubre de 2022), 3.

[52] SORDO, U. *Repensar la economía con las trabajadoras y trabajadores*, en B. ESTRADA y F. FLORES (Coords.), *Repensar la economía desde la democracia*, Catarata, 2020, 13.

[53] L. VELASCO, *¿Te va a sustituir un algoritmo? El futuro del trabajo en España*, Turner, 2021, 147: «Hay que repensar la educación, la sanidad, la protección social, el pacto intergeneracional, los impuestos, prácticamente el modelo capitalista en sí. Tenemos que acordar nuevos términos sobre una realidad que ha cambiado (…)».

[54] AA.VV., *Los pilares de un nuevo contrato social del siglo XXI*, en *Gaceta Sindical*, 2022, 484, 1. Véase también SORDO, U. *Los sindicatos y el nuevo contrato social*, Catarata, 2022.

[55] L. LÓPEZ CUMBRE, *Relaciones laborales "por", "para" y "en" el metaverso*, en *Diario La Ley*, 21 de marzo de 2022, 10033, 6.

Puede afirmarse que, entre las prioridades estratégicas del trabajo contemporáneo, se advierte –en particular, frente a la transformación digital de los paradigmas organizativos– la necesidad de elaborar una transición social y profesional (así como ecológica) justa, equitativa e inclusiva, que se enmarque en el más amplio proceso de escritura e implantación de un nuevo contrato social, que se base, entre otras cosas, en una imprescindible acción de democratización, a todos los niveles, y con el fundamental protagonismo de los agentes sociales.

Solamente así se podrán sentar bases sólidas para una efectiva democratización del trabajo, que abarque una heterogeneidad de fórmulas participativas y que identifique en la dimensión informativa el núcleo duro, el epicentro de un amplio abanico de herramientas.

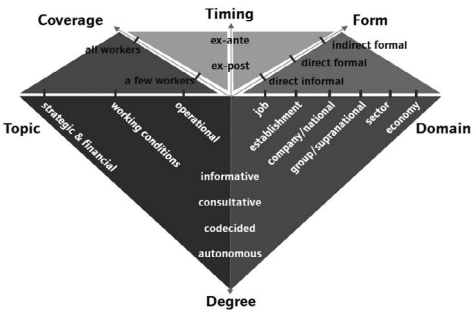
Precisamente la valorización de la información de los representantes de las personas trabajadoras, sobre todo y en particular con respecto a los desafíos de la digitalización de la organización del trabajo, encierra un potencial extraordinario, exigiendo para su aplicación concreta un imprescindible cambio de paradigma y una crucial evolución en la cultura empresarial, que se proyecte hacia nuevas fronteras de participación y democracia.

En otras palabras, es a partir del núcleo vital del así llamado "diamante de la democracia en el trabajo"[56] que es preciso partir para explorar nuevas soluciones inclusivas de participación, con coberturas, formas y ámbitos diferentes, a la altura de los desafíos sin precedentes que el futuro próximo se dispone a plantear.

Construir –en particular, a nivel europeo– una visión de medio-largo plazo, que identifique como palanca fundamental una intervención estructural, en la óptica de la corrección de la asimetría informativa en la relación laboral representa una urgencia.

4. CONCLUSIONES

Como se ha dicho, la digitalización merece ser considerada como «proceso social en construcción»[57]: un «proceso de colaboración»[58], «cuyos límites y efectos están aún por explorar en toda su profundidad»[59], en el marco del cual la participación de las personas que trabajan –a nivel colectivo y no meramente



[56] S. De Spiegelaere, A. Hoffmann, R. Jagodzinski, S. Lafuente Hernández, Z. Rasnaca y S. Vitols, *Democracy at work*, en *Benchmarking Working Europe 2019*, ETUI, 2019, 71:

[57] P. Rodríguez-Ramos Velasco (Dir.), *Transición digital en Andalucía: realidades y desafíos*. Informe, Consejo Económico y Social de Andalucía, 2020, 30: «la digitalización de la economía es un proceso social en construcción, con un ritmo vertiginoso, que puede y debe de ser gobernado con la participación activa de las Administraciones Públicas y los interlocutores sociales, con el objeto de impulsar una transición justa e inclusiva que favorezca la creación de puestos de trabajo en todos los ámbitos y contribuya a prever y mitigar los riesgos de segmentación y exclusión social».

[58] European Social Partners, *European Social Partners Autonomous Framework Agreement on Digitalisation*, *www.etuc.org/en/document/eu-social-partners-agreement-digitalisation*, 22 de junio de 2020, 5 (fecha de última consulta: 23 de octubre de 2021). Para la versión en castellano (Acuerdo marco europeo de los interlocutores sociales sobre digitalización), véase la edición de la Secretaría Confederal de Acción Sindical de CC.OO.: *www.ccoo.es/3ec9e3ddff84034c1a796cb52ac84c09000001.pdf* (fecha de última consulta: 23 de octubre de 2021).

[59] J.F. Prieto y R. Boto Gil, *Introducción*, en *Guía Negociación Colectiva y Digitalización 2020 – Cuadernos de acción sindical de CC.OO.*, 2020, 9, 7. Cf. CC.OO., *La digitalización y la industria 4.0. Impacto industrial y laboral*, Industria CC.OO, 2017.

individual[60]– constituye el paradigma metodológico fundacional de un modelo de digitalización centrada en la persona en general y de la persona que trabaja en particular[61].

Precisamente esta visión "antropocéntrica" de la digitalización, en opinión de quien escribe, debe representar el enfoque orientador de un proceso de cambio de paradigma y de "transición justa", que solamente una gobernanza conjunta de los fenómenos de digitalización del trabajo y de su organización en la empresa puede conseguir[62].

La rapidez y la imprevisibilidad de la evolución tecnológica digital –cada vez más orientada a la contaminación e hibridación *"human-machine"*– sugiere privilegiar herramientas jurídicas robustas, pero al mismo tiempo dinámicas y adaptables en los perfiles de aplicación.

Como escribe Antonio Baylos Grau, «las transiciones son largas y el actual periodo histórico parece iniciar una fase de las mismas cuyo destino final no se puede conocer. Pero la presencia del sindicato con un papel determinante en estas parece asegurada»[63].

Y, de hecho, el mismo sindicato y, en general, la representación de los intereses de las personas que trabajan constituye valor fundamental e imprescindible, esencial para la democracia, a pesar de las objetivas «dificultades de las históricas organizaciones de los intereses»[64] y de los cuerpos intermedios, frente a las tendencias hacia la desintermediación promovidas por algoritmos insensibles a la intervención humana[65].

La acentuación de la vulnerabilidad de las personas que trabajan hoy en día, con la constante y penetrante intervención –manifiesta u oculta– de algoritmos de última generación, hace indispensable una convencida expansión de los espacios de participación de los representantes de las mismas, con el fin fundamental de garantizar la protección de los derechos.

Como destaca autorizada doctrina: «ante los riesgos de la economía digital el papel de la regulación jurídica, y por tanto la regulación colectiva, es necesario como "dosificador" o "limitador" de velocidad de los cambios, para evitar la desconexión entre las tecnologías, las personas y las instituciones laborales»[66].

---

[60] Sobre el tema, se señala C. Sáez Lara, *Gestión algorítmica empresarial y tutela colectiva de los derechos laborales*, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2022, 40, 283-300. Cf. Z. Bauman, *La solitudine del cittadino globale*, Milán, 2008 evoca la interesante idea de «soledad del ciudadano global» (traducción).

[61] Comité Económico y Social Europeo, *Dictamen sobre la "Inteligencia Artificial": las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la* sociedad, DOUE C-288, 31 de agosto de 2017, § 3.24: «los poderes públicos y los interlocutores sociales tienen la posibilidad de determinar cómo se desarrollará»; cf. J.M. Goerlich Peset, *Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo*, en *Revista de Traball, Economía i Societat*, 2019, 92, 4. cf. M. Breque, L. De Nul y A. Petridis (Comisión Europea – Dirección General para la Investigación y la Innovación), *Industry 5.0. Towards a sustainable, human-centric and resilient European industry*, Comisión Europea, 2021, 18.

[62] Sobre la noción de "transición justa" -*«multifaceted concept»*- amplia es la producción científico-doctrinal: v., *ex plurimis*: J. Escribano Gutiérrez, *Convenios de transición justa: perspectivas jurídico-laborales*, en C. Chacartegui Jávega (Coord.), *Condiciones de trabajo decente para una transición ecológica justa*, Tirant Lo Blanch, 2021, 119-148; M. Mandelli, *Mapping eco-social policy mixes for a just transition in Europe*, en *ETUI Working Papers*, 2022, 15; S. Theodoropoulou, M. Akgüç y J. Wall, *Balancing objectives? Just transition in national recovery and resilience plans*, en *ETUI Working Papers*, 2022, 11.

[63] A. Baylos Grau, *¿Para qué sirve un sindicato?*, Catarata, 2021, 174.

[64] P. Tullini, *L'economia digitale alla prova dell'interesse collettivo*, en *Labour & Law Issues*, 2018, 1, 4.

[65] M.L. Rodríguez Copé, *El difícil papel del sindicato de clase en la gig-economy: viejas y nuevas fórmulas para crear comunidad ante la dispersión, la diversificación y el conflicto*, en J.M. Gómez Muñoz (Dir.), *Sindicalismo y capitalismo digital: los límites del conflicto*, Bomarzo, 2021, 227-272.

[66] F. Navarro Nieto, *Representación y acción sindical en la economía digital*, en J.M. Gómez Muñoz (Dir.), *Sindicalismo y capitalismo digital: los límites del conflicto*, Bomarzo, 2021, 25. V. también A. Costa Reyes, *Trabajo en la empresa digital y negociación colectiva manifestaciones y limitaciones en el marco jurídico actual en relación a las plataformas digitales de transporte urbano*, en J.M. Gómez Muñoz (Dir.), *Nuevas formas de negociación colectiva en la empresa digital*, Bomarzo, 2021, 51-98.

Una actitud y una predisposición al cambio parecen indispensables, con respecto, tanto a la elaboración de nuevas formas de ejercicio de la acción sindical, como a la experimentación de soluciones y modelos participativos innovadores: con especial referencia a estos últimos, cabe destacar la necesidad de desarrollar un control cognitivo y un espacio dialógico en el proceso de digitalización del trabajo en la empresa.

Como ha sido puesto en luz por autorizada doctrina, «los procesos de automatización no pueden desarrollarse sobre la base de un impulso empresarial exclusivo y excluyente», siendo «necesario garantizar la presencia del sindicato en la gestión de los procesos de innovación tecnológica»[67].

Procesos, estos últimos, que se caracterizan por ser magmáticos, difícilmente previsibles y clasificables en estructuras conceptuales rígidas: un arquetipo de esta fluidez puede ser identificado en el "metaverso", emblemática compenetración entre realidad física y realidad virtual[68], que ve a la persona que trabaja coprotagonista, junto con la "máquina", de una inédita integración e hibridación (piénsese en el "operador 4.0", coadyuvado en su trabajo por *"cobots"*, robots colaborativos)[69].

En definitiva, para que los procesos de innovación digital puedan ser efectivamente centrados en la persona, resulta indispensable que sean compartidos, con la necesaria contribución de las personas que trabajan, a través de sus representantes: para que este objetivo participativo pueda ser alcanzado, pero, imprescindible es la eficaz concreción de la perspectiva básica de democratización en el trabajo, que se basa en un acceso –tempestivo, completo, eficaz– a la información sobre los mismos algoritmos, que generen impactos en la relación laboral.

Como ha destacado autorizada doctrina, «sólo una profunda renovación de la estrategia de los sujetos de las relaciones laborales y un marco político-institucional favorable a una cultura de la participación (y un apoyo estatal a políticas empresariales basadas en la innovación, la formación y la competitividad) pueden contribuir a modificar la inercia»[70] cultural que caracteriza el tema de la participación y de la democracia en el trabajo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AA.VV. (2022), *Los pilares de un nuevo contrato social del siglo XXI*, en *Gaceta Sindical*, 484, 1-3.

Álvarez Alonso, D. (2020), *Representación y participación de los trabajadores en la empresa. Estudio de jurisprudencia y perspectivas de futuro*, Tirant Lo Blanch.

Bauman, Z. (2008), *La solitudine del cittadino globale*, Feltrinelli.

Baylos Grau, A. (2021), *A vueltas con el algoritmo: derechos de información y negociación colectiva*, en *Según Antonio Baylos. Información, discusión y propuestas sobre las relaciones de trabajo y la ciudadanía social*, 20 de mayo, https://baylos.blogspot.com/2021/05/a-vueltas-con-el-algoritmo-derechos-de.html (fecha de última consulta: 16 de octubre de 2021).

Baylos Grau, A. (2021), *¿Para qué sirve un sindicato?*, Catarata.

[67] J.M. Goerlich Peset, *Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo*, en *Revista de Traball, Economía i Societat*, 2019, 92, 6.

[68] M.A. Sánchez-Vallejo, *Facebook cambia el nombre de su matriz por Meta en medio de una grave crisis de reputación*, en *El País*, 28 de octubre de 2021, *https://elpais.com/tecnologia/2021-10-28/meta-el-nuevo-nombre-de-la-compania-de-facebook.html?prm-=copy_link* (fecha de última consulta: 30 de octubre de 2021).

[69] M. Breque, L. De Nul y A. Petridis (Comisión Europea – Dirección General para la Investigación y la Innovación), *Industry 5.0. Towards a sustainable, human-centric and resilient European industry*, Comisión Europea, 2021. Véase D. Romero, J. Stahre, T. Wuest, O. Noran, P. Bernus, A. Fast-Berglund y D. Gorecky, *Towards an operator 4.0 typology: a human-centric perspective on the fourth industrial revolution technologies*, en *Proceedings of the International Conference on Computers and Industrial Engineering*, 2016, 1 y 9; J.E. Colgate, W. Wannasuphoprasit y M.A. Peshkin, *Cobots: robots for collaboration with human operators*, en *Proceedings of the International Mechanical Engineering Congress and Exhibition*, 1996, 58, 433-439.

[70] F. Navarro Nieto, *Los derechos de participación de los trabajadores en el nuevo escenario del Derecho del Trabajo en España*, Tirant Lo Blanch, 2015, 18.

BIANCHI M.T., FAIOLI D. y FAIOLI, M. (2019), *Fintech. Trasformazioni del sistema bancario. Tecnologia, big data, regolazione e lavoro*, en *Working Papers Fondazione G. Brodolini*, 16, 1-56.

BINI, S. (2021), *La dimensión colectiva de la digitalización del trabajo*, Bomarzo.

BINI, S. (2022), *Introduction to Blockchain: Between "Autonomisation" and Automatization, Challenges and Risks for Labour Law*, en T. ADDABBO, E. ALES, Y. CURZI, T. FABBRI, O. RYMKEVICH, I. SENATORI (Eds.), *Defining and Protecting Autonomous Work. A Multidisciplinary Approach*, Palgrave MacMillan, 123-141.

BORNENGO, M. y CANAUZ M. (Eds.) (2002), *Anatomia della negoziazione sindacale*, Franco Angeli.

BREQUE, M., DE NUL, L. y PETRIDIS, A. (COMISIÓN EUROPEA – DIRECCIÓN GENERAL PARA LA INVESTIGACIÓN Y LA INNOVACIÓN) (2021), *Industry 5.0. Towards a sustainable, human-centric and resilient European industry*, Comisión Europea.

BYUNG CHUL, HAN, B. (2022), *La sociedad del cansancio*, Herder.

COLGATE, J.E., WANNASUPHOPRASIT W. y PESHKIN M.A. (1996), *Cobots: robots for collaboration with human operators*, en *Proceedings of the International Mechanical Engineering Congress and Exhibition*, 58, 433-439.

CORREA CARRASCO, M. (2021), *Autonomía colectiva y Derecho del Trabajo: pasado, presente y futuro*, en C. SÁEZ LARA, F. NAVARRO NIETO y P. GÓMEZ CABALLERO (Dirs.), *Los desafíos del Derecho del trabajo ante el cambio económico y social. Libro en homenaje a Federico DURÁN LÓPEZ*, Iustel, 409-418.

COSTA REYES, A. (2021), *Trabajo en la empresa digital y negociación colectiva manifestaciones y limitaciones en el marco jurídico actual en relación a las plataformas digitales de transporte urbano*, en J.M. GÓMEZ MUÑOZ (Dir.), *Nuevas formas de negociación colectiva en la empresa digital*, Bomarzo, 51-98.

CROUCH, C. (2019), *Se il lavoro si fa gig*, Il Mulino.

DE SPIEGELAERE, S., HOFFMANN, A., JAGODZINSKI, R., LAFUENTE HERNÁNDEZ, S., RASNACA, Z. y VITOLS, S., *Democracy at work*, en *Benchmarking Working Europe 2019*, ETUI, 2019, 67-89.

DE STEFANO, V. (2018), *Negotiating the algorithm*, in *Working paper*, ILO, 246, 21-22.

DE STEFANO, V. (2022), *The EU Commission's proposal for a Directive on Platfoprm Work: an overview*, en *ILL e-Journal*, 15, 1-11

DOMÍNGUEZ MORALES, A. (2022), *Subcontratación y derechos de información y consulta de la representación legal de las personas trabajadoras*, en E. GARRIDO PÉREZ (Coord.), *Análisis actual de la contratación laboral. XXXIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Junta de Andalucía, 207-242.

ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. (2021), *Convenios de transición justa: perspectivas jurídico-laborales*, en C. CHACARTEGUI JÁVEGA (Coord.), *Condiciones de trabajo decente para una transición ecológica justa*, Tirant Lo Blanch, 119-148.

FAIOLI, M. (2019), *La contrattazione collettiva tra sindacato e imprese finanziarie. Regole, relazioni industriali e bilateralità*, en AA. VV., *Lavorare in banca. Un mondo in evoluzione*, Università Cattolica del Sacro Cuore, 58-72.

FERRERAS I., BATTILANA J. y MÉDA D. (Eds.) (2020), *Il Manifesto del Lavoro. Democratizzare. Demercificare. Disinquinare*, Castelvecchi.

GINÈS I FABRELLAS, A. (2021), *El derecho a conocer el algoritmo: una oportunidad perdida de la "Ley Rider"*, en *IUSLabor*, 2, 1-5.

GOERLICH PESET, J.M. (2019), *Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo*, en *Revista de Traball, Economía i Societat*, 92, 1-26.

GÓMEZ GORDILLO, R. (2021), *Algoritmos y derecho de información de la representación de las personas trabajadoras*, en *Temas Laborales*, 157, 161-182.

LAFUENTE HERNÁNDEZ, S. (2020), *Democracia real en el trabajo como respuesta a la crisis democrática*, en B. ESTRADA y G. FLORES (Coords.), *Repensar la economía desde la democracia*, Catarata, 68-72.

LÓPEZ CUMBRE, L. (2022), *Relaciones laborales "por", "para" y "en" el metaverso*, en *Diario La Ley*, 21 de marzo, 10033.

MANDELLI, M. (2022), *Mapping eco-social policy mixes for a just transition in Europe*, en *ETUI Working Papers*, 15.

MELVILLE, H. (2007), *Bartleby, el escribiente*, Akal.

MIELI, G. y MIELI, A.D. (2020), *Il rapporto di lavoro bancario. Cento anni di contrattazione*, ADAPT University Press.

MOLERO MARAÑÓN, M.L. y VALDÉS DAL RÉ, F. (2014), *Derechos de información y consulta y reestructuración de empresas*, CoMARES.

NAVARRO NIETO, F. (2015), *Los derechos de participación de los trabajadores en el nuevo escenario del Derecho del trabajo en España*, Tirant Lo Blanch.

NAVARRO NIETO, F. (2021), *Introducción al derecho individual del trabajo*, Ediciones Don Folio.

NAVARRO NIETO, F. (2021), *Representación y acción sindical en la economía digital*, en J.M. GÓMEZ MUÑOZ (Dir.), *Sindicalismo y capitalismo digital: los límites del conflicto*, Bomarzo, 15-61.

PÉREZ AMORÓS, F. (2021), *¿Quién vigila al algoritmo?: los derechos de información de los representantes de los repartidores en la empresa sobre los algoritmos de las plataformas de reparto*, en *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 1, 173-187.

PERO, L. y PONZELLINI, A.M. (2015), *Il nuovo lavoro in digitale fra innovazione organizzativa e partecipazione diretta*, en M. CARRIERI, P. NEROZZI y T. TREU (Eds.), *La partecipazione incisiva*, Il Mulino, 45-68.

PERULLI, A. y BRINO, V. (2015), *Manuale di diritto internazionale del lavoro*, GIAPPICHELLI.

PERULLI, A. y SPEZIALE, V. (2022), *Dieci tesi sul diritto del lavoro*, Il Mulino.

PERULLI, A. y TREU, T. (2022), *"In tutte le sue forme e applicazioni". Per un nuovo Statuto del lavoro*, GIAPPICHELLI.

PRIETO, J.F. y BOTO GIL, R. (2020), *Introducción*, en *"Guía Negociación Colectiva y Digitalización 2020" – Cuadernos de acción sindical de CC.OO.*, 9, 7.

RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P. (Dir.) (2020), *Transición digital en Andalucía: realidades y desafíos. Informe*, Consejo Económico y Social de Andalucía.

ROMERO, D., STAHRE, J., WUEST, T., NORAN, O., BERNUS, P., FAST-BERGLUND, A. y GORECKY, D. (2016), *Towards an operator 4.0 typology: a human-centric perspective on the fourth industrial revolution technologies*, en *Proceedings of the International Conference on Computers and Industrial Engineering*, 1-11.

SÁEZ LARA, C. (2022), *Gestión algorítmica empresarial y tutela colectiva de los derechos laborales*, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 40, 283-300.

SÁNCHEZ-VALLEJO, M.A. (2021), *Facebook cambia el nombre de su matriz por Meta en medio de una grave crisis de reputación*, en *El País*, 28 de octubre, https://elpais.com/tecnologia/2021-10-28/meta-el-nuevo-nombre-de-la-compania-de-facebook.html?prm-=copy_link (fecha de última consulta: 30 de octubre de 2021).

SENRA BIEDMA, R. y GÓMEZ MUÑOZ, J.M. (2022), *Comentario al artículo 61 del Estatuto de los Trabajadores "Participación"*, en S. DEL REY GUANTER (Dir.), *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con jurisprudencia*, La Ley.

SORDO, U. (2020), *Repensar la economía con las trabajadoras y trabajadores*, en B. ESTRADA y F. FLORES (Coords.), *Repensar la economía desde la democracia*, Catarata, 13-17.

SORDO, U. (2022), *Los sindicatos y el nuevo contrato social*, Catarata.

SUPIOT, A. (2010), *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Seuil.

SUPIOT, A. (2019), *Le travail n'est pas une marchandise. Contenu et sens du travail au XXIe siècle*, Collège de France.

SUPIOT, (2020), *La sovranità del limite. Giustizia, lavoro e ambiente nell'orizzonte della mondializzazione*, Mimesis.

TESTONI, A. (2014), *Manuale di tecnica di relazioni industriali*, ADAPT University Press y Giuffré.

THEODOROPOULOU, S., AKGÜÇ, M. y WALL, J. (2022), *Balancing objectives? Just transition in national recovery and resilience plans*, en *ETUI Working Papers*, 11.

TODOLÍ SIGNES, A. (2021), *Nueva "Ley Rider". Texto y un pequeño comentario a la norma*, en *Argumentos en Derecho Laboral*, 12 de mayo, https://adriantodoli.com/20-21/05/12/nueva-ley-rider-texto-y-un-pequeno-comentario-a-la-norma (fecha de última consulta: 31 de octubre de 2021).

TREU, T. (2018), *Blockchain, tecnologia a sostegno delle politiche del lavoro*, en *Guida al Lavoro*, 48, 15-16.

TREU, T. (2022), *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, en *Federalismi.it – Focus Lavoro, Persona, Tecnologia*, 9, 190-211.

TULLINI, P. (2018), *L'economia digitale alla prova dell'interesse collettivo*, en *Labour & Law Issues*, 1, 1-15.

VALVERDE ASENCIO, A.J. y GÁLVEZ DURÁN, S. (2022), *Comentario al artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores "Derechos de información y consulta y competencias"*, en S. DEL REY GUANTER (Dir.), *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con jurisprudencia*, La Ley.

VELASCO, L. (2021), *¿Te va a sustituir un algoritmo? El futuro del trabajo en España*, Turner.

ZILLI, A. (2022), *Decreto trasparenza: gli obblighi informativi ieri e oggi (intanto, è già domani)*, en *Giustiziacivile.com*, 7 de septiembre, https://bit.ly/3z5PWgj (fecha de última consulta: 22 de octubre de 2022)

ZUBOFF, S. (2020), *La era del capitalismo de la vigilancia*, Paidós.

* * *

CC.OO. (2017), *La digitalización y la industria 4.0. Impacto industrial y laboral*, Industria CC.OO.

CGIL (2022), *Audizione informale – Proposte di legge C. 139 Cirielli, C. 695 Polverini, C. 1986 Mollicone, C. 2370 Molinari e C. 3138 Librandi, recanti disposizioni in materia di partecipazione dei lavoratori alla gestione dell'impresa*, *Commissioni riunite VI (Finanze) e XI (Lavoro Pubblico e Privato), Camera dei Deputati*, 15 de febrero, https://bit.ly/3ShyX1u (fecha de última consulta: 18 de octubre de 2022).

CGIL (2022), *Carta dei diritti universali del lavoro. Nuovo Statuto di tutte le lavoratrici e di tutti i lavoratori. Patrimonio di libertà*, https://bit.ly/3DlCyaj (fecha de última consulta: 19 de octubre de 2022).

Comité Económico y Social Europeo (2017), *Dictamen sobre la "Inteligencia Artificial": las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la* sociedad, DOUE C-288, 31 de agosto.

European Social Partners (2020), *European Social Partners Autonomous Framework Agreement on Digitalisation*, www.etuc.org/en/document/eu-social-partners-agreement-digitalisation, 22 de junio (fecha de última consulta: 23 de octubre de 2021). Para la versión en castellano (Acuerdo marco europeo de los interlocutores sociales sobre digitalización), véase la edición de la Secretaría Confederal de Acción Sindical de CC.OO.: www.ccoo.es/3ec9e3ddff84034c1a796c-b52ac84c09000001.pdf, 13 (fecha de última consulta: 23 de octubre de 2021).

OIT (2022), *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo. Tendencias 2022*, PRODOC-OIT.

El impacto de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo*

The impact of the European Court of Human Rights on the case law of the Social Chamber of the Spanish Supreme Court

IVÁN ANTONIO RODRÍGUEZ CARDO**

https://doi.org/10.55617/revmites.34

Resumen: El impacto de las sentencias del TEDH es cada vez mayor en los ordenamientos nacionales, pues, por un lado, el número de asuntos que conoce ha crecido y, por otro, sus argumentos y fallos disfrutan de más publicidad gracias a las nuevas tecnologías, lo que unido a cierta «superioridad moral» –y al impulso del control de convencionalidad– obliga a adaptar las normas e interpretaciones de los distintos Estados con el fin de acomodarlas a su doctrina y, en último término, al Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal Supremo puede jugar un papel muy relevante en esa acomodación, como un actor que contribuya a la recepción y a la efectividad de la doctrina del TEDH. El presente estudio tiene como finalidad detectar los ámbitos donde la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se ha apoyado en la doctrina del Tribunal de Estrasburgo e identificar en qué materias esas sentencias han motivado un cambio de criterio.

Palabras clave: Tribunal Supremo; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; jurisprudencia; derechos fundamentales; derechos humanos; igualdad y no discriminación.

Abstract: The impact of the ECHR judgments has increased in recent years. The main reasons are probably these two. First, the number of issues raised before the ECHR has grown. Second, its rulings enjoy more publicity thanks to the new technologies, which, together with some sort of "moral superiority", lead to changes both in Law and in case law in order to accommodate them to the European Convention of Human Rights. The Supreme Court may play a very relevant role in this accommodation, as an actor that contributes to the reception and effectiveness of the ECHR case law. The purpose of this paper is to detect the areas where the Social Chamber of the Supreme Court has relied on the doctrine of the ECHR and to identify changes in its doctrine motivated precisely by the ECHR rulings.

Keywords: Supreme Court; ECHR; case law; fundamental rights; human rights; equality and non-discrimination.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+i que lleva por título "El impacto de los cambios tecnológicos, económicos y sociales", financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y dirigido por María Antonia Castro Argüelles e Iván Antonio Rodríguez Cardo (referencia: PID2020-118499GB-C32).

** Profesor Titular de Universidad. Universidad de Oviedo. Experto nacional en la *European Labour Law Network*.

INTRODUCCIÓN

La integración del derecho internacional o supranacional en un ordenamiento interno se enfrenta en ocasiones a ciertos obstáculos, y no es por tanto un proceso automatizado o carente de cualquier necesidad de exégesis. Las normas internas son interpretadas por los tribunales nacionales, mientras que algunas normas supranacionales o internacionales cuentan con mecanismos propios de interpretación y garantía, con el fin de facilitar que desplieguen iguales efectos en todo su ámbito de aplicación. El panorama se complica cuando las materias afectadas no son exclusivas del ámbito nacional o de ese otro contexto más amplio, sino que tienen puntos de conexión que, en último término, podrían provocar desajustes o, en casos más graves, incoherencias en el ordenamiento jurídico.

Así puede suceder, muy marcadamente, en relación con los derechos de rango más elevado, que se han dado en llamar «humanos» o «fundamentales». Se trata de derechos de ya larga tradición, reconocidos a nivel interno e internacional y con un gran bagaje, pero que exigen una constante revisión para garantizar que se adaptan en todo momento a la fisonomía y rasgos de una sociedad cada vez más cambiante. Además, son derechos en cuya configuración intervienen, de una u otra forma, instancias muy distintas, no sólo en el momento del reconocimiento y primer diseño normativo de sus perfiles, sino también en su interpretación.

En otras épocas, la evolución de esos derechos dependía esencialmente del Tribunal Constitucional, con la imprescindible colaboración de los tribunales ordinarios, y en particular del Tribunal Supremo, pero era el TC el que debía elaborar y consolidar una doctrina que clarificase las facultades y el alcance que podía atribuirse a un derecho concreto. Sin embargo, el TJUE y el TEDH han ido cobrando progresivamente un mayor protagonismo, dentro del ámbito de sus competencias, y ya no es viable abordar el contenido de un determinado derecho fundamental sin tener muy presente su doctrina.

La coherencia del ordenamiento exige, lógicamente, que todos esos órganos caminen en la misma dirección, pues de lo contrario la inseguridad jurídica resultaría insoportable. El diálogo entre tribunales deviene imprescindible y el Tribunal Supremo no puede ser ajeno a esa realidad. En efecto, no es inusual que la jurisprudencia remita a criterios de otros tribunales, y en particular del TEDH, pues, como se sabe, «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» (art. 10.2 CE).

Es probable que el TS no sea el agente principal en esa labor de acomodar y dar coherencia a las decisiones de los distintos tribunales, pues es un contexto donde el TC, el TJUE y el TEDH cuentan con atribuciones más naturales y están llamados a entenderse; además, tampoco es el orden social el que haya de sufrir un mayor impacto por la intervención de esos otros órganos, mucho más relevantes para el proceso penal, por ejemplo. Sea como fuere, el TS es un actor decisivo en la difusión y consolidación de la doctrina que emana de los tribunales supranacionales y los derechos fundamentales/humanos no son en absoluto desconocidos ni irrelevantes en el orden social, más bien al contrario. Por ello, resulta necesario analizar en qué medida el TS ha recogido los criterios sentados por el TEDH, tanto desde un punto de vista cuantitativo, con indicación de las materias donde se aprecia la influencia, como cualitativo, para comprobar el grado de aceptación o, en su caso, resistencia a la aplicación de la doctrina del TEDH. Conviene también señalar, por cierto, que el impacto de la doctrina del TEDH es muy superior al de los criterios del Comité Europeo de Derechos Sociales, toda vez que este no es un órgano jurisdiccional y el Tribunal Supremo hasta el momento no ha

incorporado expresamente a sus razonamientos el sentir del Comité, rechazando expresamente que sus Decisiones puedan utilizarse como sentencias de contraste en el recurso de casación para unificación de doctrina.

DOS CUESTIONES PRELIMINARES: LA INVOCACIÓN DE SENTENCIAS DEL TEDH COMO RESOLUCIONES CONTRADICTORIAS EN EL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA Y EL EFECTO VINCULANTE DE LAS DECISIONES DEL TEDH

El art. 217 de la ya derogada LPL, aprobada por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, disponía que el recurso de casación para la unificación de doctrina «tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos». Por consiguiente, la admisión del recurso quedaba supeditada a que la sentencia recurrida hubiera resuelto el supuesto de hecho controvertido de forma diferente a otros TSJ o al propio TS, rechazándose expresamente la contradicción cuando la sentencia de contraste invocada provenía del TEDH[1].

Desde una perspectiva tradicional, parece lógico que el legislador se decantase inicialmente por constreñir las sentencias de contraste a las emanadas de un TSJ o del propio TS, por el propósito de conseguir una interpretación uniforme en todo el territorio y con la intención de que este recurso quedara circunscrito a la jurisdicción ordinaria y, en particular, a la doctrina de los órganos jurisdiccionales directamente concernidos por las leyes de procedimiento laboral. Sin embargo, es claro que en los últimos años la jurisprudencia del TC y la doctrina de algunos tribunales supranacionales, y en particular el TEDH y el TJUE, han cobrado un notable protagonismo en algunas parcelas de lo social, hasta el punto de rectificar criterios interpretativos de la jurisdicción social ordinaria, obligando a modificar doctrinas en muchos casos consolidadas. Los tribunales del orden social no han sido especialmente reacios o reticentes a incorporar ese bagaje, sino que en ocasiones incluso adoptan una posición o enfoque más activo –o activista–, solicitando explícitamente aclaraciones a través de la cuestión prejudicial ante el TJUE.

No es por tanto extraño que el legislador, en la actualización de las reglas del proceso laboral, diera entrada, a efectos de apreciar la imprescindible contradicción en esta modalidad de recurso de casación, a sentencias de esos otros tribunales que en la práctica ya venían influenciando de manera decisiva al orden social, pues de lo contrario se corre el riesgo de perpetuar artificialmente criterios basados en legalidad ordinaria que son contrarios a normas, valores o principios con una posición preeminente en el ordenamiento. En ese contexto, el art. 219 LRJS permite ahora alegar como doctrina de contradicción «la establecida en las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España, siempre que se cumplan los presupuestos del número anterior referidos a la pretensión de tutela de tales derechos y libertades», si bien no cabe olvidar que la «sentencia que resuelva el recurso se limitará, en dicho punto de contradicción, a conceder o denegar la tutela del derecho o libertad invocados, en función de la aplicabilidad de dicha doctrina al supuesto planteado». Se añade asimismo que, «con iguales requisitos y alcance sobre su aplicabilidad, podrá invocarse

[1] *Vid.* ATS de 3-3-2011 (recurso 946/2010).

la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en interpretación del derecho comunitario».

Va de suyo que la admisión de recursos de casación para unificación de doctrina cuando la sentencia de contraste invocada no provenga de un órgano de la jurisdicción ordinaria exige cierta flexibilización de los criterios previos, al menos si se pretende que las sentencias del TC y de tribunales supranacionales puedan jugar un papel en esta peculiar, y desde luego muy relevante, vía de impugnación. Esta flexibilización no tuvo lugar de forma espontánea, pero aparentemente no generó gran resistencia, como demuestra el "Acuerdo no jurisdiccional" de 11 de febrero de 2015[2], adoptado por la Sala de lo Social del TS con la intención, a buen seguro, de clarificar ante los operadores jurídicos que el acceso a la casación para unificación de doctrina a través de este conducto era realmente posible.

En efecto, la extensión del espectro de resoluciones impugnables se enfrenta con algunas dificultades técnicas adicionales, especialmente en el supuesto de tribunales supranacionales, toda vez que el recurso de casación para unificación de doctrina requiere que ante «hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos» (art. 219.1 LRJS). Muchas de esas sentencias de tribunales supranacionales traen causa de la aplicación de un derecho extranjero, por lo que la mayor o menor relevancia de esta ampliación del espectro de decisiones que han de tomarse en consideración depende, a la postre, de cómo se interprete esa «sustancial igualdad». A tal efecto, el propio Tribunal Supremo ha advertido de que caben dos opciones exegéticas.

La primera de ellas, seguramente la que se presenta *prima facie* como la más natural, consiste en considerar que esa referencia remite de manera «simple y pura a la prescripción del art. 219.1 LRJS sobre la exigencia de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales", igualdad sustancial en el substrato previo a los respectivos fallos (de la sentencia recurrida y de la de contraste)». Sin embargo, el TS rechaza esa interpretación porque entiende que una extensión de la doctrina tradicional sobre los requisitos de acceso a la contradicción, formulada en términos muy rigurosos, «conduciría a vaciar de contenido la apertura realizada por el art. 219.2 LRJS cuya evidente finalidad es la de facilitar y potenciar una adecuación de la doctrina jurisdiccional ordinaria a la doctrina constitucional, finalidad que difícilmente se alcanzaría si se exigiera esa igualdad sustancial en hechos, fundamentos y pretensiones entre las sentencias comparadas, la sentencia ordinaria y la sentencia constitucional; y más difícil aún sería si la sentencia que se aporta como contradictoria es una procedente de un órgano jurisdiccional internacional o comunitario»[3].

Por consiguiente, se propugna la aplicación de «criterios más flexibles ante las mayores dificultades de cotejo, especialmente en el aspecto fáctico, teniendo presente la finalidad que ha inspirado la introducción de estas sentencias como posibles contradictorias por parte de la LRJS, sin olvidar que la protección que puede otorgar a los derechos fundamentales es únicamente la que está comprendida dentro de su jurisdicción»[4]. En este sentido, se advierte que el legislador ha «relajado la contradicción», pero ello «no significa que la misma haya desaparecido, pues el contraste de doctrinas se permite "siempre que se cumplan los presupuestos del número anterior"», de modo que «no es necesario que las pretensiones sean idénticas, aunque sí los debates sobre vulneración del derecho; desde la perspectiva del derecho constitucional invocado, las situaciones sí han de ser homogéneas pues de lo contrario no podía hablarse de contradicción

[2] http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdo-no-jurisdiccional-de-11-de-febrero-de-2015--del-Pleno-de-la-Sala-de-lo-Social-del-Tribunal-Supremo.

[3] Cfr. STS de 14-11-2014 (recurso 1839/2013).

[4] Cfr. STS de 12-9-2017 (recurso 2805/2015).

entre doctrinas. En suma, no se exige la identidad integral habitual ("hechos, fundamentos y prensiones") pero sí la homogeneidad en los debates (problema suscitado)»[5].

El TS defiende, por tanto, que la «igualdad sustancial debe venir referida a la pretensión de tutela del derecho constitucional de que se trate (o, en su caso, de alguno de los derechos humanos o libertades fundamentales)». Es decir, ha de «prescindirse de la búsqueda de coincidencias sustanciales en las relaciones sustantivas que dieron origen a los respectivos litigios, así como de las pretensiones que los motivaron y los fundamentos en los que las partes apoyaron sus exigencias frente al adversario», de modo que la «comparación quedará limitada al supuesto que origina la pretensión de tutela, pues de no existir coincidencia, la doctrina invocada de contraste no sería de aplicación»[6].

Esta diferente perspectiva de aproximación exige poner el foco en el derecho fundamental que entra en juego y, dentro de él, en la parcela concreta de ese derecho fundamental afectada en el caso litigioso, lo que es particularmente relevante en derechos complejos, como la intimidad[7] o, principalmente, la tutela judicial efectiva[8], donde lo determinante es la «controversia procesal planteada, debiendo existir para apreciar la contradicción la suficiente homogeneidad entre las infracciones procesales comparadas, sin que sea necesaria la identidad en las situaciones sustantivas de las sentencias contrastadas»[9]. A modo de ejemplo, no puede apreciarse contradicción cuando se imputa incongruencia a la sentencia de instancia pero la sentencia de contraste se refiere a incongruencia en el recurso de suplicación[10], o cuando el tribunal ordinario se ha pronunciado sobre la incongruencia y la sentencia de contraste o bien simplemente hubiera optado por una interpretación distinta[11], o bien viniera referida «al derecho de acceso a los recursos o a la garantía de indemnidad, supuestos en los que brillaría por su ausencia la necesaria homogeneidad –igualdad sustancial– indispensable para dar paso al recurso, mediante la constatación de la contradicción doctrinal y, consiguientemente, a la necesaria aplicación de la doctrina constitucional establecida por la sentencia de contraste»[12]. Es criterio reiterado que «en los supuestos de incongruencia y de falta de competencia objetiva o defecto de jurisdicción del orden social se exige que, al menos, la sentencia de contraste contenga doctrina o pronunciamiento implícito sobre la materia en cuestión»[13]. Y consideraciones similares podrían hacerse en relación con la alegación de indefensión[14].

En suma, no sólo debe invocarse el mismo derecho fundamental, sino que, por una parte, se «hace precisa una más minuciosa coincidencia en el sustrato fáctico del que parte para lograr su protección»[15], y, por otra, «resulta absolutamente imprescindible que en las dos sentencias comparadas se produzca una identidad sustancial en su fundamentación jurídica, entendida por tal no los razonamientos concretos que en ellas se contengan sino en el debate jurídico planteado y resuelto por las dos sentencias comparadas», teniendo presente que «no cabe hablar de contradic-

[5] Cfr. STS de 6-7-2015 (recurso 1758/2013).

[6] Cfr. STS de 11-3-2015 (recurso 1569/2014).

[7] *Vid.* AATS de 9-9 y 17-12-2015 (recursos 2602/2014 y 1472/2015).

[8] *Vid.* AATS de 9-4 y 6-6-2013 (recursos 2221/2012 y 2930/2012), de 28-10-2015 (recurso 87/2015), de 18-2-2016 (recurso 752/2015), de 7 y 9-2-2017 (recursos 639/2016 y 2799/2015) y de 11-9-2018 (recurso 3907/2017).

[9] Cfr. AATS de 2-11-2016 (recurso 583/2016) y de 2-7-2019 (recurso 1887/2017), entre muchos otros.

[10] *Vid.* ATS de 25-10-2017 (recurso 828/2017).

[11] *Vid.* AATS de 9-10-2018 (recurso 502/2018) y de 15-1-2009 (recursos 1327/2018 y 2149/2018).

[12] Cfr. STS de 14-11-2014 (recurso 1839/2013). También, STS de 18-5-2018 (recurso 381/2017) y ATS de 12-12-2017 (recurso 980/2017).

[13] Vid ATS de 18-6-2019 (recurso 3735/2017).

[14] Vid AATS de 25-4-2017 (recurso 3814/2016) y de 20-3 y 18-9-2018 (recursos 3011/2017 y 4014/2017).

[15] Cfr. AATS de 20-4 y 20-6-2017 (recursos 1769/2016 y 1631/2016) y de 6-11 y 13-12-2018 (recursos 487/2018 y 1437/2018).

ción, tampoco, cuando la legalidad –en sentido lato– no es la misma, por haber cambiado sustancialmente la jurisprudencia interpretativa»[16], ni cuando la sentencia de contraste no se pronuncia sobre la cuestión controvertida en la sentencia recurrida[17], o cuando una de las sentencias ofrece una argumentación detallada y la otra ignora esa cuestión[18].

Es coherente, por tanto, que no se aprecie contradicción ante pretensiones diferentes[19], planteamiento de cuestiones nuevas[20], debates jurídicos no coincidentes[21], aun referidos a la misma institución (*v.gr.,* cosa juzgada)[22], ni en presencia de «derechos fundamentales con proyección diferente precisamente porque inciden sobre situaciones de hecho, determinantes del derecho aplicado en esos casos, completamente diferentes», lo que conduce a que «las acciones y pretensiones suscitadas, los debates y la razón de decidir» sean también distintos y con ello que no «exista doctrina que necesite ser unificada»[23].

Esta flexibilidad se acerca en buena medida a la comparación abstracta de doctrinas, si bien no se apreciará contradicción cuando la disparidad en el supuesto de hecho (que puede derivar de una situación fáctica de base muy distinta o de una aparentemente similar pero con discrepancia en lo que efectivamente se haya podido probar) sea determinante de la diferencia en la argumentación jurídica y, por consiguiente, en el fallo[24], puesto que no cabe considerar una sentencia contradictoria cuando existe «concurrencia de fallos»[25].

En el mismo sentido, no concurre la contradicción entre dos casos de despido cuando en uno de ellos el conflicto versa sobre el fondo y en otro sobre jurisdicción[26], ni tampoco cuando una sentencia no se pronuncia sobre la cuestión controvertida en el otro asunto[27], o cuando la distinta solución de las sentencias comparadas depende de un elemento fáctico que no coincide[28] o de las diferencias de legislación entre los países involucrados[29], o una de ellas resuelve un supuesto con características muy singulares[30], todo lo cual justifica un fallo diferente.

Esta doctrina es sustancialmente idéntica con independencia de que se invoque como sentencia de contraste una del TC, del TJUE o del TEDH[31]. No obstante, en el caso de tribunales supranacionales se aprecia alguna peculiaridad, debido a que el ordenamiento implicado en los asuntos litigiosos puede no ser el español. De ahí que el criterio final pueda resultar más o menos riguroso en atención al origen del litigio, y más particularmente cuando el supuesto de hecho resuelto por ese tribunal supranacional provenga de España, toda vez que la comparación abstracta de doctrinas parece difícilmente admisible ante supuestos

[16] Cfr. STS de 12-9-2017 (recurso 2805/2015). También, SSTS de 16-9-2014 (recurso 2431/2013), de 20-1-2015 (recurso 740/2014), de 14-7-2016 (recurso 3761/2014), de 14-7-2017 (recurso 2320/2015), de 9-5-2018 (recurso 2635/2016) y de 5-7-2018 (recurso 2274/2016).

[17] *Vid.* AATS de 10 y 24-4-2018 (recursos 2314/2017 y 1829/2017).

[18] Cfr. AATS de 19-6 y 2-7-2019 (recursos 2856/2017 y 1887/2017).

[19] *Vid.* AATS de 7-2 y 8-3-2018 (recursos 360/2017 y 2293/2017).

[20] *Vid.* ATS de 8-9-2020 (recurso 1948/2019).

[21] *Vid.* AATS de 9-2, 9-3, 6-4 y 19-12-2017 (recursos 2269/2016, 809/2016, 3274/2016 y 1585/2017).

[22] *Vid.* ATS de 18-10-2017 (recurso 1451/2017).

[23] Cfr. ATS de 2-2-2016 (recurso 980/2015).

[24] *Vid.* AATS de 27-10-2016 (recurso 606/2016) y de 11-5, 27-6 y 31-10-2017 (recursos 3124/2016, 26/2017 y 943/2017) y de 10 y 16-1, 22-2 y 10-4-2018 (recursos 977/2017, 1311/2017, 2695/2017 y 3160/2017).

[25] Cfr. ATS de 12-7-2017 (recurso 3766/2016).

[26] *Vid.* AATS de 16-5-2013 (recurso 1925/2012), de 3-5-2017 (recurso 3049/2016) y de 31-5-2018 (recurso 3603/2016).

[27] *Vid.* ATS de 27-5-2014 (recurso 813/2013).

[28] *Vid.* STS de 19-6-2018 (recurso 3726/2016) y AATS de 27-11-2014 (recurso de queja 41/2014), de 18-3-2015 (recurso 76/2014) y de 11-5-2017 (recurso 1810/2016).

[29] *Vid.* ATS de 4-11-2015 (recurso 2941/2014).

[30] *Vid.* AATS de 12-3 y 7-5-2015 (recursos 2722/2014 y 198/2015), de 12-7, 20-9 y 8-11-2017 (recursos 3503/2016, 1189/2017 y 1934/2017) y de 17-1-2018 (recurso 3322/2017), en relación con la pensión de viudedad que podría derivar de una unión formalizada por el «rito gitano».

[31] http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdo-no-jurisdiccional-de-11-de-febrero-de-2015--del-Pleno-de-la-Sala-de-lo-Social-del-Tribunal-Supremo.

de hecho de origen español[32]. Cabe aventurar, en esos casos, que la comparación de los hechos será más rigurosa si el asunto es español y más flexible si es extranjero.

Hasta el momento, y en el ámbito de las cuestiones procesales –incluyendo la competencia judicial[33]–, y en particular en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva –o a un proceso equitativo en la terminología del Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 6)–, el TS condiciona la admisibilidad del recurso de casación para unificación de doctrina a la «suficiente homogeneidad entre las infracciones procesales comparadas, sin que sea necesaria la identidad en las situaciones sustantivas de las sentencias contrastadas»[34]. Conviene tener presente, no obstante, que las sentencias del TEDH aptas para admitir la contradicción han de cumplir el requisito de firmeza, lo que no sucede con aquellas que están pendientes de un ulterior pronunciamiento del Tribunal de Estrasburgo en Gran Sala[35].

Es cierto, no obstante, que en la inadmisión del recurso se realizan en ocasiones consideraciones sobre el fondo que quizá resultarían más propias de la sentencia. Por ejemplo, en el marco de la extinción de prestaciones de Seguridad Social, y en relación con la exigencia de devolución de cantidades indebidamente percibidas, el TEDH introduce muchas cautelas para evitar que el beneficiario se vea abocado a una situación de absoluta desprotección, por no contar con otras ayudas públicas ni posibilidades de encontrar un empleo u otros medios de subsistencia a corto plazo. El Tribunal Supremo valora esas circunstancias directamente en el auto en el que no aprecia contradicción, y seguramente esas son cuestiones de fondo que merecerían un diagnóstico más detenido[36].

La flexibilidad se refiere a la coincidencia de los elementos fácticos del supuesto de hecho, pero no alcanza al tipo de órgano que emite la resolución de contraste. Es decir, las decisiones que se invoquen a efectos de contradicción han de provenir del TC, del TJUE o del TEDH, y no de cualquier ente supranacional, aun cuando cuente con prestigio o relevancia, porque el art. 219.2 LRJS alude a «órganos jurisdiccionales», con las limitaciones que de ello derivan. Por consiguiente, no puede admitirse como contradictoria una Decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales, pues dicho Comité no es un órgano jurisdiccional[37].

Por supuesto, las precisiones anteriores se circunscriben a la admisión del recurso, y no a la eventual vinculación del TS a la doctrina del TEDH. Dicho de otro modo, la apreciación de contradicción entre una sentencia interna y una del TEDH no ha de suponer automáticamente que el TS deba aceptar el criterio del TEDH, aunque de no reconocerse el efecto vinculante de las resoluciones del TEDH el valor de su doctrina podría minimizarse y quedar equiparado al de las sentencias de un TSJ, de modo que el TS podría decantarse por el criterio de la sentencia impugnada, y no por la solución de la sentencia de contraste del TEDH. Como es natural, el diálogo entre tribunales ha dejado de ser meramente conveniente para convertirse en una necesidad[38], pero ello no significa, al menos hasta el momento, que el efecto vinculante de la doctrina del TEDH

[32] *Vid.* P. Menéndez Sebastián, "Artículo 219", en G.L. Barrios Baudor, *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social,* Aranzadi, Pamplona, 2020, pp. 1288 y ss.; A. Martín Valverde y O. Fernández Márquez, "Artículo 219", en J.L. Monereo Pérez (Dir.), *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio Técnico-Jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, CoMares, Granada, 2013, pp. 1225 y ss.

[33] *Vid.* STS de 29-4-2021 (recurso 2495/2019), en relación con trabajadores que prestan servicios en embajadas.

[34] *Vid.* AATS de 10 y 19-4-2018 (recursos 1978/2017 y 1935/2017), de 31-5-2018 (recurso 2257/2017) y de 29-1-2019 (recurso 2259/2017).

[35] *Vid.* ATS de 18-6-2019 (recurso 3463/2018).

[36] *Vid.* ATS de 14-7-2020 (recurso 3549/2019).

[37] *Vid.* AATS de 7-2 y 11-10-2017 (recursos 1983/2016 y 1559/2017) y de 19-1-2019 (recurso 765/2018).

[38] *Vid.* A. Ollero Tassara, "Diálogo de tribunales en el marco europeo", en J. De Lucas Martín y otros (Coord.), *Pensar el tiempo presente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, Tomo I, pp. 911 y ss.; P. Tenorio Sánchez, *Diálogo entre tribunales y protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo*, Revista General de Derecho Europeo, nº 31, 2013.

cuente con un amparo legal expreso, a diferencia de lo que sucede con la jurisprudencia del TC, cuyas sentencias «tienen el valor de cosa juzgada» y, cuando declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley o no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, despliegan «plenos efectos frente a todos» (art. 164 CE y art. 5 LOPJ).

Por supuesto, ello no puede significar que la doctrina del TEDH resulte simplemente ignorada por los tribunales internos, porque tanto el art. 10.2 como el art. 96 de la CE obligan a tomar en consideración el CEDH, y, por extensión, la interpretación de ese Convenio efectuada por el Tribunal de Estrasburgo, como ha reconocido explícitamente el TC[39]. Por consiguiente, la exigencia de que las normas relativas a los derechos fundamentales sean interpretadas «de conformidad» con el CEDH obliga a los tribunales internos a acomodar sus criterios a la doctrina del TEDH.

Sin embargo, esa es una obligación con un contenido y alcance no demasiado preciso, porque en apariencia, y en lo que se refiere a la jurisdicción ordinaria, y en concreto al Tribunal Supremo, la doctrina del TEDH debe ajustarse primero a los derechos reconocidos en la Constitución, que no son exactamente idénticos a los consagrados en el CEDH, y, por ello, también es necesario articular la jurisprudencia constitucional con esos criterios que emanan del TEDH. Es difícil sostener que ante una discrepancia entre la doctrina del TC y la del TEDH el Tribunal Supremo debiera postergar al TC y decantarse por la interpretación del TEDH. No es, en absoluto, una situación deseable, pero el TC es el «intérprete supremo de la Constitución» (art. 1.1 LOTC), de modo que es el órgano llamado a integrar esa doctrina del TEDH, o de cualquier otro órgano supranacional, y el TS no puede eludir el efecto vinculante que deriva del art. 164 CE, sin perjuicio de que eventualmente el Estado español pudiera ser condenado por vulneración del CEDH, aunque esas son responsabilidades que se mueven en otro plano.

Ello no significa, en cualquier caso, que el TS pueda ignorar la doctrina del TEDH, ni que disfrute de plena libertad para elaborar argumentos diferentes prescindiendo de ella, sino que, allí donde no alcance el efecto vinculante de la doctrina del TC, el TS, que está sujeto sin duda a la Constitución, debe efectuar esa labor de integración de la doctrina del TEDH para proceder a una interpretación de los derechos y libertades fundamentales de «conformidad» con el CEDH, pues de lo contrario no estaría respetando el art. 10.2 CE. Los jueces y magistrados están sometidos al «imperio de la ley» (art. 117 CE) y en esa referencia a la «ley» se incluyen, incuestionablemente, los tratados internacionales ratificados por España.

En cualquier caso, la «interpretación de conformidad» exigida por el art. 10.2 CE es una operación técnica que reviste cierta complejidad, porque las peculiaridades del caso concreto afectan sustancialmente la construcción dogmática de las sentencias, y pueden apreciarse diferencias notables entre las legislaciones de unos países y otros, lo que explica que el TEDH conceda a menudo un «margen de apreciación nacional» para que los tribunales internos puedan ajustar convenientemente sus argumentaciones a los criterios del Tribunal de Estrasburgo, que, no se olvide, persigue la construcción de un estándar mínimo de protección y no exactamente la elaboración de criterios únicos y completamente cerrados. En consecuencia, la doctrina del TEDH vincula a la jurisdicción ordinaria, pero no con la misma intensidad que la del TC, porque mientras el TEDH interpreta directa y exclusivamente el CEDH, el TS debe tomar en consideración la Constitución y la jurisprudencia constitucional (y sin duda también el Derecho de la UE), y no siempre todos esos elementos encajan sin fricciones. Con todo, cada vez se aprecia una mayor sintonía entre el TEDH, el TC y el TS, y desde luego tanto el TS como el TC reconocen, implícita o explícitamente según los casos, ese efecto vinculante mediato o de segundo nivel

[39] *Vid.* SSTC 245/1991 y 197/2006.

de la doctrina del TEDH[40], que, por lo demás, es la conclusión a la que también se llega en otros ordenamientos[41].

No conviene olvidar, en último término, el creciente protagonismo del denominado "control de convencionalidad", importado del sistema interamericano de protección de derechos humanos y que resulta plenamente operativo en nuestro ordenamiento, como ha reconocido el TC[42]. En esencia, los tribunales ordinarios tienen la facultad de desplazar una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional. Lógicamente, en esa operación el tribunal ordinario, y en particular el TS, habrá de tener muy presente que el precepto de ese tratado internacional no puede interpretarse de forma aislada o asistemática, sino que debe atender a la doctrina del órgano llamado prioritariamente a desvelar su sentido y alcance. El acervo jurisprudencial del TEDH alcanzaría también por esta vía indirecta un cierto efecto vinculante[43].

EL DERECHO A UN PROCESO EQUITATIVO (TUTELA JUDICIAL EFECTIVA)

El art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce el «derecho a un proceso equitativo», que, entre otros aspectos, se traduce en que «toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella». Este derecho, equivalente a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, tiene un contenido complejo y ha sido objeto de interpretación en múltiples ocasiones por el TEDH[44].

Este es un derecho plenamente operativo en el proceso social, y ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, pero es un derecho de contenido esencialmente procesal y no sustantivo, de modo que no presenta una especifici-

[40] *Vid.* J. García Murcia, *Virtualidad en el ordenamiento laboral de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Actualidad Laboral, nº 6, 2014, pp. 659 y ss.; E. Guillén López, *Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una perspectiva de Derecho constitucional europeo*, Teoría y Realidad Constitucional, nº 42, 2018, pp. 335 y ss.; R. Canosa Usera, "La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos", en J. García Roca y P.A. Fernández Sánchez (Dir.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, CEP y C, Madrid, 2009, pp. 79 y ss.; A. Saiz Arnaiz, "Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las razones para el diálogo", en Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, pp. 131 y ss.; L. López Guerra, *El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles. coincidencias y divergencias*, Teoría y Realidad Constitucional, nº 32, 2013, pp. 139 y ss.; A. Queralt Jiménez, *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción para la protección de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 243 y ss.; J. Cruz Villalón, *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos en materia laboral*, Temas laborales, nº 145, 2018, pp. 21 y ss.; J. García Roca, "Soberanía estatal *versus* integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿cuál es el margen de apreciación nacional?", en J. García Roca y P.A. Fernández Sánchez (Dir.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, CEP y C, Madrid, 2009, pp.15 ss.

[41] *Vid.* D.J. Harris, M. O'Boyle y E.P. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 11 y ss.; T. LALIK, *Understanding the binding effect of the case-law of the ECtHR in domestic legal order*, disponible en SSRN: https://ssrn.com/abstract=1951830 (http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1951830); A. Guazzarotti, "Strasbourg jurisprudence as an input for 'cultural evolution' in Italian Judicial practice", en G. Repetto (Ed.), *The constitutional relevance of the ECHR in domestic and European Law. An Italian perspective*, Intersentia, Cambridge, 2013, pp. 55 y ss.

[42] *Vid.* STC 140/2018, de 20 de diciembre.

[43] *Vid.* L. Jimena Quesada, *La consagración del control de convencionalidad por la Jurisdicción Constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales*, RGDTSS (iustel), nº 53, 2019; R. Canosa Usera, *El control de convencionalidad*, Civitas, Pamplona, 2015, pp. 23 ss.

[44] *Vid.* M.N. Moreno Vida, *El derecho a un proceso equitativo en el convenio europeo de derechos humanos*, Temas Laborales, nº 145, 2018, pp. 88 y ss.; A. Martín Valverde, *Los derechos a tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo en la jurisdicción social: incidencia de la crisis económica*, Relaciones Laborales, nº 11, 2014, pp. 19 y ss.

dad significativa en la rama de lo social. Dicho de otro modo, la doctrina que de él se deriva no distingue entre órdenes jurisdiccionales, con excepción del ámbito penal, donde las garantías se extreman y se han implementado reglas particulares, como la presunción de inocencia (art. 10.2 del Convenio).

En ese escenario, la Sala de lo Social del TS ha recurrido a los argumentos elaborados por el TEDH a propósito del art. 6 del Convenio para justificar la corrección de su forma de proceder, que debe ajustarse a los principios de «certeza y buena administración de justicia»[45], lo que no exime de cumplir y exigir los pertinentes requisitos formales[46]. En concreto, la cita de sentencias del TEDH tiene lugar, por ejemplo, para defender que la modificación de criterios jurisprudenciales no vulnera *per se* los derechos de las partes[47] –a diferencia de la aprobación de normas retroactivas dirigidas a alterar la previsible solución de un asunto que ya ha sido planteado ante los tribunales[48]–, para delimitar el concepto y alcance de la congruencia[49] o de la imparcialidad judicial[50], para precisar las consecuencias de la ausencia del letrado al acto del juicio[51] o de la presentación de escritos extemporáneamente o en lugar distinto del debido[52], para valorar las causas de abstención y recusación de jueces y magistrados[53] o para considerar conforme a derecho la implantación de las tasas judiciales en el orden social tras el Real Decreto-Ley 3/2013[54]. Además, y de forma novedosa, también se invoca la doctrina del TEDH en relación con el derecho de propiedad para valorar determinadas medidas cautelares que afectan al patrimonio del trabajador o beneficiario de prestaciones, como los embargos[55].

[45] Cfr. STS de 27-6-2018 (recurso 161/2017).

[46] *Vid.* STS de 23-1-2019 (recurso 3193/2016).

[47] «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que las exigencias de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima de los litigantes no generan un derecho adquirido a una determinada jurisprudencia, por más que hubiera sido constante (STEDH de 18 de diciembre de 2008, caso *Unédic contra Francia*). La evolución de la doctrina jurisprudencial no es en sí opuesta a la correcta administración de justicia, ya que lo contrario impediría cualquier cambio o mejora en la interpretación de las leyes (STEDH de 14 de enero de 2010, caso *Atanasovski contra la ex República Yugoslava de Macedonia*)»; cfr. SSTS de 6-7-2016 (recurso 155/2015) y 15-11-2017 (recurso 440/2015), entre muchas otras.

[48] *Vid.* STS de 6-4-2017 (recurso 3566/2015).

[49] «La congruencia exige dar respuesta, no sólo a las pretensiones propiamente dichas, sino también a las alegaciones sustanciales. El derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva no sólo se vulnera cuando la pretensión no recibe respuesta, sino también cuando el órgano judicial omite toda consideración sobre una alegación fundamental planteada oportunamente por las partes. Así lo ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Hiro Balani contra España* y *Ruiz Torija contra España* de 9 de diciembre de 1994»; cfr. SSTS de 18-12-2015 (recurso 25/2015) y de 25-4-2019 (recurso 40/2018).

[50] *Vid.* AATS de 10-3-2015 (recurso 13/2013) y de 9-5-2019 (recurso 4012/2018).

[51] *Vid.* STS de 10-11-1998 (recurso 1690/1998).

[52] *Vid.* AATS de 17-7-2001 (recurso de súplica 385/2001), de 11-2 y 30-5-2003 (recursos de súplica 3841/2002 y 4716/2002) y de 24-5-1010 (recurso de queja 20/2010).

[53] *Vid.* AATS de 10-11-1999 (recurso 645/1998) y 15-2-2018 (recurso 1511/2015) y STS de 7-7-2000 (recurso 148/1999), entre otras.

[54] «En esta misma línea se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, a partir de la Sentencia *Kreuz contra Polonia*, de 19 de junio de 2001 (asunto nº 28249/95), mantiene que el requisito de abonar tasas judiciales en procesos civiles no infringe por sí solo el derecho de acceso a un tribunal protegido por el art. 6.1 del Convenio de Roma. Sin embargo, la cuantía de las tasas no debe ser excesiva, a la luz de las circunstancias propias de cada caso, de tal modo que impida satisfacer el contenido esencial del derecho de acceso efectivo a la justicia (§§ 60 y 66; en el mismo sentido las SSTEDH de 26 de julio de 2005, *Kniat contra Polonia*, asunto 71731/01; 28 de noviembre de 2006, *Apostol contra Georgia*, asunto 40765/02; y 9 de diciembre de 2010, *Urbanek c. Austria*, asunto 35123/05»; cfr. Acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo sobre las tasas en el orden social de 5-6-2013.

[55] «Como muchas veces ha expuesto el TEDH, cuando un Estado contratante tenga en vigor una normativa que prevea el pago por derecho a una prestación de bienestar o de una pensión -siendo condicional o no el pago previo de las contribuciones–, dicha legislación debe ser considerada como generadora de un interés de propiedad que se encuentra incluido en el ámbito de aplicación del artículo 1 del Protocolo núm.1, para aquellas personas que cumplan sus requisitos. Por lo tanto, cuando se reduce o se elimina el importe de la prestación o pensión, esto puede constituir una injerencia en la posesión que requiere ser justificado por razones de interés público (véase, *Stec y otros vs. Reino Unido*, nº 65731/01 y 65900/01, ap. 54; *Kjartan Asmundsson vs. Islandia*, nº. 60669/00, ap. 39; y *Valkov vs. otros* contra Bulgaria, nº. 2033/04, 19125/04, 19475/04, 19490/04, 19495/04, 19497/04, 24729/04, 171/05 y

Por otro lado, en el marco de estos aspectos procesales también cabe plantearse si la estimación de un recurso ante el TEDH permite interponer posteriormente una demanda de revisión contra la sentencia que vulneró el derecho del afectado. La jurisprudencia tradicional venía negando esa posibilidad, puesto que la sentencia del TEDH no encajaba en el art. 510.1.1 LEC, que permitía la revisión de una sentencia firme «si después de pronunciada, se recobraren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado». El TS esgrimía que las sentencias del TEDH no implicaban la derogación de una norma, ni la anulación de un acto administrativo, ni tampoco suponían casar la sentencia cuestionada, sino que la «sentencia del TEDH es la culminación de un trayecto procesal, la última de las resoluciones de un Tribunal, si bien de especial naturaleza, pero que conoció con plenitud de la pretensión del demandante, en esencia la misma que la que se solventó ante los Tribunales Nacionales, pues lo relevante es que el Tribunal Internacional aplicó el artículo 41 del Convenio, en el que se contiene una previsión de reparación que dota a la sentencia de dicho Tribunal de una naturaleza compleja, no directamente ejecutiva, pero en cualquier caso no meramente declarativa». Dicho de otro modo, la sentencia del TEDH, que en caso de estimación conlleva de ordinario una reparación económica, constituye *per se* la satisfacción del recurrente y no requería por tanto la reapertura de procesos ya concluidos en el ámbito nacional[56].

No obstante, esta doctrina quedó obsoleta en virtud de la reforma operada en los arts. 5 bis LOPJ y 510 LEC por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio. Desde ese momento, dichos preceptos permiten «interponer recurso de revisión contra una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión, sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas»[57].

En fin, la doctrina del TEDH también puede fundamentar un incidente de nulidad de actuaciones, toda vez que los actos procesales son nulos de pleno derecho «cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión» (art. 238.3 LOPJ y 225.3.LEC). Los obstáculos injustificados en el acceso al recurso de casación podrían suponer, qué duda cabe, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, o a un proceso equitativo en la terminología del CEDH. No obstante, los intentos de transitar esa vía han resultado, al menos hasta el momento, infructuosos, a buen seguro porque se limitaban a invocar genéricamente preceptos del Convenio y a remitir a la doctrina del TEDH sin la debida concreción[58].

LÍMITES AL PODER DE DIRECCIÓN Y CONTROL EMPRESARIAL

Las facultades de control y vigilancia que se insertan en el contenido del poder de dirección no pueden utilizarse de tal modo que impliquen una lesión de derechos fundamentales, especialmente los derechos a la intimidad, a la protección de datos y al secreto de las comunicaciones. En los últimos años son cada vez más frecuentes los litigios en este

2041/05, ap. 84, de 25 de octubre de 2011)»; cfr. ATS de 8-4-2019 (recurso 2828/2018).

[56] *Vid.* STS de 20-11-2001 (recurso 3325/2000).

[57] *Vid.* J.L. Monereo Pérez y P.G. Ortega Lozano, "Derecho a un proceso equitativo (artículo 6)", en C. Monereo Atienza y J.L. Monereo Pérez, *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, CoMares, Granada, 2017, pp. 63 y ss.

[58] *Vid.* AATS de 17-3-2015 (incidentes De Nulidad de actuaciones 2882/2013 y 10/2014).

ámbito, y tanto el TC como el TS han elaborado una rica doctrina para perfilar cómo y en qué medida pueden ejercitarse dichos poderes de vigilancia y control, máxime en un contexto donde las nuevas tecnologías cuentan con un potencial invasivo sobresaliente.

Esa jurisprudencia, tanto constitucional como ordinaria, se encuentra muy influenciada por la doctrina del TEDH, sin lugar a dudas, particularmente en relación con el uso de medios o dispositivos de propiedad empresarial con fines personales[59]. En efecto, y respecto del control del ordenador puesto a disposición el trabajador, el TEDH advirtió que, en ausencia de una política empresarial previa suficientemente conocida por los empleados, el trabajador cuenta con una «expectativa razonable de privacidad» cuando utiliza los medios empresariales, y, por tanto, la obtención y el almacenamiento de información personal relativa al uso del teléfono o de internet sin conocimiento del trabajador son contrarios al derecho al respeto de la vida privada, salvo que se demuestre una justificación objetiva y razonable[60]. La STEDH *Barbulescu* I[61] insistió en ese concepto de «expectativa de privacidad», que en su momento también había sido utilizado por la STEDH *Halford*[62] en un asunto relativo al control de las llamadas telefónicas en el trabajo, pues dicha expectativa podía invocarse cuando el empleador no había establecido reglas expresas sobre la utilización de las herramientas empresariales con fines personales. Sin embargo, las SSTEDH *Barbulescu II*[63] y *Libert vs. Francia*[64] matizaron que la política empresarial previa no permite eliminar la expectativa de privacidad o, en mejor expresión, no concede al empleador facultades de vigilancia ilimitadas, sino que es exigible en todo caso una valoración de la proporcionalidad de la medida implementada o que pretende implementarse.

Como se sabe, el TC ha contribuido significativamente a la recepción y consolidación de estos criterios. En efecto, las SSTC 241/2012, de 17 diciembre, y 170/2013, de 7 octubre, insistieron en que la eventual prohibición de uso personal de los medios empresariales se convierte en un elemento de valoración determinante. En presencia de una política empresarial clara, la STC 241/2012, analizando el acceso a unos ficheros informáticos en los que habían quedado registradas las conversaciones electrónicas mantenidas por dos empleadas a través de un programa de mensajería que habían instalado en un ordenador de uso común a todos los trabajadores y sin contraseña, advierte que no existe una «situación de tolerancia a la instalación de programas y, por ende, al uso personal del ordenador», y por consiguiente, «no podía existir una expectativa razonable de confidencialidad derivada de la utilización del programa instalado, que era de acceso totalmente abierto y además incurría en contravención de la orden empresarial».

El hecho de que el medio utilizado para la comunicación entre trabajadores no estuviera protegido por contraseña o encriptado parece adquirir una relevancia fundamental, pues ese canal «abierto», accesible por todos, admite el control empresarial sin vulnerar el secreto de las comunicaciones, a la vez que implica, en cierto modo, una renuncia al derecho a la intimidad de los trabajadores que utilizan ese medio. En este sentido, la sentencia advierte que «la atribución de espacios individualizados o exclusivos puede tener relevancia desde

[59] *Vid.* S. DE SALAS MURILLO, *Sobre el alcance del ámbito de la protección de la vida privada y familiar en la jurisprudencia de Estrasburgo*, Revista Boliviana de Derecho, nº 23, 2017, 197 y ss.; A. MORENO BOBADILLA, *La influencia europea en el ámbito de los derechos fundamentales en España, en concreto, en el derecho a la intimidad*, Estudios constitucionales, nº 2, 2017, pp. 313 y ss.; C. RUIZ MIGUEL, *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 45 y ss.; M. SALES I JARDÍ, *La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Bosch, Barcelona, 2015, pp. 20 y ss.

[60] *Vid.* STEDH *Copland vs. Reino Unido* (de 3-4-2007, recurso 62617/00), apartado 42.

[61] De 12-1-2016 (recurso 61496/2008).

[62] *Vid.* STEDH *Halford vs. Reino Unido* (de 25-6-1997, recurso 20605/92), apartado 45.

[63] De 5-9-2017 (recurso 61496/08).

[64] De 22-2-2018 (recurso 588/13).

el punto de vista de la actuación empresarial de control».

Esa doctrina se completa con la contenida en la STC 170/2013, en un supuesto de hecho particular, donde la empresa, ante la sospecha de que el trabajador proporcionaba información confidencial a la competencia, había accedido al ordenador portátil puesto a disposición del trabajador con el fin de comprobar los correos electrónicos enviados y recibidos, constatándose efectivamente el incumplimiento. La sentencia considera que la tipificación en el convenio colectivo, como infracción leve, del uso de los medios informáticos propiedad de la empresa con fines personales suponía una prohibición explícita en orden a su utilización, y como consecuencia «el poder de control de la empresa sobre las herramientas informáticas de titularidad empresarial puestas a disposición de los trabajadores podía legítimamente ejercerse, *ex* art. 20.3 LET, tanto a efectos de vigilar el cumplimiento de la prestación laboral realizada a través del uso profesional de estos instrumentos, como para fiscalizar que su utilización no se destinaba a fines personales o ajenos al contenido propio de su prestación de trabajo» (FJ 4º).

Con gran contundencia, la sentencia insiste en que «no podía existir una expectativa fundada y razonable de confidencialidad respecto al conocimiento de las comunicaciones mantenidas por el trabajador a través de la cuenta de correo proporcionada por la empresa y que habían quedado registradas en el ordenador de propiedad empresarial», ya que «la expresa prohibición convencional del uso extralaboral del correo electrónico y su consiguiente limitación a fines profesionales llevaba implícita la facultad de la empresa de controlar su utilización, al objeto de verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la adecuación de su prestación a las exigencias de la buena fe». El secreto de las comunicaciones no resulta vulnerado porque «la remisión de mensajes enjuiciada se llevó pues a cabo a través de un canal de comunicación que, conforme a las previsiones legales y convencionales indicadas, se hallaba abierto al ejercicio del poder de inspección reconocido al empresario» y «sometido en consecuencia a su posible fiscalización»[65].

A la luz de estas sentencias, el TS contaba con un margen muy limitado, casi inexistente, para elaborar un criterio propio. La jurisprudencia constitucional y la doctrina del TEDH marcan el camino a seguir, que el TS, con mejor o peor fortuna, ha tratado de respetar. En este escenario, la STS de 26-9-2007[66] mostró una decidida voluntad de ajustarse a la doctrina de las SSTEDH *Halford* y *Copland*, ya citadas, y por ello consideró contraria a derecho la indagación en el contenido del ordenador utilizado en el trabajo porque el motivo que había justificado el acceso al mismo era una reparación por mal funcionamiento y no el control de la actividad del trabajador. Y esa misma línea se mantuvo posteriormente, por ejemplo en la STS de 8-3-2011[67], pues ante la ausencia de reglas sobre la utilización personal del ordenador no se validó la comprobación del uso de internet por los trabajadores a resultas de una «auditoría interna en las redes de información con el objetivo de revisar la seguridad del sistema y detectar posibles anomalías en la utilización de los medios informáticos puestos a disposición de los empleados». Claro

[65] *Vid.* J. Cabeza Pereiro, *El necesario cambio en la jurisprudencia constitucional sobre videovigilancia y control de mensajería electrónica de los trabajadores a la vista de la doctrina del TEDH*, Temas Laborales, nº 141, 2018, pp. 13 y ss.; E.E. Taléns Visconti, *La expectativa razonable de confidencialidad como presupuesto de vulneración de derechos fundamentales en la fiscalización informática llevada a cabo por el empresario*, AS, nº 8, 2013 (BIB 2013\2377); R. Poquet Catalá, *La protección del derecho a la intimidad del teletrabajador,* Lex Social, nº 1, 2018, pp. 113 y ss.; G. López de la Fuente, *La doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el control de las comunicaciones electrónicas en el trabajo: ¿el fin de una eterna cuestión?*, Revista de Estudios Europeos, nº 69, 2017, pp. 5 y ss.; C.M. Ruiz González, *Las nuevas propuestas interpretativas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el control del uso laboral de la tecnología de la empresa: Barbulescu y López Ribalda*, Cuadernos de Derecho Transnacional, nº 2, 2018, pp. 915 y ss.

[66] Recurso 966/2006.

[67] Recurso 1826/2010.

está, la expectativa de privacidad desaparecía en presencia de una política empresarial clara al respecto. En este sentido, la STS de 6-10-2011[68] afirmó que «si no hay derecho a utilizar el ordenador para usos personales, no habrá tampoco derecho para hacerlo en unas condiciones que impongan un respeto a la intimidad o al secreto de las comunicaciones, porque, al no existir una situación de tolerancia del uso personal, tampoco existe ya una expectativa razonable de intimidad y porque, si el uso personal es ilícito, no puede exigirse al empresario que lo soporte y que además se abstenga de controlarlo»[69].

La adaptación a la doctrina de esos otros tribunales exige del TS cierta flexibilidad y dificulta un criterio uniforme o siempre libre de fisuras. Ahora bien, la voluntad de ajustarse a esos criterios interpretativos queda sobradamente de manifiesto en la STS de 8-2-2018[70], en la que explícitamente se cita la STEDH *Barbulescu II* y se valora si el criterio mantenido por el TS encaja en la doctrina del Tribunal de Estrasburgo. La respuesta, a juicio del TS, es afirmativa, pues se entiende que la ponderación de intereses a la que alude el TEDH equivale «básicamente a los tres sucesivos juicios de "idoneidad", "necesidad" y "proporcionalidad" requeridos por el TC y a los que nos hemos referido en el FD Quinto [5.b)]. Juicios que a nuestro entender han sido escrupulosamente respetados en el caso de autos»[71].

Un camino similar se ha transitado en relación con la videovigilancia, pero en este punto el TS utilizó inicialmente como referente al TC. En efecto, el TS aceptó en un primer momento el sustancial cambio de criterio operado por la STC 29/2013, de 11 de febrero, que desde la óptica de la protección de datos parecía invalidar la videovigilancia si previamente el trabajador no había sido informado, por una parte, de la instalación de las cámaras y, por otra, de su utilización con fines de control laboral[72]. Y, después, adaptó esa doctrina a la dulcificación operada por la STC 39/2016, de 3 de marzo, que admitió como información previa la presencia de distintivos anunciando la instalación de cámaras y captación de imágenes[73].

En apariencia, el TS se resistió a incorporar la doctrina del TEDH de forma inmediata, y las explicaciones pueden ser múltiples. En primer lugar, los argumentos elaborados en materia de videovigilancia son algo más modernos que los del control del ordenador, y eso siempre demora su recepción. En segundo lugar, la mayoría de litigios ante el TEDH provenían de otros países, lo que dificulta la traslación a nuestro ordenamiento de criterios que se han elaborado con las miras puestas en otros sistemas legales. En tercer lugar, muchos de los casos resueltos no se vinculaban directamente al orden laboral, y por eso no prosperaron las invitaciones de algún voto particular a reconsiderar los argumentos mayoritarios a la vista de ciertas resoluciones del TEDH[74], como por ejemplo la STEDH *De La Flor Cabrera vs. España*[75], relativa a un ciudadano español que solicitaba la nulidad de las pruebas obtenidas a través de detectives privados y que habían sido utilizadas en un pleito civil[76]. En fin, en cuarto lugar, el TS no

[68] Recurso 4053/2010.

[69] En la misma línea, *vid.* STS de 13-9-2016 (recurso 206/2015).

[70] Recurso 1121/2015.

[71] En sentido análogo, *vid.* STS de 17-3-2017 (recurso de revisión 1121/2015).

[72] *Vid.* STS de 13-5-2014 (recurso 1685/2013).

[73] *Vid.* SSTS de 7-7-2016 (recurso 3233/2014) y 1 y 2-2-2017 (recursos 3262/2015 y 554/2016).

[74] *Vid.* STS de 13-5-2014 (recurso 1685/2013).

[75] De 27-5-2014, recurso 10764/09.

[76] El demandante reclamaba una indemnización por daños y perjuicios a raíz de un accidente provocado por la colisión de un vehículo contra la bicicleta en la que circulaba, y aducía que tras ese momento sufría un miedo insuperable que le impedía conducir. La compañía aseguradora contrató a una agencia de detectives, que obtuvo una grabación del interesado en motocicleta por la vía pública. El TEDH afirma que en este caso la captación de la imagen no tiene como finalidad su difusión posterior, a diferencia, por ejemplo, de las fotografías tomadas a personajes públicos, sino que el propósito es su utilización en un procedimiento civil con la intención de desvirtuar determinadas acusaciones. El Tribunal tiene en cuenta que las imágenes se captaron en la vía pública, que la agencia de detectives cumplía los requisitos para realizar esa función y que las imágenes contribuían a aportar los elementos necesa-

parecía encontrarse completamente cómodo con las consecuencias que derivaban de la STEDH *López Ribalda I y otros vs. España*[77], como demuestra su resistencia a aceptar esa resolución como sentencia de contraste en el recurso de casación para la unificación de doctrina, aduciendo que ese asunto se encontraba pendiente de un nuevo pronunciamiento del TEDH en Gran Sala[78].

Conviene tener presente, asimismo, que esa sentencia *López Ribalda I* se dictó conforme al marco normativo anterior a la aprobación de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, cuyo art. 89 introduce una regulación expresa de la videovigilancia en el lugar de trabajo. Este precepto, es cierto, constituye un ejemplo del impacto de la STEDH *López Ribalda I*, y minimizaba la necesidad o virtualidad de una recepción jurisprudencial al introducir específicamente el deber de información previa, en sintonía con esa resolución del Tribunal de Estrasburgo. En cualquier caso, el cambio de criterio del TEDH en ese mismo asunto *López Ribalda* cuando fue conocido en Gran Sala, en sentencia de 17 de octubre de 2019[79] (*López Ribalda II*), ha sido mucho mejor asumido por la Sala Cuarta del TS, pues en definitiva el TEDH exige la aplicación de test de proporcionalidad, una ponderación entre los distintos intereses en juego que se acomoda plenamente a las vías exegéticas tradicionales del ordenamiento español, a la «búsqueda de un justo equilibrio entre dos intereses divergentes, de una parte el derecho de los trabajadores en relación con la protección de su vida privada, y la facultad del empleador de asegurar la de los bienes y el buen funcionamiento de la empresa, especialmente cuando se trata de ejercer el poder disciplinario»[80].

Por supuesto, en esta evolución de la jurisprudencia de la Sala Cuarta del TS pueden encontrarse ocasionalmente contradicciones o desajustes con la doctrina del TEDH, que afectan incluso a aspectos nucleares, como la implantación de medidas de control sin la pertinente advertencia a los trabajadores, cuál haya de ser el contenido de la información previa, en qué se traduce exactamente la expectativa de privacidad y, en su caso, las consecuencias del incumplimiento del deber de información previa. Un sector doctrinal ha llegado a considerar excesivamente simplista la aproximación del TS, por provocar una «caricaturización» de la doctrina del TEDH al reducirla al juicio de proporcionalidad[81].

Sin perjuicio de que la crítica pudiera compartirse en algún momento de esa evolución, pues el TS se ha resistido a otorgar a la información previa del empresario al trabajador

rios para el debate judicial. Por todo ello consideró admisible la prueba.

[77] De 9-1-2018 (recursos 1874/13 y 8567/13).

[78] *Vid.* ATS de 18-6-2019 (recurso 3463/2018).

[79] *Vid.* J.L. GOÑI SEIN, *Video vigilancia empresarial mediante cámaras ocultas: su excepcional validez como control defensivo «ex post»*, Trabajo y Derecho, nº 47, 2018; E.E. TALÉNS VISCONTI, *Video-vigilancia y protección de datos en el ámbito laboral: una sucesión de desencuentros*, Revista internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, Volumen 6, nº 3, 2018, pp. 61 y ss.; F. NAVARRO NIETO, *La videovigilancia laboral. Un comentario a la STEDH 17-10-2019, Asunto López Ribalda,* Diario La Ley, nº 9519, 15 de noviembre de 2019.

[80] Cfr. STS de 5-3-2020 (recurso 256/2017).

[81] Cfr. C. MOLINA NAVARRETE, *El derecho a la vida privada del trabajador en el Tribunal Europeo de derechos humanos: ¿Diálogo o conflicto con la jurisprudencia nacional?*, Temas Laborales, nº 145, 2018, pág. 153, que a continuación añade que «no puede -ni debe- despacharse de este modo tan simple la evolución jurisprudencial del TEDH. Primero, porque resulta manifiesto que sí contiene una novedad determinante respecto de los precedentes, y es que no cabe una prohibición absoluta de usos no laborales de los dispositivos digitales o tecnológicos, porque éstos tienen una inexorable "vertiente social". Por lo tanto, frente a lo sostenido por el TS español, e incluso por el TEDH en el precedente Copland, no es posible atribuir a la eventual normativa o política de empresa sobre usos de este tipo de dispositivos una condición de canon determinante, sí relevante, pero no definitivo. En segundo lugar, siempre ha de darse una información específica previa, adaptada a la normativa de protección de datos, de modo que su ausencia debe ser excepcional. Finalmente, en todo caso, la proporcionalidad no debe ser abstracta, sino concreta, de modo que no suponga el sacrificio absoluto del derecho a la privacidad en aras de la mayor eficacia del poder empresarial, cuya legitimidad de "origen" -incluso constitucional- no se discute, pero sí se debe ponderar más seriamente la de ejercicio».

el mismo valor que sí parecía derivarse de la doctrina tanto del TEDH como del TC, debe tenerse presente, en primer lugar, que la incorporación de la doctrina del TEDH no siempre es sencilla, porque, pese a su pretensión de proyección general, es elaborada teniendo muy en cuenta las circunstancias del caso concreto, y por tanto a partir de una legislación y unas prácticas nacionales que a menudo provienen de ordenamientos distintos al español. En segundo lugar, porque el Tribunal Supremo toma como referencia más inmediata al Tribunal Constitucional, de modo que en muchas ocasiones incorpora los criterios del TEDH de forma mediata o en segunda instancia, una vez depurados por el TC, lo que demora su recepción efectiva. Desde luego, pudiera considerarse más conveniente proceder de otro modo, pero ha de tomarse en consideración, como tercera premisa, que ni siquiera el TEDH ha mantenido una línea uniforme, con rectificaciones muy relevantes en *leading cases* como *Barbulescu* o *López Ribalda*. En suma, esta es una problemática compleja, cuyas respuestas se han ido construyendo de forma aluvional y, por más que todos los tribunales involucrados hayan querido actuar en sintonía, lo cierto es que los cánones de enjuiciamiento no siempre coinciden, por la propia configuración de los distintos órganos, y en la aplicación de los criterios de ponderación/proporcionalidad las diferencias culturales pueden dar lugar a discrepancias en el resultado final sin que el órgano jurisdiccional interno traspase el margen de apreciación que el propio TEDH concede.

Es desde luego evidente que, en este campo concreto, se ha producido cierta división judicial y doctrinal, particularmente en España, entre quienes preferían la opción de *Barbulescu I* y *López Ribalda I*, es decir, la apuesta por un criterio más formal que invalide el control empresarial que no viene precedido de una previa información muy concreta sobre la existencia y finalidad de la medida, y quienes muestran más sintonía por la doctrina de *Barbulescu II* y *López Ribalda II* (o *Libert*), en la que se desvirtúa en cierto modo esa necesidad de información previa, admitiéndose controles sorpresivos cuando el empleador cuenta con una sospecha –casi certeza– de incumplimiento, contexto en el que se otorga mayor importancia al comportamiento de empresario y trabajador.

El TEDH, conviene insistir, no ha mostrado una doctrina sin fisuras, sino que la ha matizado y perfilado sustancialmente, hasta el punto de cambiar aparentemente de criterio varias veces. De ahí que en alguna ocasión, es cierto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no haya encajado completamente en el molde que en ese momento había diseñado el TEDH, pero esas mismas sentencias sí pasarían un escrutinio conforme a la doctrina más moderna. Dicho de otro modo, la valoración sobre la conformidad de la jurisprudencia del TS con la doctrina del TEDH es diferente si se toma como parámetro de referencia el criterio más favorable al trabajador sostenido en *Barbulescu I* y *López Ribalda I,* que si se adopta una perspectiva que conceda mayores facultades al empleador, como sucede en *Barbulescu II* y *López Ribalda II*. Las sentencias del TS dictadas justo a continuación de *Barbulescu I* o de *López Ribalda I* seguramente merecen una valoración más crítica desde la perspectiva de la interpretación de «conformidad» exigida por el art. 10.2 CE, pero esa crítica ha de dulcificarse tras *Barbulescu II* y *López Ribalda II*, respectivamente.

En efecto, el Tribunal Supremo siempre fue reacio a conceder a la «expectativa de privacidad» un papel absolutamente determinante, pero el cambio de criterio del TEDH permite aseverar que, en este momento, su doctrina se alinea con la del Tribunal de Estrasburgo, por más que en este tipo de asuntos la complejidad interpretativa sea manifiesta, como muestra la STS de 21-7-2021[82], que, en el repaso por los distintos criterios que han ido manejando el TC y el TEDH, da fe de que la respuesta final podría haber sido distinta en función de cuándo el asunto hubiera alcanzado al TS. Esta sentencia se decanta por

[82] Recurso 4877/2018.

una solución compatible con *López Ribalda II*, en el sentido de admitir la prueba de videovigilancia a efectos de despido aun en ausencia de información explícita sobre el posible uso laboral de esas grabaciones, sin que una eventual infracción del derecho a la protección de datos pueda alterar esa conclusión. Podría aducirse, desde luego, que el Tribunal Supremo no siempre aplica estrictamente el que ya se ha denominado como "test *Barbulescu*"[83] para determinar la proporcionalidad y razonabilidad de la medida, pero ni siquiera el TEDH ha seguido fielmente sus propios criterios, ni ese test, al menos en sus sentencias dictadas en Sala. No cabe descartar que tanto el TEDH como el TS maticen sus posiciones en un futuro cercano, y las circunstancias del caso serán de todo punto determinantes, porque tampoco puede olvidarse que la mayor o menor reprochabilidad de la conducta de empresario y/o trabajador –si se quiere desde un plano moral– parecen influir en estos cambios de doctrina.

En efecto, un análisis detenido permite llegar a la conclusión de que las argumentaciones más favorables al trabajador suelen construirse ante supuestos de hecho en los que el empleador pretende un control desmedido de la actividad de sus trabajadores sin razones aparentes para ello, como sucede en *Copland* y *Halford*, donde las extralimitaciones empresariales no respondían a ningún comportamiento anómalo del trabajador y tenían lugar vulneraciones muy gruesas contra la intimidad y el secreto de las comunicaciones, que afectaban en un caso al uso del teléfono y el ordenador por parte de una profesora –y no del resto del personal docente– que vivía en las instalaciones del colegio; y en el otro caso a un teléfono en el lugar de trabajo, pero tras asegurarse a la trabajadora que podía utilizarlo sin temor a ningún control para comunicarse con su abogado y preparar una reclamación derivada de una discriminación por razón de sexo.

Sin embargo, los argumentos se matizan si el empleador ha actuado no por un mero exceso de celo u obsesión por el control extremo, sino ante evidencias claras de incumplimiento laboral y con la pretensión de constatar no sólo la falta laboral –que ya se conoce–, sino también la autoría y –sobre todo– para obtener pruebas en las que sustentar una sanción. En una dinámica de acción-reacción, podría concluirse que una "acción" de vigilancia y control del empresario se valora conforme a parámetros de expectativa de privacidad más estricta, mientras que en el caso de que la medida se adopte como "reacción" se concede al empleador un margen mayor, pues está sufriendo un daño y debe contar con los medios –razonables y proporcionados– para comprobar el autor y obtener las evidencias pertinentes, como también parece desprenderse del art. 89 LOPD al minimizar el deber de información cuando la videovigilancia capte la «comisión flagrante de un acto ilícito», aunque la interpretación de ese precepto no es tampoco sencilla[84].

Esa evolución desde un concepto más estricto de expectativa de privacidad a otro modulado o matizado por las circunstancias del caso se aprecia en la doctrina tanto del TEDH, como del TC y del TS, sin perjuicio de que la metodología para aproximarse al supuesto de hecho no siempre coincida desde una perspectiva estrictamente jurídica y dogmática. No puede olvidarse que el juicio de ponderación no es, ni puede ser, una ciencia exacta, que el intérprete cuenta con cierta capacidad para determinar qué elementos o circunstancias

[83] *Vid.* A. Desdentado Bonete y E. Desdentado Daroca, *La segunda sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Bărbulescu y sus consecuencias sobre el control del uso laboral del ordenador*, Revista de información laboral, nº 1, 2018, pp. 35 y ss.

[84] *Vid.* C. Molina Navarrete, *De "Barbulescu II" a "López Ribalda"¿qué hay de nuevo en la protección de datos de los trabajadores? Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de enero de 2018, caso López Ribalda "et alii" vs. España*, RTSS (CEF), nº 419, 2018, pp. 125 y ss.; L.A. Fernández Villazón, "Protección de datos y derechos digitales de los trabajadores", en L.A. Fernández Villazón (Coord.), *Derecho y nuevas tecnologías*, Civitas, Madrid, 2020, pp. 219 y ss.

resultan más relevantes o atendibles, y que el «margen de apreciación nacional» juega desde luego también un papel. El hecho de que no se comparta el resultado de la ponderación que efectúa el TS no significa que la operación técnica se haya realizado de manera incorrecta, y tampoco necesariamente que no se respete la doctrina del TEDH.

Cabe afirmar, en fin, que las sentencias del TS en esta materia de control y vigilancia empresarial posteriores a *López Ribalda II* sí respetan la exigencia de interpretación de «conformidad» con la doctrina del TEDH. Aun cuando pudieran encontrarse otras opciones exegéticas legítimas e igualmente razonables, o que pudiera cuestionarse la calidad y adecuación técnica de una sentencia concreta, no cabe concluir que el TS, en el estado actual de las cosas, ignore o se aparte de esa doctrina, y ni siquiera que trate de eludir sus consecuencias. Desde luego, podría aducirse que el TS no procede a una aplicación estricta del test *Barbulescu / López Ribalda* siguiendo todos los pasos allí establecidos[85], o podría discreparse de cómo se efectúa la aplicación y valoración en cada uno de esos elementos o ítems del test, pero, a la postre, esa disparidad de criterios no supone apartarse de la doctrina del TEDH mientras el Tribunal valore y argumente convenientemente su respuesta, porque el Tribunal de Estrasburgo «no debe actuar como un tribunal de cuarta instancia» y no cuestiona la «sentencia de los tribunales nacionales, a menos que sus conclusiones puedan considerarse arbitrarias o manifiestamente irrazonables»[86], calificativos que difícilmente pueden predicarse de las sentencias más recientes del Tribunal Supremo, se comparta o no el resultado final[87].

CONTENIDO Y ALCANCE DE LA LIBERTAD SINDICAL

El Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce expresamente el derecho de libertad sindical en el art. 11, que lleva por título «libertad de reunión y de asociación» y se refiere al «derecho a fundar» sindicatos y a «afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses». Es un derecho que ha dado lugar a numerosos conflictos ante el TEDH, pero normalmente en contextos extraños al ordenamiento español, y en concreto en países donde la libertad sindical no se reconoce como derecho fundamental, o con un alcance tan amplio como en España, y de ahí que el TS no haya tenido muy presente la doctrina del Tribunal de Estrasburgo[88].

[85] A tenor de la sentencia *López Ribalda II*, debe valorarse: «i) Si se ha notificado al empleado la posibilidad de que el empleador adopte medidas de videovigilancia y la aplicación de esas medidas. Si bien en la práctica los empleados pueden ser notificados de diversas maneras, según las circunstancias fácticas particulares de cada caso, la notificación debe ser normalmente clara sobre la naturaleza de la vigilancia y debe darse antes de su aplicación. ii) El alcance de la vigilancia por el empleador y el grado de intrusión en la vida privada del empleado. A este respecto, debe tenerse en cuenta el nivel de privacidad en la zona objeto de la vigilancia, así como las limitaciones de tiempo y espacio y el número de personas que tienen acceso a los resultados. iii) Si el empleador ha dado razones legítimas para justificar la vigilancia y el alcance de la misma. Cuanto más intrusiva sea la vigilancia, más peso tendrá la justificación que se requiera. iv) Si habría sido posible establecer un sistema de vigilancia basado en métodos y medidas menos intrusivos. A este respecto, debería evaluarse, a la luz de las circunstancias particulares de cada caso, si el objetivo perseguido por el empleador podría haberse logrado mediante una menor injerencia en la vida privada del empleado. v) Las consecuencias de la vigilancia para el empleado sometido a ella. Se deberá tener en cuenta, en particular, la utilización por el empleador de los resultados de la vigilancia y si esos resultados se han utilizado para lograr el objetivo declarado de la medida. vi) Si se han proporcionado al empleado las medidas apropiadas, especialmente cuando las operaciones de vigilancia del empleador sean de carácter intrusivo. Esas medidas pueden consistir, entre otras cosas, en el suministro de información a los empleados interesados o a los representantes del personal en cuanto a la instalación y el alcance de la vigilancia, la declaración de esa medida a un órgano independiente o la posibilidad de presentar una denuncia».

[86] *Vid.* apartado 149 de la STEDH *López Ribalda II*.

[87] *Vid.* SSTS de 25-1, 1-6 y 22-7-2022 (recursos 4468/2018, 1993/2020 y 701/2021) y de 13-10-2021 (recurso 3715/2018).

[88] En general, *vid.* F. Valdés Dal-Ré, *La jurisprudencia del TEDH sobre libertad sindical*, Derecho de las Relaciones Laborales, nº 6, 2016, pp. 529 y ss.; E. Garrido Pérez, *El derecho de reunión: contemplación jurídica y elementos de restricción desde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el sistema español de relaciones laborales*, Temas Laborales, nº 145, 2018,

No obstante, pueden encontrarse significativas excepciones, pues el art. 11.2 del Convenio permite restringir este derecho en algunos ámbitos, mencionando expresamente a las «fuerzas armadas», a la «policía» y a la «Administración del Estado». En ejercicio de la posibilidad prevista en el entonces art. 64 del Convenio (art. 57 en la actualidad), el Estado español hizo una reserva en el momento de depositar el instrumento de ratificación, el 4 de octubre de 1979, advirtiendo que el art. 11 del Convenio podría resultar incompatible con los arts. 28 y 127 de la Constitución, pues el art. 28 permite al legislador «limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar», así como también regular «las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos». Por su parte, el art. 127 de la Constitución advierte que los jueces, magistrados y fiscales no pueden pertenecer a sindicatos mientras se hallen en activo.

Esta reserva supone, a juicio del TS, que el art. 11 del Convenio no sea de aplicación a esos colectivos, y que por tanto las sentencias del TEDH que lo interpretan no puedan utilizarse como pauta exegética si los Estados concernidos en esas resoluciones no han efectuado una reserva equivalente. De ahí se infiere que la doctrina del TEDH que impide a una legislación nacional prohibir completamente la conformación de sindicatos en las fuerzas armadas[89] no resulta extrapolable a España, ni siquiera en el caso de la Guardia Civil, debido a la reserva efectuada en su momento, lo que supone que «el Convenio Europeo resulta excluido en el extremo en que es incompatible» con los preceptos constitucionales en los que se apoyaba la reserva, y que por tanto el art. 11 del Convenio «nunca ingresó en el acervo del Derecho español y tampoco la Constitución puede ser interpretada a su tenor»[90].

Por otro lado, es probable que algunos contenidos ya tradicionales de la libertad sindical en España deban canalizarse a través de otros derechos, como puede suceder con ciertas manifestaciones de la actividad sindical, algunas muy próximas con otros derechos y libertades, como la libertad de expresión, también reconocida en el Convenio Europeo (art. 10)[91]. Obviamente, ese es un contexto donde ambos derechos pueden confluir, pero de alguna manera, y en el contexto español, la libertad de expresión se subsume en la libertad sindical cuando se ejerce en el marco de funciones representativas. Sea como fuere, no es sorprendente que la jurisprudencia del TS remita a la doctrina del TEDH cuando se enfrenta a supuestos donde el representante de los trabajadores critica o ataca al empleador. La línea entre el legítimo uso de los derechos a

pp. 282 y ss.; M. Galiana Moreno, *El "closed shop" ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Revista de Trabajo, nº. 67-68, 1982, pp. 39 y ss.; A. Martín Valverde, *Tendencias recientes de la jurisprudencia del TEDH sobre libertad sindical*, Derecho de los Negocios, nº 248, 2011, pp.45-50; J. Cabeza Pereiro, *La protección jurisdiccional de los derechos humanos y libertades fundamentales de los trabajadores ante el TEDH*, Revista de Derecho Social, nº 69, 2015, pp. 84 y ss.; F. Durán López, *El derecho de huelga en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Temas Laborales, nº 145, 2018, pp. 318 y ss.; M. Salas Porras, *La libertad de asociación sindical y el derecho de huelga*, RTSS (CEF), nº 399, 2016, pp. 205 y ss.

[89] *Vid.* STEDH *Matelly vs. France* (de 2-10-2014, recurso 10609/2010).

[90] Cfr. STS de 22-6-2016 (recurso 158/2015).

[91] *Vid.* M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y M. Rodríguez-Piñero Royo, *Libertad sindical, derecho a la negociación colectiva y derecho de huelga en la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Relaciones Laborales, nº 23-24, 2009, pp. 19 y ss.; C. Molina Navarrete, *Método abierto de interpretación y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Otro nivel prevalente de justicia socio-laboral a medio descubrir*, RTSS (CEF), nº 399, 2006, pp. 158 y ss.; E. Carrizosa Prieto, *Los modelos de tutela del derecho de libertad sindical en el ámbito internacional*, Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, nº 3, 2015, pp. 14 y ss.; A. Burgos Aduriz, *La protección del contenido esencial de la libertad sindical en la Unión Europea ¿cómo afectaría esta situación a la futura adhesión de la Unión Europea al convenio europeo de derechos humanos?: Contradicciones con la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos*, Revista de Estudios Europeos, nº 71, 2018, pp. 259 y ss.; M. Salas Porras, "El tratamiento jurisprudencial de la libertad sindical conforme al Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en R. Quesada Segura (Coord.), Treinta años de la Ley Orgánica de Libertad Sindical: perspectivas y retos, CARL, Sevilla, 2016, pp. 251 y ss.

la información y a la libertad de expresión sindical –que incluye la denuncia de hechos relevantes– y las meras descalificaciones no siempre es tan clara como en teoría aparenta, y por ello los criterios del TEDH pueden resultar especialmente valiosos. En esencia, el TS recoge la doctrina del TEDH para defender que los arts. 10 y 11 del Convenio no amparan los «ataques personales gratuitos»[92], pero sí las críticas de carácter profesional, incluso cuando pudieran venir acompañadas de juicios de valor con cierto tono ofensivo, siempre que en un análisis del contexto puedan justificarse[93].

También conviene destacar que, en este ámbito de la libertad sindical, el TS en ocasiones remite a líneas de tendencia o principios presentes en la doctrina del TEDH, aunque no encuentre sentencias concretas sobre el mismo asunto que está enjuiciando. En este sentido, a partir de las orientaciones que inspiran la doctrina del TEDH la jurisprudencia refuerza sus argumentos en defensa de la configuración de la legitimación para negociar convenios colectivos en el Estatuto de los Trabajadores. Dicho de otro modo, las limitaciones a la capacidad negociadora de algunos sindicatos, en atención su representatividad, y las reglas de concurrencia y prevalencia entre convenios, no suponen de por sí una vulneración del derecho de libertad sindical[94].

JURISPRUDENCIA, MODELOS DE FAMILIA Y TEDH

El concepto de familia ha variado sustancialmente en las últimas décadas y el Derecho no siempre ha dado pronta respuesta al notable cambio social que se ha producido. De este modo, los nuevos modelos de familia plantean cuestiones particulares desde una perspectiva jurídica, pues el reconocimiento o no como familia lleva aparejado el acceso a ciertos beneficios y derechos o, en su caso, el cumplimiento de algunas obligaciones. Por supuesto, no es una problemática exclusivamente vinculada a la convivencia de hecho, aunque tradicionalmente haya podido ser la situación más visible, sino que tiene otras muchas manifestaciones, algunas con gran trascendencia en los medios de comunicación y con una carga ideológica de mucho más peso que la decisión de contraer o no matrimonio.

En este sentido, la gestación subrogada o por sustitución ha suscitado un notable debate en los últimos años, que desde el plano de la legislación laboral y de Seguridad Social se centra en el disfrute de los descansos por nacimiento y cuidado de hijo y en las prestaciones económicas de la Seguridad Social que compensan la pérdida del salario. Como se sabe, la Sala de lo Social del TS ha sido favorable al reconocimiento de esos derechos, pese a la aparente claridad de la legislación española en sentido contrario. En efecto, el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, que lleva por título «Gestación por sustitución», declara «nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero», y precisa que «la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto». Todo ello sin perjuicio, claro está, de la «posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales».

[92] Cfr. STS de 20-4-2005 (recurso 6701/2003), que remite a la STEDH *De Diego Nafría vs. España*, de 14-3-2002 (recurso 46833/1999).

[93] *Vid.* STEDH *Fuentes Bobo vs. España*, de 29-2-2000 (recurso 39293/1998), que exige analizar «los términos utilizados en las declaraciones, el contexto en el que éstas se hicieron públicas y el caso en su conjunto, incluyendo el hecho de que se trataba de declaraciones hechas en el transcurso de un programa de radio en directo, lo que no dio al demandante la posibilidad de reformularlas, perfeccionarlas o retirarlas antes de que fueran hechas públicas». Por consiguiente, las expresiones vertidas en un contexto de conflicto merecen una valoración menos rigurosa que las declaraciones en un escenario más normal o cotidiano. Esta es una sentencia de cita reiterada por la jurisprudencia del TS, como se puede apreciar, por ejemplo, en las SSTS de 20-4-2005 (recurso 6701/2003) y de 26-4 y 22-12-2016 (recursos 113/2015 y 201/2015).

[94] *Vid.* STS de 13-3-2018 (recurso 54/2017).

En ese escenario normativo el TS acude a la doctrina del TEDH para desvirtuar esa aparente contundencia legal, citando las SSTEDH *Mennesson vs. Francia*[95] y *Paradiso y Campanelli vs. Italia*[96]. En ambas, los Estados involucrados habían impedido la inscripción en el registro de la filiación, pero el Tribunal de Estrasburgo, sin rechazar directamente esa medida, alerta sobre determinadas consecuencias que podría sufrir el hijo, por cuanto no considera razonables los obstáculos que se erigen para la adquisición de la nacionalidad y de la legitimación para heredar en un contexto en el que uno de los progenitores subrogados era también progenitor biológico. Concluye el Tribunal que un Estado no puede impedir de forma absoluta que el vínculo de filiación quede establecido entre un padre biológico y un hijo nacido por gestación subrogada. Además, y respecto del caso que provenía de Italia, también considera contrario al art. 8 del Convenio («Derecho al respeto a la vida privada y familiar») que tras seis meses de convivencia con los padres subrogados las autoridades italianas entregaran el hijo a una familia de acogida, pues a su juicio esa convivencia les había convertido en una familia *de facto*.

Como punto de partida, el TS reconoce que esas sentencias no son extrapolables directamente al caso concreto, pues ni los litigios se habían originado en España, ni la legislación española resultaba de aplicación, ni tampoco se discutía el acceso a derechos laborales o de Seguridad Social, sino que el asunto se circunscribía al reconocimiento de la filiación. Sin embargo, el TS califica la doctrina del TEDH en esas resoluciones como un «elemento hermenéutico significativo», que constituirá a la postre un apoyo argumental decisivo en el fallo a partir de las conclusiones que el propio TS deduce de esas sentencias. La primera de esas conclusiones es la «necesidad de proteger la situación realmente generada», en el sentido de que «si existe convivencia familiar entre los padres subrogados y los menores, ha de protegerse en beneficio de los segundos; y ello especialmente si uno de los padres subrogados es también padre biológico». El TS se mueve en el terreno de las deducciones, como demuestra la construcción de argumentos del siguiente tenor: «aunque no se explicite de tal modo, lo que se hace es optar por un "mal menor": mantener las consecuencias de una situación contraria al Derecho nacional (convivencia derivada de la maternidad subrogada) porque así conviene al interés del menor (mantenerlo en su núcleo familiar "de facto"). Y esto, al margen de lo que disponga el Derecho Internacional Privado, obviamente también integrado en el ordenamiento español»[97]. Sobre estas premisas, el TS entiende que los límites a la inscripción registral que puedan derivarse de la normativa nacional, y también de la internacional, inclusive el Convenio Europeo de Derechos Humanos, «no condicionan el derecho a la protección social», porque el interés del menor debe prevalecer[98].

Conviene poner de manifiesto que uno de los votos particulares advierte, con buen criterio, que se está produciendo una utilización interesada de la doctrina del TEDH en este caso, pues el Tribunal de Estrasburgo

[95] De 26-6-2014, asunto 65192/11.

[96] De 27-1-2015, asunto 25358/12.

[97] Cfr. STS de 25-10-2016 (recurso 3818/2015). En el mismo sentido, SSTS de 22-11 y 14-12-2017 (recursos 1504/2016 y 2066/2016), entre muchas otras.

[98] *Vid.* I. ALZAGA RUIZ, *Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social*, RMESS, nº 134, 2018, pp. 15 y ss.; F.J. HIERRO HIERRO, *Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social*, REDT, nº 190, 2016, pp. 184 y ss.; J. GORELLI HERNÁNDEZ, *La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler)*, Revista Aranzadi Doctrinal, nº 1, 2017; P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN y S.J. DE CASTRO MEJUTO, *¿Mater semper certa est? La maternidad subrogada como situación generadora de los derechos laborales. Pautas de urgencia para la solución de un intrincado litigio*, RGDTSS, nº 40, 2015; S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO y M.R. MARTÍNEZ BARROSO, *El Tribunal Supremo ante la «gestación por sustitución»: reconocimiento de prestaciones por maternidad derivadas de un negocio jurídico nulo y la necesaria tutela del interés del menor*, Derecho de las Relaciones Laborales, nº 2, 2017, pp. 154 y ss.; C. MOLINA NAVARRETE, *Libertad de procrear, vida en familia y prestaciones de maternidad subrogada: impacto nacional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, RTSS (CEF), nº 399, 2016, pp. 195 y ss.

en modo alguno ha exigido que los Estados acepten la gestación subrogada, ni que admitan la inscripción registral de la filiación. La principal crítica del TEDH se circunscribía a aspectos muy concretos, y en particular a la imposibilidad jurídica de que el progenitor biológico pudiera hacer valer esa condición, ni mediante el reconocimiento de la paternidad ni mediante una eventual adopción. Dicho de otro modo, el TEDH considera contrario al Convenio, y así lo repite en una Opinión Consultiva de 10-4-2019 solicitada por la Corte de Casación francesa[99], que un Estado cierre cualquier vía para que el progenitor biológico pueda convertirse en progenitor jurídico del hijo nacido a través de la gestación por sustitución. El ordenamiento español no cercena esas posibilidades, sino que admite que el progenitor biológico pueda figurar jurídicamente como tal, y tampoco impide la adopción en caso de ausencia de vínculo biológico, por lo que la doctrina del TEDH en los casos citados no debería conducir automáticamente a una respuesta tan generosa como la del TS, aunque, desde luego, ese no era el único argumento que sustentaba el fallo.

Por otro lado, en este contexto de los modelos de familia seguramente conviene también citar un pronunciamiento que resultó especialmente significativo, por mediático, como fue la STEDH *Muñoz Díaz vs. España*[100], que reconoció la pensión de viudedad a una mujer que había contraído matrimonio por el rito gitano. El TS se ha encargado de recordar que aquella sentencia no exigía una equiparación entre el rito gitano y otras formas de celebración del matrimonio y, en particular, que no obligaba al Estado español a conceder efectos civiles a esas uniones. El Tribunal de Estrasburgo resolvió el asunto mediante un «pronunciamiento estrictamente pegado al caso, ceñido, por ello, a las particulares y específicas circunstancias del supuesto», ya que se había producido un «reconocimiento de la situación matrimonial por parte de las autoridades públicas españolas, extraída de determinados elementos fácticos», y además en un contexto normativo en el que no se admitía que el conviviente de hecho pudiera disfrutar de la pensión de viudedad. Todo ello conduce al TS a rechazar el rito gitano como vínculo apto para causar la pensión de viudedad en todo supuesto en el que no concurran esas particulares circunstancias[101].

También en el contexto de la pensión de viudedad, la doctrina del TEDH ha servido para reforzar la argumentación que condujo al TS a considerar no discriminatoria la imposibilidad jurídica de contraer matrimonio por personas del mismo sexo con anterioridad a la Ley 13/2005[102]. La pretensión de los demandantes consistía en articular una fórmula análoga a la que en su momento contemplaba la DA Décima, en su apartado 2, de la Ley 30/1981 de 1 de julio, que permitía acceder a la pensión de viudedad a la pareja de hecho del causante cuando «no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírselo la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley». La Ley 13/2015 no contenía una previsión similar, por lo que el fallecimiento previo a la entrada en vigor de la Ley no convertía al fallecido en sujeto causante, ni al conviviente de hecho en beneficiario. El TS considera que esa es una opción legislativa no discriminatoria y, entre los argumentos utilizados, menciona explícitamente la doctrina del TEDH, y en concreto las sentencias *Rees*[103] y *Cossey*[104], ambas contra Reino Unido en reclamación de los derechos registrales y matrimoniales de personas transexuales[105], recordando que

[99] Petición P16-2018-001 (http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6380464-8364383).

[100] De 8-12-2009 (recurso 49151/2007).

[101] *Vid.* SSTS de 25-1-2018 (recurso 2401/2016) y de 24-6-2020 (recurso 716/2018).

[102] *Vid.* STS de 29-4-2009 (recurso 577/2008).

[103] De 17-10-1986, recurso 9532/1981.

[104] De 27-9-1990, recurso 10843/1984.

[105] *Vid.* Manzano Barragán, I. *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género*, Revista Española de Derecho Internacional, vol. LXIV/2, 2012, pp. 69 y ss.; M.J. Rodríguez Crespo,

el margen de apreciación nacional no exigía extender esa prestación a parejas no casadas, ni tampoco reconocer efectos civiles al matrimonio entre personas del mismo sexo[106]. La compatibilidad de esta jurisprudencia con la doctrina del TEDH no admite dudas, como puso de manifiesto la STEDH *Aldeguer Tomás vs. España*[107].

En fin, también se alude a la doctrina del TEDH, aunque de manera incidental, y sin que verdaderamente pueda calibrarse su impacto real sobre el contenido del fallo, en relación con la nulidad del despido derivado de la intención de una trabajadora de contraer matrimonio. Es evidente, en cualquier caso, que tanto el derecho al respeto a la vida privada y familiar consagrado por el art. 8 del CEDH, como la jurisprudencia del TEDH que lo interpreta, proscriben la discriminación por razón de estado civil, de modo que esa mención resulta plenamente justificable, aunque no se precise su alcance[108].

LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

El art. 14 del Convenio consagra la prohibición de discriminación, al disponer que «el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación». Es, desde luego, una cláusula sustancialmente equiparable al art. 14 CE, pero la interpretación del TEDH debe ser tomada muy en consideración para enjuiciar los distintos supuestos de hecho y erradicar las diferencias que supongan una discriminación, como se deriva del art. 10.2 CE.

Obviamente, la doctrina del TEDH en materia de discriminación es abundante[109], aunque no tanto en el ámbito laboral y de Seguridad Social, donde los tribunales internos, y más en el caso de España, cuentan con amplia trayectoria y una jurisprudencia muy aquilatada, reforzada por la labor de un órgano de garantía específico, con un rol de «intérprete supremo» del texto constitucional, en palabras del art. 1 LOTC. En cualquier caso, el TS no reniega de la doctrina del TEDH, en la que se apoya cuando le resulta de utilidad, y en ocasiones no requiere para ello una sentencia concreta, sino que se limita a recordar líneas de tendencia, aunque la operación más frecuente es una referencia indirecta. En efecto, en esta materia de derechos fundamentales suele ser el TC el que más a menudo acude a la doctrina del TEDH, y el TS se adhiere a esos argumentos y acomoda su respuesta a la jurisprudencia constitucional y a la manera en la que esta ha integrado los criterios del Tribunal de Estrasburgo[110]. Esa misma forma

La protección del trabajador ante nuevas formas de discriminación: la orientación y/o condición sexual. Análisis de la cuestión a la luz de los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, RGDTSS (iustel), nº 53, 2019.

[106] *Vid.* SSTC 19/1982, de 5 mayo, sobre compatibilidad entre pensiones, 92/2014, de 10 junio, 98/2014, de 23 junio, 115/2014, de 8 julio, y 124/2014, de 21 julio. Por el contrario, un voto particular a la STC 184/1990, de 15 noviembre, invocaba la doctrina del TEDH para defender el disfrute de la pensión de viudedad en caso de «uniones conyugales de hecho».

[107] De 14-6-2016, recurso 35214/09.

[108] *Vid.* STS de 9-2-2022 (recurso 1871/2020).

[109] *Vid.* J.L. Monereo Pérez y P.G. Ortega Lozano, *Prohibición de discriminación,* Temas Laborales, nº 145, 2018, pp. 328 y ss.; B. Fernández Docampo, *La eficacia de la protección antidiscriminatoria por origen racial ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,* Revista de Derecho Social, nº 69, 2015, pp. 207-208; E. Carmona Cuenca, *Los principales hitos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de igualdad de género*, Teoría y realidad constitucional, nº 42, 2018, pp. 317 y ss.

[110] A modo de ejemplo, *vid.* SSTS de 13-10-2004 (recurso 132/2003) y 16-9-2014 (recurso 189/2013), en relación a igualdad y no discriminación salarial, de 29-5-2007 (recurso 1291/2006), relativa a jubilación anticipada, de 24-1-2013 (recurso 22/2012), acerca de la diferencia entre la protección a la familia y el derecho a contraer matrimonio, de 29-12-2014 (recurso 83/2014), sobre las diferentes indemnizaciones pactadas durante un despido colectivo, o de 21-2-2020 (recurso 1114/2018), sobre controladores aéreos.

de proceder se encuentra asimismo en una añeja jurisprudencia sobre despido, aunque en este ámbito el TS no se refería a la doctrina del TEDH únicamente en supuestos de discriminación[111], sino también para valorar la proporcionalidad entre la falta y la decisión empresarial[112].

No obstante, en algunas ocasiones las sentencias del TEDH contienen argumentos contundentes, lo que conduce al TS a adecuar fielmente su jurisprudencia a esas decisiones del Tribunal de Estrasburgo, máxime cuando el supuesto de hecho enjuiciado por el TEDH proviene de España, y todo ello sin intervención previa del TC, que en cualquier caso no resulta imprescindible. Así sucedió en relación con los ministros de culto evangélicos, cuya incorporación al sistema de Seguridad Social no tuvo lugar en las mismas condiciones que los ministros de culto católicos, principalmente porque, a diferencia de estos, no se contemplaban para los pastores evangélicos fórmulas que permitieran acreditar como cotizados períodos de prestación de servicios previos a la incorporación al sistema de Seguridad Social. El TEDH calificó esa diferencia como contraria a la libertad religiosa[113], y por extensión discriminatoria en relación con el acceso a la pensión de jubilación, y el TS extrajo de esa sentencia las consecuencias pertinentes respecto de otras prestaciones, como la viudedad, abogando por una equiparación plena sin diferencias por razón de religión[114]. Lógicamente, ante problemas similares la respuesta deberá ser la misma cuando el conflicto afecte a ministros de culto de otras religiones que también han accedido al sistema de Seguridad Social, como los rabinos[115], los imames[116], los clérigos de la Iglesia Ortodoxa del Patriarcado de Moscú en España[117] o los miembros de la Orden religiosa de los Testigos de Jehová en España[118].

CONSIDERACIONES FINALES

La doctrina del TEDH en el ámbito de lo social no es, ni mucho menos, menor o irrelevante, sino cada vez más prolija. Sin embargo, cabe afirmar que el impacto de esa doctrina sobre la jurisprudencia del TS en materia laboral y de Seguridad Social es, en líneas generales, modesto y, en muchas ocasiones, indirecto, pues la Sala Cuarta del TS no ha acudido a ella con frecuencia. Dicho de otra forma, en muchas parcelas del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social el Tribunal Supremo podría haber incorporado los criterios sentados por el TEDH, o inspirarse en ellos, pero no ha sido esa una práctica muy habitual. En verdad, el TS suele acoger esa doctrina no de primera mano, sino por las referencias que a ella se contienen en la jurisprudencia constitucional. Es cierto, no obstante, que en los últimos años se encuentran muchos más ejemplos de sentencias del TS que remiten directamente a la doctrina del TEDH, sin esa mediación del TC, fruto seguramente de que los operadores jurídicos invocan al Tribunal de Estrasburgo con mayor frecuencia, pues en cierto modo se ha producido una «sobreexplotación» jurídica de los derechos fundamentales con la intención de forzar una reinterpretación y reconfiguración de sus límites y expulsar del ordenamiento normas que se entienden injustas o inadecuadas.

En ese marco, el TC ya no es un órgano con la competencia última para perfilar el alcance de los derechos fundamentales, sino que el TJUE y el TEDH juegan un papel que no puede minusvalorarse, y que en ocasiones condiciona notablemente la labor del TC. Los ejemplos son muy numerosos en el ámbito del Derecho de la UE, como demuestra la doctri-

[111] *Vid.* STS de 10-10-1989 (Roj: STS 5268/1989).

[112] *Vid.* STS de 6-3-1986 (Roj: STS 1086/1986).

[113] *Vid.* STEDH *Manzanas Martin vs. España* (de 3-4-2012, recurso 17966/2010).

[114] *Vid.* STS de 24-4-2018 (recurso 538/2016).

[115] Art. 5 Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España.

[116] RD 176/2006, de 10 de febrero.

[117] RD 822/2005, de 8 de julio.

[118] RD 1614/2007, de 7 de diciembre.

na sobre seguridad social de trabajadores a tiempo parcial, donde el TJUE ha marcado el camino de la jurisprudencia constitucional[119], y desde luego también se aprecia un aumento de la influencia del TEDH. En efecto, nuestros tribunales tienen cada vez más en cuenta al Tribunal de Estrasburgo, y la Sala Cuarta del TS no es una excepción, como se desprende de la diversidad temática a la que se ha aludido en los epígrafes anteriores, y que, conviene también precisarlo, no configura un catálogo exhaustivo, pues el influjo del TEDH alcanza a otras materias atribuidas al orden social, si bien con un carácter más complementario o de apoyo, casi residual. Así sucede, por ejemplo, en el enjuiciamiento de la proporcionalidad de determinadas sanciones administrativas, como las que afectan a los beneficiarios de prestaciones de Seguridad Social. Se trata, en cualquier caso, de referencias no completamente consistentes, porque en general las sentencias del TEDH que se citan resuelven en relación con sanciones de carácter penal, en un contexto muy alejado del laboral[120].

También conviene advertir que en otras ocasiones la doctrina del TEDH se incorpora como un argumento *ex abundancia*, sin verdadero peso específico en la respuesta final, que descansa sobre otras premisas. Así sucede, por ejemplo, en las sentencias que enjuiciaban la pérdida de derechos retributivos de los empleados públicos, bien fuera la reducción salarial del 5% operada por el Real Decreto-Ley 8/2010[121], mencionando explícitamente la STEDH *Koufaki y ADEDI vs. Grecia*[122], bien fuera la supresión de la paga extraordinaria de diciembre de 2012 efectuada por el Real Decreto-Ley 20/2012, aunque en tal caso no había cita de sentencias concretas del TEDH[123].

Y todo ello, por supuesto, sin perjuicio del impacto indirecto que sobre la configuración del proceso pudieran tener las condenas que en ocasiones sufre el Estado español cuando el Tribunal de Estrasburgo considera que la duración de un pleito ha sido excepcionalmente larga[124]. Esa clase de asuntos no conlleva una integración de la doctrina de ese Tribunal en la jurisprudencia ordinaria y ni siquiera presupone una intervención del Tribunal Supremo en ese concreto pleito, pero merece una mención para poner de relieve que la posición e influencia del TEDH dista de ser anecdótica o marginal.

En cualquier caso, el impacto de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo sobre la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo depende, por un lado, de la materia concreta y, por otro, y no es una indicación superflua o irrelevante, de la propia voluntad de la Sala. En algunos casos, probablemente los más numerosos, la doctrina del TEDH se utiliza a modo de consolidación o refrendo de la línea argumental, sin un peso verdaderamente decisivo en la decisión final, normalmente porque en tales ocasiones ya existe una doctrina asentada del TC –que por su parte ya tuvo en cuenta al Tribunal de Estrasburgo–, de modo que el TS se alinea con esos otros Tribunales, compartiendo la conclusión y los argumentos. Así sucede, en general, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, la libertad sindical o los principios de igualdad y no discriminación.

No obstante, en otras ocasiones el impacto de la doctrina del TEDH es de mayor calado, pues exige del TS una acomodación sin contar con el filtro previo del TC. No son situaciones que hayan sido muy frecuentes, pero en apa-

[119] *Vid.* SSTJUE *Elbal Moreno* (de 22-11-2012, asunto C-385/11) y *Villar Láiz* (de 8-5-2019, asunto C-161/18) y SSTC 61/2013, de 14 de marzo, y 91/2019, de 3 de julio.

[120] *Vid.* SSTS de 19 y 22-2-2016 (recursos 3035/2014 y 994/2014), en la que se citan las SSTEDH *Ismayilov vs. Rusia* (de 6-11-2008, recurso 30352/2003), *Grifhorst vs. Francia* (de 26-2-2009, recurso 28336/2002) y *Moon vs. Francia* (de 9-7-2009, recurso 39973/2003), las tres relativas a la no declaración de efectivo en la aduana superior al límite permitido.

[121] *Vid.* SSTS de 6-2 y 26-3-2014 (recursos 261/2011 y 134/2013).

[122] De 7-5-2013, recursos 57665/12 y 57667/12.

[123] *Vid.* SSTS de 17-11-2014 (recurso 287/2013) y de 1 y 12-12-2014 (recursos 285/2013 y 40/2014), entre otras.

[124] *Vid.* STEDH *García Mateos vs. España* (de 19-2-2013, recurso 38285/09).

riencia es una tendencia que se intensificará hacia el futuro, y que ya ha ofrecido resultados muy significativos, como la doctrina relativa al control del trabajador, bien sea en la utilización de dispositivos digitales, bien sea a través de cámaras de videovigilancia.

Para concluir esa clasificación cabe también aludir a los supuestos en los que el TS remite a la doctrina del TEDH de forma un tanto interesada, para apoyar determinadas ideas o argumentos que conforme al derecho interno no cuentan con un asidero demasiado firme. Así sucede, muy significativamente, en relación con la gestación subrogada, donde se extraen conclusiones de las sentencias del TEDH que seguramente van mucho más allá de lo que el Tribunal de Estrasburgo pretendía decir, y que desde luego tampoco encajan completamente con las particularidades de los casos a los que se había enfrentado ese Tribunal.

En suma, el impacto de la doctrina del TEDH en la jurisprudencia del TS es cada vez mayor, sea de forma directa o indirecta, y es previsible que se acreciente todavía más en un futuro a corto o medio plazo, porque los recursos ante el Tribunal de Estrasburgo son cada vez más numerosos, porque la globalización y los avances técnicos no sólo facilitan el acceso a la información, sino que animan a unificar criterios y derechos a nivel supraestatal, y porque, en cierto modo, los cambios sociales en las últimas décadas han derivado en una sobreinvocación de los derechos fundamentales, que se están reconfigurando, aunque con un resultado no demasiado definido todavía. Todo ello puede provocar fricciones si las sensibilidades de los distintos intérpretes no están suficientemente armonizadas, pues no es descartable que el TEDH, el TJUE y el TC acaben discrepando en algún momento sobre el alcance concreto de determinados derechos o principios –como el derecho a la intimidad en relación con el control del trabajador, o los principios de igualdad y no discriminación, donde quizás los efectos de la pandemia COVID deriven en disensiones–, y no se han articulado convenientemente los mecanismos que permitan abordar jurídicamente esa discrepancia.

En cualquier caso, y por lo que aquí interesa, la Sala de lo Social del TS es un actor secundario en ese contexto y, llegado el caso, es probable que decida apostar por la interpretación del TC, máxime si los argumentos del TEDH o del TJUE se han elaborado a partir de un supuesto de hecho no acaecido en España y al que se aplica una legislación extranjera. Sea como fuere, es previsible que, de una u otra forma, las referencias a la doctrina del TEDH en la jurisprudencia del TS se incrementen sustancialmente en los próximos años. A ello contribuirá, qué duda cabe, la inclusión de las sentencias del TEDH entre el elenco de las que pueden invocarse como contradictorias en el recurso de casación para unificación de doctrina, así como también entre aquellas que permiten interponer una demanda de revisión.

II. Jurisprudencia

Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia durante los años 2021 y 2022

Review of the case law of the Court of Justice for the years 2021 and 2022

JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO*

https://doi.org/10.55617/revmites.35

Resumen: La presente reseña recoge los pronunciamientos más importantes, sentencias en su mayoría, del Tribunal de Justicia durante 2021 y el primer semestre de 2022. La reseña no es exhaustiva y se centra en las cuestiones prejudiciales que más relevancia pueden tener en España. Por ese motivo, se ha otorgado especial extensión a las cuestiones planteadas por órganos judiciales españoles, que incluyen entre sus contenidos principales la libre circulación de trabajadores en el empleo público, la igualdad entre mujeres y hombres en materia de Seguridad social y el empleo protegido de discapacitados. En los casos suscitados en otros países, se ha buscado, en la medida de lo posible, señalar posibles repercusiones en el Derecho español. Se han excluido de la crónica las sentencias relativas a la Directiva 1999/70/CE por su general conocimiento y tratamiento en otras fuentes más detalladas.

Palabras clave: Tribunal de Justicia; jurisprudencia; cuestiones prejudiciales; libre circulación; tiempo de trabajo; Seguridad social.

Abstract: This review brings together the most important rulings, mostly judgments, of the Court of Justice during 2021 and the first half of 2022. The review is not exhaustive and focuses on the preliminary rulings that may be of most relevance in Spain. For this reason, special attention has been given to the questions referred by Spanish courts, which include among their main contents the free movement of workers in public employment, equality between women and men in social security matters and the protected employment of disabled persons. In cases arising in other countries, the aim has been, as far as possible, to point out possible repercussions on Spanish law. Judgments relating to Directive 1999/70/EC have been excluded from the chronicle because of their general knowledge and treatment in other more detailed sources.

Keywords: Court of Justice; case law; preliminary rulings; free movement; working time; social security.

* Universidad de Santiago de Compostela. josemaria.miranda@usc.es

1. INTRODUCCIÓN

El aparente fin de la pandemia ha traído consigo una recuperación de la actividad del Tribunal de Justicia. El número de sentencias de contenido social en los 18 meses estudiados ha sido muy considerable, lo que ha obligado a realizar una selección de las más importantes. Se ha optado en esta crónica por omitir la interminable retahíla de sentencias sobre la Directiva 1999/70/CE, que han sido objeto de análisis detallados en otros lugares[1]. Si los procesos de consolidación del empleo público van a poner fin a este goteo sin fin, es un enigma propio de la Esfinge. Pero lo que está claro es que el legislador español ha mostrado una considerable indiferencia frente a los mensajes que llegan de Europa en este sentido[2].

En términos políticos y no de aplicación práctica, la sentencia más relevante de todo este periodo, a mi juicio, es la de 2 de septiembre de 2021, *European Federation of Public Service Unions (EPSU) y Jan Willem Goudriaan, Comisión Europea*, asunto C-928/19 P (ECLI:EU:C:2021:656), un inhabitual recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal General que modificaba las reglas de juego en el diálogo social en el ámbito de la UE de forma muy considerable. Con su fallo respaldando el anterior pronunciamiento, el Tribunal de Justicia ha dado un espaldarazo a la fuerte posición de la Comisión, quizá con el precio de que no volveremos a ver una *directiva pactada* en mucho tiempo. Por la extensión que merecería el comentario, remito a otros trabajos donde la he analizado con la debida atención[3].

2. LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES

Esta materia, que en un tiempo fue absolutamente central en la construcción del acervo social comunitario, continúa atravesando el periodo de escasez que ya se señaló en crónicas anteriores. Las materias planteadas cada vez son más de detalle y, en líneas generales, carentes de interés más allá del Estado en el que se plantean. Por ese motivo, se ha decidido prestar aquí atención a algunas novedades relativas al *entorno* de la libre circulación, tras presentar la única sentencia relativa a España en este período.

De por sí, la existencia de la sentencia de 28 de abril de 2022, *Gerencia Regional de Salud de Castilla y León y Delia*, asunto C-86/21 (ECLI:EU:C:2022:310), ya merecería un comentario. En líneas generales, las sentencias sobre libre circulación en sentido estricto originadas en España son escasas como los pandas nacidos en cautividad. El contenido de esta sentencia no es, en sí, particularmente original, pero certifica que determinadas cuestiones sobre movilidad internacional finalmente llegan a nuestras Administraciones públicas, años después de haberse planteado en los países vecinos.

El caso que dio lugar a la cuestión prejudicial puede sintetizarse en términos simples. Convocado por la Junta de Castilla y León un proceso para el desarrollo de la carrera profesional, uno de los requisitos era una antigüe-

[1] Al respecto, AA.VV. (GÁRATE CASTRO, J. y MANEIRO VÁZQUEZ, Y., dirs.), *Estudios sobre la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de política social. Cizur Menor: Thomson-Reuters-Aranzadi*, 2022.

[2] La indiferencia empieza a trasladarse también al Tribunal de Justicia, cuyas respuestas por auto no dejan de aumentar. Al respecto, MANEIRO VÁZQUEZ, Y. «Los nuevos viejos problemas de la discriminación entre trabajadores temporales y fijos en la Administración pública española», en AA.VV. (GÁRATE CASTRO, J. y MANEIRO VÁZQUEZ, Y., dirs.), *Estudios sobre la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de política social. Cizur Menor: Thomson-Reuters-Aranzadi*, 2022, p. 109 y ss.

[3] Para la sentencia del Tribunal General, MIRANDA BOTO, J. M.ª «¿El fin de la subsidiaridad horizontal?», *Derecho de las relaciones laborales. N. 5 (2020), p. 745-758*; para la sentencia del Tribunal de Justicia, MIRANDA BOTO, J. M.ª «El proceso de doble consulta en la elaboración de las Directivas de la Unión Europea», en AA.VV. *La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales: estudios en homenaje al profesor Fernando VALDÉS DAL-RÉ. Albacete: Bomarzo, 2021*, p. 75-88.

dad de cinco años de ejercicio profesional en el Sistema Nacional de Salud. La protagonista del litigio principal cumplía tal exigencia si se computaba su tiempo de servicio en Portugal. Su solicitud fue, incomprensiblemente, rechazada, puesto que dicha antigüedad había sido tenida en cuenta para el pago de trienios. Los servicios prestados por otras personas en el Sistema Nacional de Salud español sí habían sido valorados, por lo que el TSJ de Castilla y León planteó la posible existencia de una discriminación por razón de nacionalidad, que vulneraría el derecho a la libre circulación.

El Tribunal de Justicia comenzó recordando la autonomía de la que disponen los Estados miembros para organizar sus servicios de salud, pero no dejó de precisar que dicha autonomía está sometida al respeto del Derecho de la UE. En concreto, están proscritas cuantas medidas puedan disuadir a un trabajador de abandonar su Estado de origen para trabajar en otro. A juicio del Tribunal, la falta de reconocimiento de la antigüedad podía tener esta naturaleza, si no se probaba una justificación objetiva para ello.

La defensa de la Administración de Castilla y León se fundaba en que la negativa era recibida también por quienes alegaban servicios prestados en España en instituciones sanitarias no integradas funcional y orgánicamente en el sistema de salud español. El Tribunal la rechazó de plano, al valorar la diferente afectación de españoles y ciudadanos de la UE. El número de españoles perjudicados sería mucho menor que el de los ciudadanos de la UE, que en su inmensa mayoría habrían obtenido su experiencia profesional fuera de España.

La siguiente alegación de la Administración regional fue señalar que la evaluación que se lleva a cabo tiene en cuenta los estándares reconocidos en España y que los externos pueden responder a otros inferiores. Pasando por alto la hipocresía de esta afirmación, cuando la carrera profesional está casi *automatizada*, el Tribunal de Justicia reconoció que podía existir un fundamento para esta pretensión. El problema era que la denegación era automática, sin que hubiera examen o comparación alguna de requisitos. La medida iba más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo pretendido y de ahí que el Tribunal declarara la vulneración del Derecho de la UE.

Fruto de la movilidad internacional de los trabajadores engendrada por la libre circulación, surgió hace ya varias décadas un sistema, primero complementario ahora perfectamente integrado, de ley aplicable a las obligaciones contractuales, que incluye, naturalmente, el contrato de trabajo. La sentencia de 15 de julio de 2021, *DG, EH y SC Gruber Logistics SRL, y Sindicatul Lucrătorilor din Transporturi, TD y SC Samidani Trans SRL*, asuntos acumulados C-152/20 y C-218/20 (ECLI:EU:C:2021:600), ha sido la ocasión para estudiar dicha normativa en el cada vez más complejo mundo de la logística internacional.

Los protagonistas eran conductores de camión de nacionalidad y residencia rumana. En el primer caso, la contraparte era una empresa italiana y en el contrato se establecía como lugar de trabajo Rumanía, desde donde se organizaba la actividad, y la sumisión al Derecho rumano, aunque las funciones de transporte se ejercían habitualmente en Italia. En el segundo caso, la empresa era rumana, pero todo el trabajo se desempeñaba en Alemania. En ambos casos, se pretendía la sustitución de la norma rumana por la italiana y la alemana, respectivamente, y el pago de los salarios debidos conforme a estas, mucho más altos. La base jurídica para esta pretensión era la interpretación protectora del artículo 8 del Reglamento (CE) nº 593/2008, que rechaza la elección de la ley aplicable cuando vaya en detrimento del trabajador.

El Tribunal de Justicia, en síntesis, consideró que las normas sobre salario mínimo han de ser entendidas como "disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, [habría] sido [aplicable]". A pesar de ello, el Tribunal defendió la libertad de elección, indicando que "no prohíbe la utilización de cláusulas tipo redac-

tadas previamente por el empresario. La libertad de elección, en el sentido de esta disposición, puede ejercerse aceptando tal cláusula y no queda puesta en tela de juicio por el mero hecho de que dicha elección se realice sobre la base de una cláusula redactada e insertada por el empresario en el contrato". Respetando lo anterior, queda margen para que el empresario reconduzca el régimen del contrato.

Otra de las rarezas jurisprudenciales del periodo reseñado se da en la sentencia de 2 de septiembre de 2021, *O. D., R. I.H.V., B.O., F.G., M.K.F.B., E.S., N.P., S.E.A. e Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS),* asunto C-350/20 (ECLI:EU:C:2021:659), que ha estudiado la Directiva 2011/98/UE, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro.

La Administración italiana de Seguridad social había denegado reiteradamente determinados subsidios a nacionales de terceros países, titulares del permiso único regulado por la Directiva, por carecer del estatuto de residente de larga duración (regulado a su vez en la Directiva 2003/109/CE). La Directiva de 2011 establece en su artículo 12 un derecho a la igualdad de trato en materia de Seguridad Social y este era el objeto de la cuestión prejudicial.

Para el Tribunal de Justicia, no había duda de que las prestaciones discutidas encajaban en la noción europea de prestación de Seguridad social, hallando fácil acomodo en lo regulado en el Reglamento (CE) nº 883/2004. No habiendo hecho uso Italia de la excepción que la propia Directiva contiene, el Tribunal de Justicia, de forma tajante, consideró que la norma italiana era contraria a la Directiva 2011/98/UE.

3. SEGURIDAD SOCIAL DE LAS PERSONAS QUE SE DESPLAZAN POR EL INTERIOR DE LA UE

El gran clásico de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sigue aportando un importante caudal de sentencias en interpretación del Reglamento (CE) nº 883/2004. Es cierto que, en líneas generales, carecen del relumbrón de antaño en su capacidad de creación de conceptos. Así mismo, la participación española va decreciendo, orientada ahora la actividad judicial hacia otros ámbitos, una vez que los migrantes partidos antes de la adhesión han regularizado sus casos y la Administración española ha asimilado la normativa de la UE. Pero el interés, en todo caso, se mantiene, puesto que, al tratarse de un Reglamento, la interpretación del Tribunal de Justicia zanja para todos los Estados miembros las cuestiones de una manera mucho más absoluta que cuando estudia una Directiva.

Aunque el periodo transitorio de aplicación simultánea del Reglamento (CEE) nº 1408/71 y del Reglamento (CE) nº 883/2004 ha concluido ya, quedan todavía algunas cuestiones prejudiciales referentes al primero. Una de ellas es la sentencia de 20 de mayo de 2021, *FORMAT Urządzenia i Montaże Przemysłowe y Zakład Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w Warszawie, con intervención de UA,* asunto C-879/19 (ECLI:EU:C:2021:409).

Dentro de dichos Reglamentos, la parte más compleja es, sin duda, la determinación de la legislación única aplicable en materia de Seguridad social, objetivo central de las normas[4]. En el caso estudiado, se trataba de un nacional polaco con residencia en Polonia que trabajó, en virtud de un único contrato, tres días en Polonia, quince días en Francia, dos meses en el Reino Unido y casi dos años a con-

[4] El trabajo de referencia en esta materia sigue siendo el de MANEIRO VÁZQUEZ, Y. «Las normas conflictuales en el sistema de coordinación de regímenes de Seguridad Social», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. N. 132 (2017), p. 249-282.*

tinuación en Francia. Ante esta situación, la Administración polaca de Seguridad social se negó a expedir el certificado E-101 (antecesor del actual A1) que indicara la sujeción al régimen polaco. El núcleo de la cuestión prejudicial era determinar si el ejercicio sucesivo y no simultáneo de las actividades daba lugar a un supuesto de pluriactividad, que implicaría la aplicación de la ley del Estado de residencia, o no, en cuyo caso serían sucesivamente aplicables las leyes de los Estados de actividad.

Recordando su propia jurisprudencia, el Tribunal indicó la necesidad de prestar atención para determinar la solución a la "duración de los períodos de actividad y a la naturaleza del trabajo por cuenta ajena tal como se definan en los documentos contractuales, así como, en su caso, a la realidad de las actividades ejercidas, es decir, en particular, la forma en que anteriormente se ejecutaron en la práctica los contratos de trabajo entre el empresario y el trabajador interesados, las circunstancias que rodearon la celebración de dichos contratos y, de un modo más general, las características de las actividades desarrolladas por la empresa". En el caso de autos, el elemento clave era el tiempo.

El Reglamento no establece límites temporales, pero el Tribunal ya se había preocupado anteriormente de señalar que lo importante para determinar esa pluriactividad es la "normalidad" de la prestación de servicios. La duración principal de la actividad en Francia descartaba la existencia de esa normalidad y transformaba la actividad en el Reino Unido en una simple coyuntura. El ámbito de doce meses previsto en el Reglamento para los trabajadores desplazados fue utilizado, de una manera un tanto sorprendente, como baremo para establecer dicha normalidad.

Poco tiempo después, el Tribunal volvió sobre los trabajadores desplazados, en la sentencia de 3 de junio de 2021, *«TEAM POWER EUROPE» EOOD y Direktor na Teritorialna direktsia na Natsionalna agentsia za prihodite — Varna*, asunto C-784/19 (ECLI:EU:C:2021:427), a propósito del certificado A1. En crónicas anteriores ya se habían señalado significativas sentencias a este mismo respecto. El hecho de que el potencial *dumping* social que puede venir de estos desplazamientos tenga su piedra de toque en ese certificado explica esta continuidad en el tiempo y justifica que la sentencia fuera dictada en formación de Gran Sala.

La ETT Team Power encaja a la perfección en la idea de "empresa buzón" contra la que pretende combatir el sistema de la UE: establecida formalmente en Bulgaria, donde solo cuenta con el personal administrativo necesario para ceder trabajadores a empresas alemanas, de donde procede toda su facturación. Para cumplir el requisito establecido en el Reglamento (CE) nº 883/2004 y en el Reglamento (CE) nº 987/2009 de ejercer normalmente sus actividades en Bulgaria, ¿basta con esta situación o debe desarrollar una parte sustancial de sus actividades "distantes de la mera gestión interna" en la propia Bulgaria? En el año 2000, la sentencia *FTS*[5] había establecido una serie de criterios para interpretar la misma disposición en el anterior Reglamento de Seguridad social. A juicio del Tribunal, ya no eran suficientes por estudiar situaciones distintas.

Según esta sentencia, la mera gestión interna abarca "únicamente actividades de mera gestión cuyo objeto sea garantizar el funcionamiento interno de la empresa". Pero no encaja ahí la actividad de selección y contratación de trabajadores para su cesión. En todo caso, el Tribunal decidió que esta respuesta no contestaba a la cuestión planteada y abordó la necesidad de realizar actividades de cesión de dichos trabajadores en Bulgaria.

La selección, para el Tribunal, es solo una actividad instrumental. De ahí que no genere

[5] Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de febrero de 2000, *Fitzwilliam Executive Search Ltd contra Bestuur van het Landelijk instituut sociale verzekeringen*, asunto C-202/97 (ECLI:EU:C:2000:75).

sustancialidad por sí misma, y que esta solo se dé si la ETT "también realiza en él de manera significativa actividades de cesión de esos trabajadores en favor de empresas usuarias que estén establecidas y ejerzan sus actividades en el mismo Estado miembro". La sentencia continuó con un largo desarrollo sobre los efectos perniciosos que sobre la competencia tendría la decisión contraria, mostrando esa doble cara social y económica de las normas sociales de la UE.

Esta sentencia ha de ser vista como un hito en la transformación de los desplazamientos de trabajadores, ya no contemplados por el Tribunal de Justicia como una criatura protegida, sino como un riesgo para la coherencia social. En sus propias palabras, "permitir a las empresas de trabajo temporal que hacen uso de la libre prestación de servicios disfrutar de esta ventaja cuando orientan su actividad de cesión de trabajadores, en exclusiva o principalmente, hacia uno o varios Estados miembros distintos de aquel en el que están establecidas podría incitar a las referidas empresas a elegir el Estado miembro en el que desean establecer su domicilio en función de su legislación de seguridad social, con el único objetivo de acogerse a la legislación que les resulte más favorable en esta materia y permitir así el *forum shopping*".

El artículo 65 del Reglamento (CE) nº 883/2004 presenta una notable complejidad, como pone de manifiesto el considerable catálogo de sentencias que sobre él ha dictado el Tribunal de Justicia[6]. Como es sabido, establece que las personas en situación de desempleo total que durante su último período de actividad por cuenta ajena hayan residido en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente y sigan residiendo en dicho Estado miembro o regresen a él se pondrán a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro de residencia. En el complejo caso estudiado en la sentencia de 30 de septiembre de 2021, *K y Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (Uwv)*, asunto C-285/20 (ECLI:EU:C:2021:785), el problema surgía al haberse producido el pase a desempleo desde una situación de incapacidad temporal en la que era competente un Estado distinto del de residencia.

En una sentencia extrañamente breve, el Tribunal zanjó de forma bastante expeditiva que la incapacidad temporal será equivalente, a los efectos del precepto, a la actividad por cuenta ajena si, "con arreglo al Derecho nacional del Estado miembro competente, la percepción de tales prestaciones se asimila al ejercicio de una actividad por cuenta ajena". El hecho de que el protagonista del caso hubiera cambiado su residencia por motivos personales carecía de la menor transcendencia, a pesar de las dudas del Tribunal en el que se originó la cuestión prejudicial.

La sentencia de 16 de junio de 2022, *Comisión Europea contra República de Austria*, asunto C-328/20 (ECLI:EU:C:2022:468), es el más interesante de todos los recursos por incumplimiento de este periodo y, televisivamente, puede ser considerada como un *spin off* del Brexit.

En el marco de las infames negociaciones para retener al Reino Unido en el interior de la UE, los Estados miembros atravesaron las Horcas Caudinas y prometieron al gobierno de David Cameron que las prestaciones familiares exportadas podrían ser objeto de indexación. Todo fue en vano, pero la legislación austriaca posterior a ese acuerdo introdujo un mecanismo similar: las prestaciones familiares serían ajustadas al nivel de precios del Estado de residencia de los hijos por los que se generaba dicha prestación.

La Comisión Europea consideró que esta reforma era contraria al Derecho de la UE y entabló un recurso por incumplimiento en el que contó con el apoyo de la República Checa,

[6] Sobre este precepto, el mejor estudio es el de PAZÓ ARGIBAY, J. M. *La protección por desempleo en el Derecho de la Unión Europea: Especial atención a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Madrid: Cinca,* 2021.

Croacia, Polonia, Rumanía, Eslovenia y Eslovaquia, territorios que, casualmente, hace poco más de 100 años formaban parte del Imperio Austro-Húngaro contra cuyo heredero se encaminaba el recurso. Austria contaba con el apoyo de Dinamarca y Noruega, en una clara división entre la Europa que exporta prestaciones y la que las importa.

En esta extensa sentencia, el Tribunal afirmó que el Reglamento (CE) nº 883/2004 "exige una estricta equivalencia entre los importes de las prestaciones familiares que un Estado miembro concede a los trabajadores cuando los miembros de su familia residen en ese Estado miembro y los importes de dichas prestaciones que se conceden cuando los miembros de la familia del trabajador residen en otro Estado miembro". Como refuerzo de esta afirmación, el Tribunal se permitió señalar que si la Comisión hubiera propuesto ajustar el Reglamento al pacto con Cameron, habría sido contraria a los Tratados y declarada inválida.

En el terreno jurídico de la libre circulación, la respuesta fue en la misma línea. Los ajustes pretendidos son discriminatorios, al afectar masivamente a los trabajadores migrantes, que son quienes tienen sus familias fuera de Austria. No fue posible hallar justificación objetiva alguna y el Tribunal declaró firmemente la contradicción con el Derecho de la UE.

4. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

4.1. Igualdad por razón de sexo

La Directiva 79/7/CEE está revolucionando en los últimos años el sistema español de Seguridad social, al poner el dedo en la llaga sobre determinados desajustes de nuestro ordenamiento. En ocasiones, no obstante, las cuestiones prejudiciales planteadas no han tenido el éxito esperado.

Un buen ejemplo de ello es la sentencia de 21 de enero de 2021, *Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y BT*, asunto C-843/19 (ECLI:EU:C:2021:55). El litigio original traía causa de la negativa de conceder el acceso a la jubilación de forma anticipada a una trabajadora encuadrada en el sistema especial de trabajadores del hogar, al no alcanzar la cuantía de la pensión mínima para poder acceder a ella de forma anticipada. El Juzgado de lo Social consideró que esta situación era discriminatoria por razón de sexo, dada la composición mayoritaria de mujeres de dicho sistema especial y lo exiguo, en líneas generales, de sus bases de cotización. Llegado el caso al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, este planteó la cuestión prejudicial para verificar la existencia de dicha discriminación.

El Tribunal de Justicia comenzó recordando que en el caso *Bocero Torrico*[7] ya había declarado que esta situación no era contraria al Reglamento (CE) nº 883/2004. En todo caso, dado que la cuestión prejudicial se refería a la Directiva 79/7/CEE, procedió a su examen, con un patrón que se encontrará reproducido en el resto de sentencias comentadas en este epígrafe. En primer lugar, declaró que la prestación de jubilación forma parte del ámbito de aplicación de la Directiva. En segundo lugar, declaró la inexistencia de una discriminación directa.

El núcleo del problema era, pues, determinar la existencia de una discriminación indirecta. Para ello, sería fundamental la comprobación de los sujetos afectados. En este sentido, resulta de gran interés el matiz indicado en la sentencia a propósito de la prueba estadística, que corresponde al órgano judicial: "en qué medida los datos estadísticos que se le someten son fiables y si se pueden tomar en consideración, es decir, entre otras cosas, si no constituyen la expresión de fenómenos

[7] Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de diciembre de 2019, *Antonio Bocero Torrico y Jörg Paul Konrad Fritz Bode contra Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social,* asuntos acumulados C-398/18 y C-428/18 (ECLI:EU:C:2019:1050).

meramente fortuitos o coyunturales y si son suficientemente significativos". Se repite el fragmento, procedente de la sentencia *YS*, en casi todas las sentencias que serán comentadas a continuación.

El Tribunal ofreció una serie de indicaciones más precisas de lo habitual. En primer lugar, indicó que debían considerarse el número de afiliados al Régimen General, el número de personas que perciben un complemento a sus pensiones para alcanzar la cuantía de la pensión mínima y las personas a las que se les denegó una pensión por jubilación anticipada. A este último punto, el Tribunal le otorgó especial relevancia y reprodujo los argumentos de la Administración española: "la existencia o no de tal discriminación indirecta puede manifestarse tomando en consideración, para un mismo año, el número de nuevos jubilados que cumplen el requisito establecido en el artículo 208, apartado 1, letra b), de la LGSS, esto es, que han cotizado más de 35 años, y que perciben un complemento a la pensión, respecto del número total de nuevos jubilados a lo largo de ese mismo año".

El último paso, de constatarse una diferencia de trato conforme a estos parámetros, sería verificar si existía un objetivo de política social que justificase esta situación y su aplicación se llevara a cabo de forma proporcionada. El alegado (en esta y en subsiguientes sentencias) era garantizar la viabilidad del sistema de Seguridad social. Al exigir alcanzar el mínimo, se controla el gasto y se prolonga la vida activa, lo que a juicio del Tribunal se lleva a cabo de forma coherente y sistemática. Al tratarse, además, de un impedimento a un acceso voluntario, la sentencia consideró que había proporcionalidad en la medida, por lo que consideró la normativa española conforme con la Directiva 79/7/CEE.

Similar impacto tuvo la sentencia de 12 de mayo de 2021, *YJ e Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS),* asunto C-130/20 (ECLI:EU:C:2021:381), que estudió la denegación del complemento de pensión por maternidad a una mujer que había accedido de forma anticipada a la jubilación. Basándose en la conocida sentencia de 12 de diciembre de 2019 del propio Tribunal de Justicia, el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona consideraba que dicha negativa resultaba discriminatoria.

El Tribunal de Justicia, para resolver la cuestión prejudicial, señaló que la discriminación por razón de sexo solo puede referirse a una diferencia de trato entre trabajadores de sexo masculino, por una parte, y de sexo femenino, por otra. En el caso estudiado, la diferencia de trato no tenía esta naturaleza, sino que se comparaba a una mujer jubilada anticipadamente con otra mujer jubilada "de forma ordinaria". La mencionada sentencia carecía de relevancia, puesto que lo allí declarado se basaba en la comparación entre sexos, y en el caso presente no. Por ese motivo, el Tribunal consideró que la cuestión quedaba fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 79/7/CEE.

Un camino similar siguió la sentencia de 14 de octubre de 2021, *F.C.I. e Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS),* asunto C-244/20 (ECLI:EU:C:2021:854), originada en este caso en el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. La intención de la cuestión planteada era verificar si la exclusión de la pensión de viudedad para las parejas de hecho no constituidas formalmente era contraria al Derecho de la Unión Europea. Pero el punto sobresaliente de esta cuestión prejudicial es que se trataba de una cuestión de validez, no de interpretación, puesto que buscaba verificar la compatibilidad de la Directiva 79/7/CEE, cuando en su artículo 3 excluye de su régimen las prestaciones en favor de supervivientes y de familiares, con el TUE, el TFUE y la Carta de Derechos Fundamentales. Las preguntas planteadas tenían una tremenda enjundia y combinaban el Derecho de la UE con el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en alguna ocasión de forma desafortunada. Quizá en esta misma enjundia estaba ya la semilla del rechazo del Tribunal de Justicia a responder.

Para el Tribunal (y para cualquiera), no cabía duda alguna sobre la naturaleza de prestación en favor de supervivientes de las efectivamente excluidas de la Directiva. Ahora bien, no responde a ninguno de los riesgos enumerados en la Directiva como su ámbito de protección, por lo que la declaración de invalidez del precepto cuestionado carecería de cualquier trascendencia. En concreto, el Tribunal señaló que no sería viable dejar sin aplicar la jurisprudencia constitucional atacada. Entendiendo que de esta manera se probaba que no había relación alguna con el objeto del litigio principal, el Tribunal declaró inadmisible la cuestión.

Mismo camino siguieron las tres restantes preguntas planteadas. Ni la Directiva 2006/54/CE era aplicable, puesto que no se refiere a los regímenes públicos de Seguridad social, ni los Reglamentos de Seguridad social podían ser invocados, puesto que solo se aplican a trabajadores migrantes y sus supérstites. La Carta de Derechos Fundamentales, por sí sola o combinada con el artículo 19 TFUE, tampoco fue considerada suficiente para prosperar.

Mucho más éxito y transcendencia mediática tuvo la sentencia de 24 de febrero de 2022, *CJ y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS),* asunto C-389/20 (ECLI:EU:C:2022:120), resolviendo una cuestión prejudicial planteada desde el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Vigo.

Se trata del bien conocido caso de la exclusión de la prestación por desempleo en el Sistema Especial para Empleados de Hogar. La solicitud de una empleada de hogar para cotizar por esta contingencia, avalada por su empleadora, fue rechazada por la TGSS, conforme a la normativa vigente. En la impugnación judicial de esta negativa, se planteó la cuestión prejudicial, a la que no puede dejar de reconocerse un notable talento estratégico. El Gobierno español y la TGSS, de hecho, intentaron oponerse a la tramitación de la cuestión, infructuosamente, puesto que el Tribunal de Justicia estudió el fondo del asunto.

No cabía duda para el Tribunal de la inclusión de las prestaciones por desempleo en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7/CEE, ni tampoco de que la Directiva 2006/54/CE no resultaba aplicable, por los motivos indicados al comentar la sentencia. No puede dejar de señalarse la tendencia de los órganos judiciales españoles a indicar vulneraciones "por aluvión", que transmite la sensación de disparar con metralla para ver si algo alcanza el objetivo.

En principio, no existiría discriminación directa, puesto que la norma española se aplica indistintamente a hombres y mujeres. Sí existe, en cambio, discriminación indirecta, al afectar a una proporción significativamente más alta de mano de obra femenina. La tarea, en las líneas de interpretación indicadas antes, le correspondería al órgano nacional. No obstante, el propio Tribunal olvidó su indicación y señaló, con los datos aportados por la TGSS, que la existencia de un 95% de mujeres en dicho sistema especial era clara imagen de una desventaja particular para las mujeres.

Siguió, naturalmente, el siguiente paso: ¿cuál es el objetivo legítimo de política social que puede justificar esta diferencia de trato? El argumento del Gobierno español sobre la imposibilidad de comparación con otros trabajadores fue descartado tajantemente por el Tribunal. Mismo camino siguió el argumento (bochornoso) según el cual se omite esta protección para mantener la tasa de empleo y evitar el trabajo ilegal y el fraude social. Si bien esta finalidad fue considerada válida por el Tribunal, la sentencia exigió la demostración de que este colectivo de trabajadoras presenta rasgos distintivos frente al resto al que no se le deniega dicha protección. El texto señala que "no parece aplicarse de manera coherente y sistemática", que no hay mayor riesgo por la cobertura del desempleo que por la de accidentes de trabajo y que la consecuencia de ello es una situación de desamparo social contraria al Derecho de la Unión. Quedamos, pues, a la espera de la reforma de la normativa que,

en el momento de cerrarse esta crónica, todavía no se ha producido.

La quinta sentencia de origen español sobre la Directiva 79/7/CEE en el periodo reseñado es la de 30 de junio de 2022, *KM e Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS),* asunto C-625/20 (ECLI:EU:C:2022:508), en este caso procedente del Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona.

La protagonista del litigio principal había sido declarada en 1999 en situación de incapacidad permanente total para su profesión de auxiliar administrativa y en 2018 en la misma situación para su siguiente profesión como "subalterna de casal"[8]. En este momento, el INSS consideró que era incompatible el disfrute de ambas pensiones. ¿Cómo encaja aquí el Derecho de la Unión Europea?

En opinión del Juzgado de lo Social, el hecho de que el sistema español permita la acumulación de prestaciones entre el Régimen General y el RETA, y no dentro del propio Régimen General, constituye una discriminación por razón de sexo, atendiendo a la muy superior proporción de hombres afiliados al RETA. Y de este criterio estadístico surgiría la vulneración de la Directiva 79/7/CEE. La Directiva 2006/54/CE también fue invocada como posible obstáculo, pero a estas alturas de la crónica el lector ya sabe que estas menciones en el campo de la Seguridad social no sirven para nada.

El Tribunal de Justicia comenzó su razonamiento reconociendo la inclusión de las prestaciones de incapacidad permanente en el ámbito de la Directiva 79/7/CEE. La sentencia, una vez más, señaló la competencia de los Estados para establecer incompatibilidades, pero precisó: no pueden implicar discriminaciones contrarias al Derecho de la UE, en especial por razón de sexo. Discriminación directa no existe, la legislación española no es tan burda.

El dato estadístico sobre el que el Juzgado de lo Social fundaba su presunción era el 36% de afiliadas al RETA frente al 64% masculino. De nuevo apareció la indicación sobre la fiabilidad de los datos estadísticos. La situación no era tan clara como en el caso comentado a propósito del desempleo. Por el contrario, esta sentencia está sembrada de escepticismo y prudencia a la hora de valorarlos y contiene numerosos indicadores para que el juez español lleve a cabo la evaluación. No hubo una respuesta decidida como en el anterior procedimiento comentado: "debe velarse por que los datos finalmente considerados al efecto sean suficientemente fiables y completos para establecer correctamente dichas proporciones". A la vista de lo expuesto, este comentarista se reconoce incapaz de resolver el dilema.

Por último, queda el requisito del objetivo legítimo que pueda dar validez a la diferencia de trato. El alegado por el INSS y el Gobierno español era preservar la viabilidad del sistema de Seguridad social. El problema señalado por la Comisión Europea, y aceptado por el Tribunal, es que el desequilibrio se produce de igual manera si las dos pensiones proceden del mismo régimen o de regímenes distintos. No habría, pues, consecuencias presupuestarias que pudieran justificar el trato diferente.

Esta sentencia deja abierta la incógnita, en conclusión, de si se va a producir, o no, una reforma de calado en nuestro sistema.

Cierra este apartado de la crónica la sentencia de 3 de junio de 2021, *K y otros, L, M, N y otros, O, P, Q, R, S, T y Tesco Stores Ltd,* asunto C-624/19 (ECLI:EU:C:2021:429), una de las últimas cuestiones prejudiciales planteadas desde el Reino Unido, y que ha analizado nada menos que el significado de la igualdad de retribución recogida en el artículo 157 TFUE.

La cuestión surgía de la reclamación de algunas empleadas de la cadena de supermercados Tesco de comparar sus retribuciones

[8] Esta denominación solo parece existir en el ámbito de esta sentencia. La versión inglesa de la sentencia la refiere como algo similar a un auxiliar de enfermería.

con los empleados de sexo masculino de otro establecimiento de la cadena, que desempeñan ocupaciones de igual valor. Cada centro tiene sus propias condiciones de trabajo, pero el empresario, formalmente, es único. ¿Tiene sentido aquí el efecto directo del artículo 157 TFUE?

El Tribunal comenzó recordando que tanto el "mismo trabajo" como el "trabajo de igual valor" han de ser garantizados directamente, sin necesidad de norma de cobertura alguna. Esta obligación se extiende incluso a los convenios colectivos y a los contratos entre particulares, y debe ser protegida por los Tribunales nacionales. Estas nociones tienen "un carácter puramente cualitativo, en cuanto que está[n] exclusivamente ligado[s] a la naturaleza del trabajo efectivamente realizado por los interesados". No caben distinciones que puedan perjudicar el efecto útil de esta disposición.

La desigualdad, eso sí, debe proceder de una fuente única, la que puede repararla y restablecer la igualdad de trato. En el caso concreto, correspondería al Tribunal original comprobar si, en efecto, Tesco Stores ocupa tal posición. Y de ser así, sería plenamente aplicable el efecto directo del artículo 157 TFUE, incluso en un litigio entre particulares.

4.2. Prohibición de discriminación por razón de discapacidad

Las sentencias interpretando la Directiva 2000/78/CE, especialmente en materia de discapacidad, siguen formando parte con la regularidad habitual del repertorio del Tribunal de Justicia. En algunos procedimientos, a pesar de la deriva hacia los puntos de detalle ya señalada en otras materias, el Tribunal ha tenido ocasión de realizar declaraciones de un gran interés.

Tal fue el caso de la sentencia de 26 de enero de 2021, *VL y Szpital Kliniczny im. dra J. Babińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie*, asunto C-16/19 (ECLI:EU:C:2021:64), que pone de manifiesto lo absurdos que pueden ser, en ocasiones, los trámites burocráticos.

El origen del caso era la decisión de un hospital polaco de abonar un complemento salarial a sus trabajadores con discapacidad, principalmente para evitar contribuciones más onerosas a un fondo público. El problema era que solo se abonaría a quienes hubieran entregado un certificado de su discapacidad después de una fecha determinada (13 trabajadores) y no a quienes lo hubieran entregado antes (19 trabajadores). La diferencia de trato se producía, por lo tanto, en función de una fecha aparentemente neutra, entre trabajadores con discapacidad. ¿Vulneraba esta situación la Directiva 2000/78/CE?

Estaba claro para el Tribunal que la circunstancia descrita encaja en las condiciones de remuneración amparadas por la Directiva. Sin mencionar el caso *Coleman*[9], el Tribunal señaló rotundamente que no puede admitirse "que la prohibición de la discriminación prevista por dicha Directiva se limite solamente a las diferencias de trato existentes entre personas aquejadas de una discapacidad y personas que no tienen esa discapacidad. En cambio, de la referida expresión «basada en» se desprende que solo puede constatarse una discriminación por motivos de discapacidad, en el sentido de esa misma Directiva, cuando el trato menos favorable o la desventaja particular de que se trate se sufren en función de la discapacidad". No hay exigencias en la Directiva sobre quién es el término de comparación concreto ni hay una oposición entre personas con y sin discapacidad. El elemento esencial es la discapacidad como fuente de la diferencia de trato. Curiosamente, tanto la Comisión Europea como los Gobiernos polaco y portugués coincidieron en este enfoque: cabe la comparación con otros trabajadores con discapacidad.

[9] Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 2008, S. *Coleman contra Attridge Law y Steve Law*, asunto C-303/06 (ECLI:EU:C:2008:415).

El siguiente paso era considerar la existencia o no de discriminación, una vez fijado el término de comparación. Revisando su amplia jurisprudencia en numerosas materias, el Tribunal concluyó que "cuando un empresario trata a un trabajador de manera menos favorable de lo que otro de sus trabajadores sea, haya sido o pudiera ser tratado en situación análoga y ese trato desfavorable resulta haberse dispensado, habida cuenta de todas las circunstancias pertinentes del caso, sobre la base de la discapacidad de ese primer trabajador, tal trato es contrario a la prohibición de discriminación directa". Al no haber permitido la *actualización* del certificado, el empresario estaba creando una situación peyorativa.

El Tribunal consideró entonces si existía alguna justificación para la fecha de exigencia del certificado. Esta sería una tarea para el órgano nacional, que debería prestar a los perjudicados, a las posibles medias de enmienda y a la proporcionalidad de la actuación. A juicio del Tribunal, no parecían existir justificaciones, pero decirlo no era su responsabilidad.

La sentencia de 15 de julio de 2021, *XX y Tartu Vangla*, asunto C-795/19 (ECLI:EU-:C:2021:606), es un buen ejemplo, a su vez, de la falta de atención que las Administraciones nacionales prestan a la jurisprudencia originada en otros Estados miembros. Sin necesidad de entrar en todos los detalles, el caso trata de la agudeza auditiva que se exige a los funcionarios de prisiones en Estonia. Esta se mide en frecuencias de Hercios y no pueden emplearse audífonos. En cambio, sí se pueden usar gafas para corregir la vista.

El caso encaja en el Derecho de la UE a través de la diferencia de trato por discapacidad que forma parte del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE. El Tribunal comenzó reconociendo que el orden público es una justificación suficiente para el establecimiento de requisitos como este. Ya desde el caso *Wolff* ha venido sosteniéndolo. Lo que fallaba en este caso era la proporcionalidad. Ninguna de las medidas alternativas previstas en la Directiva formaba parte del repertorio estonio, que solo contemplaba la extinción del contrato en caso de incumplimiento. No cabía ajuste razonable en la situación del trabajador con discapacidad auditiva. Y tal situación es contraria a la Directiva.

Sobre los ajustes razonables se pronunció también la sentencia de 10 de febrero de 2022, *XXXX y HR Rail SA*, asunto C-485/20 (ECLI:EU:C:2022:85). En este caso, se trataba de un trabajador de mantenimiento de ferrocarriles en Bélgica, al que la colocación de un marcapasos hizo incompatible su ocupación por exposición a los campos electromagnéticos emitidos por las vías férreas. Tras el reconocimiento de su discapacidad, se le destinó a un puesto de operario de almacén, siendo despedido poco tiempo después. Al tener su contrato la modalidad de contrato en prácticas, no tenía derecho a un cambio de puesto de trabajo.

El contenido de la cuestión prejudicial era determinar si los ajustes razonables incluyen destinar a un trabajador en estas circunstancias, cualquiera que sea su modalidad de contrato, a otro puesto para el que disponga de las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas.

Recurriendo a lo ya dicho en el caso *Balkaya,* el Tribunal precisó que las personas que realizan este tipo de prácticas están incluidas en la noción europea de trabajador, por lo que no cabía matiz alguno. De la misma manera, al suponer su dolencia una barrera para una participación plena y efectiva en la vida profesional, debía considerarse como una discapacidad.

Los ajustes razonables, según la consolidada jurisprudencia del Tribunal, tienen una amplia naturaleza, incluyendo medidas de orden físico, organizativo o educativo. Entre ellas figura el cambio de puesto de trabajo, cuando no suponga una carga excesiva para el empresario. Dado que ya se le había asignado otro puesto antes de su despido, parece fácil señalar que la carga no era tan excesiva en el caso concreto.

4.3. Prohibición de discriminación por razón de religión

Alemania era, tradicionalmente, el escenario de cuestiones prejudiciales sobre religión derivadas de confesiones protestantes o la Iglesia católica. Incorpora ahora el pañuelo islámico a su catálogo con la sentencia de 15 de julio de 2021, *IX y WABE eV y MH Müller Handels GmbH y MJ,* asuntos acumulados C-804/18 y C-341/19 (ECLI:EU:C:2021:594).

En ambos casos, se trataba de mujeres que habían comenzado a usar el pañuelo islámico, cuyas empresas les habían indicado que debían cesar en tal práctica, por contradecir sus reglas internas de prohibición de exhibición de símbolos religiosos. En un caso, se trataba de una guardería (autoproclamada apolítica y aconfesional); en el otro, de una dependienta y cajera de una cadena de droguerías. Al chocar las interpretaciones sobre la sentencia del propio Tribunal de Justicia *G4S Secure Solutions*[10] y sobre la jurisprudencia constitucional alemana al respecto, se plantearon las cuestiones prejudiciales que buscaban dilucidar si se trataba o no de una discriminación por razón de religión, prohibida por la Directiva 2000/78/CE.

El punto central de la cuestión es la ponderación entre la libertad religiosa, que ampara el uso del pañuelo, y la libertad de empresa, amparada en el artículo 16 de la Carta de Derechos Fundamentales. En los litigios originales, se había apuntado incluso a la discriminación por razón de origen étnico y por razón de sexo, puesto que solo se puede prohibir semejante práctica a las mujeres. Me permito señalar que un varón sikh se vería afectado por la misma prohibición.

La elaboración del Tribunal de Justicia en esta sentencia ha sido especialmente cuidada, con referencias muy notables al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la hora de interpretar la Carta de Derechos Fundamentales. La resolución en Gran Sala apunta también a una firme intención de resolver de la manera más sólida posible una cuestión de enorme sensibilidad.

Recordando de forma muy destacada lo que ya había dicho en *G4S Secure Solutions*, el Tribunal descartó la existencia de una discriminación directa: "una norma de esa índole no constituye tal discriminación si atañe indistintamente a cualquier manifestación de esas convicciones y trata por igual a todos los trabajadores de la empresa, imponiéndoles, de forma general e indiferenciada, especialmente una neutralidad indumentaria que se opone al uso de tales signos". El tribunal nacional debería constatar, en todo caso, que la aplicación afectaba a todas las religiones. En la sentencia consta, en este sentido, que en la guardería implicada se había obligado a que una trabajadora retirara de su indumentaria una cruz que llevaba a la vista.

Es muy raro que el Tribunal de Justicia reconozca la existencia de una discriminación directa, por lo burdas que son en sí mismas. De ahí que la clave en este tipo de cuestiones prejudiciales sea determinar la existencia de una discriminación indirecta y los posibles factores que puedan justificarla. En este caso, la justificación exhibida para la prohibición de símbolos religiosos era la voluntad empresarial de mantener neutralidad al respecto.

Para el Tribunal de Justicia quedaba meridianamente claro que las principales afectadas eran las mujeres de religión musulmana. Había, pues, una diferencia de trato. Correspondía examinar, de forma restrictiva como es habitual, los propósitos buscados y los medios empleados para ello. Matizando lo que había dicho en su anterior sentencia, el Tribunal señaló lo siguiente: "la mera voluntad de un empresario de llevar adelante un régimen de neutralidad, aunque constituya, en sí, una finalidad legítima, no es suficiente, por sí sola, para justificar objetivamente una diferencia

[10] Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 2017, *Samira Achbita y Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contra G4S Secure Solutions NV*, asunto C-157/15 (ECLI:EU:C:2017:203)

de trato basada indirectamente en la religión o las convicciones, ya que el carácter objetivo de tal justificación solo puede determinarse ante una necesidad real de ese empresario, necesidad que incumbe a este demostrar".

Esta frase supone el salto de la teoría a la práctica, de la prohibición abstracta a la necesidad de probar el perjuicio real, de exhibir las consecuencias reales que se seguirían del abandono de la política de neutralidad. El Tribunal apunta aquí a las "expectativas legítimas" de los clientes. La aparición del adjetivo salva de las consideraciones pseudo-racistas que podrían derivarse a primera vista. ¿Es legítimo aspirar a una "guardería sin religión" cuando lo que se quiere es una "guardería sin musulmanes"? Con esta pregunta creo que dejo planteados todos los hilos sueltos.

La siguiente conclusión del Tribunal, recogida en el fallo mismo de la sentencia, es de gran calado: "Una prohibición limitada al uso de signos de convicciones políticas, filosóficas o religiosas que sean vistosos y de gran tamaño puede constituir una discriminación directa basada en la religión o las convicciones, que, en cualquier caso, no puede justificarse sobre la base de esa disposición". Todo o nada. Caso de que exista un motivo fundado para imponer la restricción, debe ser general. A nadie se le pasa por alto la diferencia entre la visibilidad de unos símbolos y otros.

La última parte de la cuestión apuntaba al conflicto entre la normativa europea y la nacional, en este caso la de rango constitucional. El choque potencial afectaría a la libertad de empresa de la Carta y a la libertad religiosa amparada por la Ley Fundamental de Bonn, en síntesis. ¿Era admisible la protección reforzada que esta concede? El Tribunal optó aquí por la defensa de la libertad religiosa y de las prácticas nacionales: "al examinar si existe una diferencia de trato por motivos de religión o convicciones, las disposiciones nacionales que protegen la libertad de pensamiento, de convicción y de religión, como valor al que las sociedades democráticas contemporáneas vienen atribuyendo una creciente importancia desde hace muchos años, pueden tenerse en cuenta como disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato".

La libertad de empresa ha sido derrotada en este choque con la libertad religiosa. Queda por ver cómo se resolverán conflictos futuros con otros derechos fundamentales. En todo caso, el recuerdo de *Laval* y *Viking* parece desvanecerse.

5. CONDICIONES DE TRABAJO

5.1. Tiempo de trabajo

Pocas directivas tienen la capacidad de generar dudas de la que gozan la Directiva 93/104/CE y su continuadora 2003/88/CE. A medida que la percepción del tiempo de trabajo va mutando, el Tribunal de Justicia continúa en su delimitación de contenidos.

Una primera sentencia al respecto, de gran interés teórico, es la de 24 de febrero de 2022, *VB y Glavna direktsia «Pozharna bezopasnost i zashtita na naselenieto»,* asunto C-262/20 (ECLI:EU:C:2022:117). El interés directo para el lector español práctico es escaso, pero las implicaciones generales de la lectura que ha dado el Tribunal de Justicia son muy considerables. ¿A quién le importa en España la retribución por trabajo nocturno de los bomberos búlgaros? A nadie. ¿Es relevante que se pueda transponer de forma diferente en el sector público y en el sector privado? No cabe discusión al respecto.

El primer punto abordado por el Tribunal fue el margen de libertad del que disponen los Estados miembros a la hora de regular el trabajo nocturno. De acuerdo con la Directiva 2003/88/CE, esta regulación ha de ser necesariamente protectora y la sentencia incluía una serie de elementos posibles para ello. Entre ellos figura, pero no de forma obligatoria, una reducción de la duración de ese tiempo de trabajo. Lo más llamativo de esta parte de la sentencia fue la utilización por el Tribunal como

referencia interpretativa del Convenio 171 de la OIT, algo poco habitual en su práctica. La conclusión del Tribunal fue, en definitiva, que el trabajo durante el día y durante la noche no tiene por qué tener necesariamente duraciones iguales. Pero siempre debe existir un elemento compensador que haga que la especial dureza del trabajo nocturno sea correspondida por otros elementos *defensivos*. La legislación nacional de transposición debe contener algún mecanismo. ¿Existía en el caso búlgaro?

El auténtico nudo gordiano de este caso se encontraba en la segunda cuestión planteada por el tribunal búlgaro: "¿Exige el principio de igualdad establecido en los artículos 20 y 31 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que la duración normal del trabajo nocturno de siete horas, determinada en el Derecho nacional para los trabajadores del sector privado, se aplique también a los empleados del sector público, incluidos policías y bomberos?".

Recuérdese que los mencionados preceptos establecen, respectivamente, que "Todas las personas son iguales ante la ley" y que "1. Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad. 2. Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas".

La implicación última de esta pregunta resulta clara y no está relacionada en modo alguno con el trabajo nocturno. Si la respuesta era rotundamente afirmativa, podía seguirse de ello la necesidad de que las condiciones de trabajo en el sector público y en el sector privado quedaran armonizadas de forma obligatoria. Los poderes de los Estados miembros habrían quedado reducidos en un grado muy significativo, transformando la concepción de la armonización. Este obvio peligro no puede haber estado ausente de la mente de los jueces del Tribunal de Justicia.

El hecho de que la propia sentencia recogiera como antecedente lo dicho en *Baldonedo Martín* permitía augurar por dónde discurriría la resolución: "una diferencia de trato basada en el carácter funcionarial o laboral de una relación de servicio puede, en principio, apreciarse a la luz del principio de igualdad de trato, el cual constituye un principio general del Derecho de la Unión".

La salida de este laberinto se halló siguiendo el hilo del rechazo de las lecturas generales y abstractas de estos principios. Lo necesario era una interpretación "de un modo específico y concreto, teniendo en cuenta todos los elementos que caracterizan esas situaciones, especialmente a la luz del objeto y la finalidad de la normativa nacional que establezca la distinción controvertida y, en su caso, de los principios y objetivos del ámbito al que pertenezca dicha normativa nacional", como ya había señalado en el caso *MB*.

Los conocedores de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no tendrán dificultad de pronosticar hacia dónde conducen este tipo de afirmaciones: la búsqueda de una justificación objetiva y razonable. Encontrarla, como es costumbre, es una tarea que queda para el órgano jurisdiccional nacional. Eso sí, el Tribunal de Justicia en su sentencia ha ofrecido varias indicaciones y descartes. La explicación de que el trabajo diario y el nocturno pueden durar lo mismo, sin compensación alguna, ya queda descartada de antemano. Ninguna finalidad admisible encaja en dicha idea.

Las razones presupuestarias, por supuesto, no tienen encaje en ese modelo. El dinero, en la jurisprudencia ya clásica del Tribunal de Justicia, nunca trae una explicación suficiente. Es muy difícil que pueda ser considerado como un objetivo de interés general. Incluso si es cierto que el abono de compensaciones a los bomberos (y al resto de empleados público, *sequitur*) impondría una carga severa al Estado búlgaro, el Tribunal de Justicia pidió al órgano jurisdiccional proponente que encontrara otra justificación.

En definitiva, la decisión del Tribunal de Justicia en este caso es, en cierta medida,

un fallo de Schrödinger. Deja abierto el camino, no puede negarse, para que se puedan transponer directivas de forma distinta en el sector público y en el sector privado, puesto que esta posibilidad no ha sido rechazada categóricamente. Pero la condición para ello es severa: justificaciones razonables y objetivas. Y como todos los lectores de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia saben, encontrar una de esas nunca ha sido tarea fácil. En el caso de los bomberos búlgaros, la respuesta parece más oscura que la noche en la que realizan sus discutidos turnos, en lugar de consagrarla al sueño.

En contraste con esta elucubración teórica, se encuentra la serie de sentencias dedicadas en el periodo estudiado a discernir qué es tiempo de trabajo y qué es tiempo de descanso. Desde la remota sentencia *SIMAP*, el Tribunal de Justicia ha ido intentado perfilar uno y otro. En los últimos 18 meses, esta cuestión parece haber sido una preocupación central de los Tribunales de toda Europa, quizá espoleados por la sentencia *Matzak*. Por su coincidencia argumental, serán presentadas de forma especialmente sintetizada[11].

La primera en el tiempo fue la de 9 de marzo de 2021, *D. J. y Radiotelevizija Slovenija*, asunto C-344/19 (ECLI:EU:C:2021:182). En ella el Tribunal sentó los argumentos que se repetirían en las posteriores. "Tiempo de trabajo" y "tiempo de descanso" son conceptos de Derecho de la Unión, sin que existan categorías intermedias, ni puedan ser determinados por los Derechos nacionales. Lo que distingue a uno y otro es "el hecho de que dicho trabajador está obligado a hallarse físicamente en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de este para poder prestar sus servicios inmediatamente en caso de necesidad". En línea con ello, "cuando las limitaciones impuestas al trabajador durante un determinado período de guardia no alcanzan tal grado de intensidad y le permiten administrar su tiempo y dedicarse a sus propios intereses sin grandes limitaciones, solo constituye «tiempo de trabajo», a efectos de la aplicación de la Directiva 2003/88, el tiempo correspondiente a la prestación laboral efectivamente realizada".

En esta primera sentencia, referida a especialistas de centros de transmisión televisiva situados en la montaña, el Tribunal declaró que "un período de guardia en régimen de disponibilidad no presencial durante el cual un trabajador solo debe estar localizable por teléfono y poder presentarse en su lugar de trabajo, en caso de necesidad, en el plazo de una hora, pudiendo residir en un alojamiento de servicio puesto a su disposición por el empresario en dicho lugar de trabajo, pero sin estar obligado a permanecer en él, solo constituye, en su totalidad, tiempo de trabajo en el sentido de esta disposición si de una apreciación global de todas las circunstancias del caso de autos, en particular de las consecuencias de dicho plazo y, en su caso, de la frecuencia media de intervención en el transcurso de ese período, se desprende que las limitaciones impuestas a dicho trabajador durante ese período son de tal naturaleza que afectan objetivamente y de manera considerable a su capacidad para administrar libremente, en ese mismo período, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicarlo a sus propios intereses. El hecho de que el entorno inmediato del lugar en cuestión sea poco propicio para el ocio carece de pertinencia a efectos de dicha apreciación".

Por su parte, en la sentencia también de 9 de marzo de 2021, *RJ y Stadt Offenbach am Main*, asunto C-580/19 (ECLI:EU:C:2021:183), dictada también en formación de Gran Sala y con el mismo ponente, el colectivo estudiado fueron bomberos. Sobre argumentos similares, el Tribunal declaró que "un período de guardia en régimen de disponibilidad no presencial durante el cual un trabajador debe poder presentarse en el término munici-

[11] Un estudio desarrollado de las dos primeras en RIBES MORENO, M.ª I. «Tiempo de trabajo y guardias: un complejo desafío», en AA.VV. (GÁRATE CASTRO, J. y MANEIRO VÁZQUEZ, Y., dirs.), *Estudios sobre la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de política social. Cizur Menor: Thomson-Reuters-Aranzadi*, 2022, p. 253 y ss.

pal de la ciudad en la que está destinado en un plazo de veinte minutos, con su uniforme de intervención y el vehículo de servicio puesto a su disposición por su empresario, haciendo uso de las excepciones a las normas de tráfico de aplicación general y de los derechos de preferencia vinculados a ese vehículo, solo constituye, en su totalidad, «tiempo de trabajo» en el sentido de esta disposición si de una apreciación global de todas las circunstancias del caso de autos, en particular, de las consecuencias de dicho plazo y, en su caso, de la frecuencia media de intervención en el transcurso de ese período, se desprende que las limitaciones impuestas a dicho trabajador durante ese período son de tal naturaleza que afectan objetivamente y de manera considerable a su capacidad para administrar libremente, en ese mismo período, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicarlo a sus propios intereses".

La saga continuó con la sentencia de 15 de julio de 2021, *B. K. y Republika Slovenija (Ministrstvo za obrambo),* asunto C-742/19 (ECLI:EU:C:2021:597), de nuevo en Gran Sala, con el mismo ponente. Los afectados en este caso, militares en guardias de imaginaria. De acuerdo con el Tribunal de Justicia, estas situaciones se encuentran excluidas del ámbito del Derecho de la UE, "bien cuando dicha actividad se produzca en el marco de su formación inicial, de un entrenamiento operativo o de una operación militar propiamente dicha; bien cuando constituya una actividad tan particular que no se preste a un sistema de rotación de efectivos que permita garantizar el respeto de las exigencias de dicha Directiva; bien cuando resulte, a la vista de todas las circunstancias pertinentes, que dicha actividad se cumple en el marco de acontecimientos excepcionales, cuya gravedad y magnitud requieran la adopción de medidas indispensables para la protección de la vida, de la salud y de la seguridad colectiva y cuyo correcto cumplimiento se vería comprometido si debiera respetarse la totalidad de las normas contenidas en dicha Directiva; bien cuando la aplicación de dicha Directiva a tal actividad, al obligar a las autoridades afectadas a establecer un sistema de rotación o de planificación del tiempo de trabajo, no pudiera producirse sin detrimento del buen cumplimiento de las operaciones militares propiamente dichas".

En la sentencia de 9 de septiembre de 2021, *XR y Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost*, asunto C-107/19 (ECLI:EU:C:2021:722), la formación era la Sala Décima, pero el ponente seguía siendo el mismo. Los tiempos de reacción de los bomberos de una empresa checa se habían reducido a dos minutos. Por ese motivo, el Tribunal declaró que "constituyen «tiempo de trabajo» (…) las pausas concedidas a un trabajador durante su tiempo de trabajo diario, durante las cuales debe estar en condiciones de salir para efectuar una intervención en un lapso de dos minutos en caso de necesidad, ya que de una apreciación global del conjunto de las circunstancias pertinentes se desprende que las limitaciones impuestas a dicho trabajador en esas pausas son tales que afectan objetivamente y de manera considerable a la capacidad de este para administrar libremente el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicar ese tiempo a sus propios intereses".

En cambio, la sentencia de 11 de noviembre de 2021, *MG y Dublin City Council*, asunto C-214/20 (ECLI:EU:C:2021:909), consideró la guardia de un bombero irlandés que durante sus periodos de guardia podía desempeñar actividades como taxista. El fallo en este caso decidió que "un período de guardia en régimen de disponibilidad no presencial cubierto por un bombero del retén, durante el cual dicho trabajador ejerce, con la autorización de su empresario, una actividad profesional por cuenta propia, pero debe, en caso de llamada de urgencia, incorporarse a su parque de bomberos de adscripción en un plazo máximo de diez minutos, no constituye «tiempo de trabajo» (…) si de una apreciación global del conjunto de circunstancias del caso concreto, en particular de la extensión y condiciones de esa facultad de ejercer otra actividad profesional y de la

inexistencia de obligación de participar en todas las intervenciones realizadas desde ese parque se desprende que las limitaciones impuestas al citado trabajador durante ese período no son de tal naturaleza que afecten objetiva y muy significativamente su facultad para administrar libremente, en el referido período, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales".

Otro de los campos en los que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de tiempo de trabajo es especialmente relevante es el de las vacaciones[12]. La interpretación del artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE sigue siendo una constante en la labor del Tribunal y dos nuevas sentencias aportan algunas novedades, que en algunos Estados miembros son muy relevantes, mientras que en otros ya son prácticas consolidadas.

La primera es la de 25 de noviembre de 2021, *WD y job-medium GmbH, en liquidación*, asunto C-233/20 (ECLI:EU:C:2021:960), una nueva cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo austriaco, visitante habitual de Luxemburgo. En este caso, se trataba de un trabajador que había dimitido "sin justa causa" sin que hubiera disfrutado todos los días de vacaciones que ya había generado durante su periodo de empleo. Como nota anecdótica, disponía de 3,33 días de vacaciones, por los que se le adeudaban 322,06 euros, que la empresa se negaba a abonarle. Ante estas cantidades, es difícil no evocar el espíritu de Paco Martínez Soria. Fuera cual fuera la suma, conforme a la legislación austriaca, en caso de dimisión del trabajador sin justa causa, se pierde el derecho a compensación económica por las vacaciones no disfrutadas. El Tribunal Supremo austriaco dudó de la compatibilidad de esta normativa con el Derecho de la UE y planteó la cuestión prejudicial.

El Tribunal comenzó recordando el carácter especialmente relevante de las vacaciones en el Derecho de la UE, un derecho que no puede ser interpretado de forma restrictiva, ni siquiera supeditándolo a requisitos distintos de los contenidos en la Directiva. La percepción de una indemnización en caso de imposible disfrute, de acuerdo con el Tribunal, tampoco puede ser supeditado a ningún requisito distinto de la extinción y del derecho generado. Precisó la sentencia además que la causa de extinción de la relación laboral es irrelevante. Consecuencia de ello, declaró que la normativa austriaca era contraria al Derecho de la UE.

A su vez, en la sentencia de 9 de diciembre de 2021, *XXXX y Staatssecretaris van Financiën*, asunto C-217/20 (ECLI:EU:C:2021:987), en una formación compuesta por jueces que tomaron parte en la sentencia anterior íntegramente y la misma ponente, se pronunció sobre el importe de la remuneración durante las vacaciones y la repercusión de las prestaciones de incapacidad temporal en su cálculo. El protagonista del litigio original, en una incapacidad de larga duración, recibió un pago calculado sobre el 70% de sus remuneraciones, esto es, sobre la cantidad que percibía durante la incapacidad y no sobre su salario íntegro mientras se encontraba en activo.

Para resolver esta cuestión, el Tribunal comenzó con un repaso extenso de su jurisprudencia anterior, que ya abordó tiempo ha asuntos similares a estos. Recordó las distintas naturalezas de las vacaciones y la incapacidad temporal, así como la necesidad de garantizar las retribuciones durante el disfrute de las primeras. Lo contrario podría inducir a un trabajador a no disfrutar de sus vacaciones, consideradas como una medida de seguridad y salud.

El argumento empleado para defender el pago reducido era que, en efecto, estaba recibiendo su retribución ordinaria anterior. No fue aceptado por el Tribunal, que consideró que esa medida exigía la obligación de trabajar a tiempo completo, no recogida en la Di-

[12] Una síntesis en NORES TORRES, L. E. «La influencia "comunitaria" en la configuración "interna" del derecho a las vacaciones anuales retribuidas», *Revista Galega de Dereito Social. N. 10 (2020), p. 53-82.*

rectiva. De ahí que afirmara que "el derecho a vacaciones anuales retribuidas debe determinarse, en principio, en función de los períodos efectivamente trabajados con arreglo al contrato de trabajo, sin que se tenga en cuenta el hecho de que el importe de esa retribución se haya reducido como consecuencia de una situación de incapacidad laboral por enfermedad".

5.2. Contratación pública

La entrada en vigor de la Directiva 2014/24/UE en materia de contratación pública trajo consigo un refuerzo de la importancia de las cláusulas sociales en esta materia, siendo transpuesta al Derecho español por la Ley de Contratos del Sector Público de 2017. En la sentencia de 6 de octubre de 2021, *Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo (Conacee) y Diputación Foral de Gipuzkoa*, asunto C-518/19 (ECLI:EU:C:2021:810), se resolvió la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco a propósito de determinados contratos reservados por dicha Diputación Foral a centros especiales de empleo de iniciativa social y empresas de inserción.

El origen del litigio era la exclusión de dicha reserva de los centros especiales de empleo de iniciativa empresarial, a los que Conacee representa a nivel nacional. A su juicio, la limitación era contraria al artículo 20 de la Directiva, al imponer requisitos adicionales a los allí recogidos para la reserva de los contratos. Dicho precepto se limita a establecer que "al menos el 30 % de los empleados de los talleres, los operadores económicos o los programas sean trabajadores discapacitados o desfavorecidos".

En opinión del Tribunal, dicho porcentaje es una simple exigencia mínima y los Estados gozan de una cierta libertad para la aplicación del precepto. Al tratarse, además, de una norma relativa a un objetivo de política social, la facultad estatal de apreciación se ve aumentada y es compatible con el Derecho de la UE el establecimiento de requisitos adicionales. Ahora bien, esta libertad no es absoluta, sino que está sometida a las libertades económicas de la UE.

La tarea de verificar este ajuste le correspondía al TSJ, conforme a los criterios ofrecidos por el Tribunal de Justicia. En primer lugar, debía comprobar si los centros especiales de empleo de iniciativa social se encuentran en la misma situación que los centros especiales de empleo de iniciativa empresarial, en especial en lo que concierne a las condiciones normales de competencia. No obstante, también debía verificar si los centros de iniciativa social pueden promover de forma más eficaz el objetivo de integración social perseguido.

En segundo lugar, debía comprobar la proporcionalidad de la medida, "si tanto el hecho de que una entidad con ánimo de lucro participe mayoritariamente, directa o indirectamente, en un centro especial de empleo de iniciativa social como la reinversión de solo una parte de los beneficios en dichos centros permiten garantizar que estos sean capaces de alcanzar dicho objetivo de una manera tan eficaz como lo permite la aplicación de los requisitos mencionados".

5.3. Empresas de trabajo temporal

Tras un considerable periodo de silencio, las sentencias interpretando la Directiva 2008/104/CE, sobre empresas de trabajo temporal, empiezan a encontrar su puesto en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Ejemplo de ello es la sentencia de 17 de marzo de 2022, *NP y Daimler AG, Mercedes-Benz Werk Berlin,* asunto C-232/20 (ECLI:EU:C:2022:196), donde se estudiaron las relaciones entre la norma alemana de transposición y los convenios colectivos que la desarrollan. De acuerdo con la legislación, no cabe una cesión superior a 18 meses; de acuerdo con el convenio aplicable, no caben cesiones superiores a 48 meses. Esta situación

entró en vigor en 2017, momento en el cual el trabajador protagonista del litigio original ya había superado los 18 meses en misión en la empresa.

Para determinar si esta situación era conforme con el Derecho de la UE, el Tribunal comenzó señalando que el trabajo "de manera temporal" se refiere a la puesta a disposición y no al puesto de trabajo que se ocupa en la empresa usuaria. Por lo tanto, cabe cubrir puestos estructurales a través de trabajadores cedidos por una ETT. El primer alegato de fraude en la contratación decayó así.

El segundo punto de la cuestión trataba de la temporalidad misma de la cesión, puesto que el trabajador en cuestión había estado cedido 55 meses en total. Nada en la Directiva establece una duración máxima ni están los Estados obligados a hacerlo si regulan medidas equivalentes de prevención del abuso. El juez nacional puede llevar a cabo por sí mismo estas consideraciones, incluso, teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes. Las cesiones sucesivas y la falta de explicaciones objetivas sobre su encadenamiento pueden ser, en este caso, indicios poderosos de que se está produciendo un abuso. La razonabilidad de la temporalidad será el elemento determinante.

Un problema añadido en todo el escenario era la existencia de una disposición transitoria que limitaba los efectos en el tiempo de la normativa nacional. Si bien para el Tribunal de Justicia era indudablemente contraria a la Directiva, la sentencia recordó la ausencia de efecto directo entre particulares de las directivas. Y no aportó solución alguna al respecto.

Como tampoco hizo con la siguiente pregunta planteada. En ausencia de una disposición sancionadora que establezca la transformación en trabajador de la empresa usuaria, ¿qué solución cabe? La normativa alemana preveía la retirada de la autorización a la ETT, pero eso no tenía utilidad alguna el trabajador. Y ninguna respuesta le dio el Tribunal de Justicia: no entra en sus funciones sustituir al legislador nacional cuando este dispone de un margen de apreciación, como es el caso, para establecer su catálogo de sanciones. No podía esperarse otra respuesta por parte del Tribunal, respetuoso escrupulosamente de su jurisprudencia sobre el efecto directo.

La última pregunta planteada tenía un gran interés teórico, puesto que se dirigía a determinar la capacidad de los interlocutores sociales para establecer excepciones, a nivel de sector, a los periodos máximos de puesta a disposición. La Directiva reconoce una cierta capacidad en este sentido, pero podría ser interpretada como referida únicamente al principio de igualdad de trato y no a todas las partes de la norma. El Tribunal consideró que la facultad es la más amplia, haciendo una interpretación en conjunto de todo el texto de la Directiva. Esta situación, no obstante, no exime a los Estados de su deber de vigilancia y comprobación, pero encaja en la jurisprudencia anterior del propio Tribunal.

Poco tiempo después, en una formación integrada por jueces que habían tomado parte en la resolución anterior, se dictó la sentencia de 12 de mayo de 2022, *GD, ES y Luso Temp — Empresa de Trabalho Temporário SA*, asunto C-426/20 (ECLI:EU:C:2022:373). En ella se buscaba determinar si el régimen de vacaciones y su paga extraordinaria correspondiente debía seguir el régimen general del Código de Trabajo o el específico para empresas de trabajo temporal. En términos de Derecho de la UE, se trataba de determinar si la compensación por vacaciones forma parte de las "condiciones esenciales de trabajo y de empleo" cuya igualdad debe ser garantizada de acuerdo con la Directiva 2008/104/CE, o si por el contrario es una materia en la que caben diferencias de trato.

El Tribunal llevó a cabo un considerable examen de su jurisprudencia a propósito de otras directivas, así como del propio texto, en conjunto, de la Directiva aplicada en el caso. Y concluyó, como no podía de ser otra manera, que forma parte de las condiciones esenciales "una compensación, debida por el empresario a causa de la extinción de la relación laboral

del trabajador cedido, en concepto de los días de vacaciones anuales retribuidas no disfrutados y de la paga extraordinaria de vacaciones correspondiente", que era la prosaica traducción a la realidad del litigio.

El Tribunal elaboró especialmente la justificación del mantenimiento de la igualdad de trato tras la extinción de la relación laboral, citando, sorprendentemente, la sentencia *De Diego Porras I*. Concluyó que limitar esa protección a la vida del contrato sería ir en detrimento del efecto útil de la Directiva en el momento de mayor vulnerabilidad de los trabajadores.

Quedaba determinar, entonces, el alcance de la igualdad de trato pretendida, tarea que correspondería al juez portugués. La sentencia, no obstante, le proporcionaría indicaciones para ello. La primera fue que ninguna de las excepciones previstas en la Directiva había sido puestas en práctica por Portugal, por lo que no cabía aplicación de ellas. La interpretación conforme en este caso debería apuntar si los dos regímenes de vacaciones apuntados eran equivalentes, sin que pudiera existir una compensación menor para los trabajadores de empresas de trabajo temporal.

5.4. Insolvencia empresarial

La directiva sobre protección de los trabajadores en caso de insolvencia empresarial se resiste a abandonar la práctica del Tribunal de Justicia y es de creer que nunca llegará a hacerlo, al menos en un futuro inmediato. En la sentencia de 5 de mayo de 2022, *HJ y Ministerstvo práce a sociálních věcí,* asunto C-101/21 (ECLI:EU:C:2022:356), originada en el Tribunal Supremo de la República Checa, resurgió el problema del caso *Wagner Miret*, el abono de los salarios adeudados a un alto directivo en caso de insolvencia de la empresa dirigida por él y de cuyo consejo de administración también formaba parte.

Al considerar que no existe subordinación en el escenario descrito, la normativa checa excluye de la protección a las personas en esa situación. Una vez más, el núcleo del asunto era la definición de "trabajador asalariado", distinto en los términos de la Directiva y en la transposición nacional, debiendo respetar la finalidad de aquella en su caracterización.

El Tribunal recordó, una vez más, que la naturaleza *nacional* mercantil de una relación no permite excluir por sí sola la protección de la Directiva 2008/94/CE. Por este motivo, la jurisprudencia interna que expulsaba automáticamente a las personas en esta situación debía ser rechazada. La existencia, además, de un contrato como alto directivo obligaba al tribunal nacional a considerar su relación en estos términos.

La exclusión en la norma checa se basaba en la posible responsabilidad de estas personas en la insolvencia, por lo que sería un mecanismo de protección contra abusos en este sentido. No podrían crearse créditos artificiales que deberían ser respaldados por la institución pública. Al tratarse, no obstante, de una presunción irrefutable, el Tribunal consideró que no tenía amparo como medida de transposición de la Directiva.

5.5. Protección de datos

El Reglamento General de Protección de Datos, casi seis años después de su entrada en vigor, ya forma parte habitual de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Con la sentencia de 22 de junio de 2022, *Leistritz AG y LH*, asunto C-534/20 (ECLI:EU:C:2022:495), se aborda por primera vez su dimensión laboral, a instancias del Tribunal Supremo alemán.

Como es bien sabido, la norma europea instituye la figura del delegado de protección de datos, que "no será destituido ni sancionado por el responsable o el encargado por desempeñar sus funciones" (art.38). En el caso que dio origen a la cuestión prejudicial, una trabajadora con dichas funciones fue despedida al amortizarse dicho puesto por la externalización de sus tareas ordinarias y de la de

protección de datos. La pregunta del Tribunal alemán era el alcance de la prohibición de extinción contractual.

El Tribunal de Justicia comenzó señalando que los términos empleados en ese artículo no están definidos por el propio Reglamento, por lo que procede interpretarlos conforme a su tenor literal, pero también por su contexto y los objetivos que se pretenden con ello. De acuerdo con el primer criterio, para el Tribunal la protección sería absoluta, con independencia incluso de la existencia de una relación laboral.

De acuerdo con el segundo, en cambio, la protección solo alcanzaría al desempeño de las funciones concretas como delegado, puesto que el precepto "no tiene por objeto regular globalmente las relaciones laborales entre un responsable o un encargado del tratamiento y las personas que forman parte de su plantilla, relaciones que solo pueden verse afectadas de forma accesoria, en la medida estrictamente necesaria para la consecución de estos objetivos".

El criterio al que el Tribunal otorgó más peso fue este último. No vio incompatibilidad alguna entre la normativa alemana y permitió la protección *estricta* de los delegados, matizando que dicha normativa no debería poner en peligro la consecución de los objetivos del RGPD.

Sumario

EDITORIAL: *Carmen Sáez Lara* • I. ESTUDIOS: Diligencia debida y derechos humanos laborales en la Propuesta de Directiva de la Comisión Europea. *Wilfredo Sanguineti Raymond y Rosa María Morato García* • Ratificación del Convenio 190 OIT sobre violencia y acoso en el trabajo: impacto en el ordenamiento español y propuestas para su cumplimiento. *Sofía Olarte Encabo* • Tiempo de trabajo y desconexión digital. Hacia una nueva ordenación a partir de la normativa comunitaria y su interpretación judicial. *Mª de los Reyes Martínez Barroso* • Teletrabajo internacional: transnacional y móvil (o nomadismo digital internacional). *Francisca Fernández Prol* • La gobernanza social en la UE a través de una década de funcionamiento del Semestre Europeo. *Laura Gómez Urquijo* • Los derechos de conciliación corresponsable en el derecho español a la luz de la Directiva 2019/1158. *Sarai Rodríguez González* • Condiciones laborales transparentes y previsibles en la Directiva (UE) 2019/1152. *Gratiela-Florentina Moraru* • Digitalización, información, democratización. *Stefano Bini* • El impacto de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. *Ivan Antonio Rodríguez Cardo* • II. JURISPRUDENCIA: Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia durante los años 2021 y 2022. *José María Miranda Boto*

00154
9 772660 464706

PVP 20,00 €