Revista Crítica de Relaciones de Trabajo

Laborum

3er Trimestre 2022 nº 4

Sumario:

Dirección: José Luis Monereo Pérez

Editorial

- Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva: la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación
  José Luis Monereo Pérez, Susana Rodríguez Escanciano y Guillermo Rodríguez Iniesta

Estudios Doctrinales

- Subcontratación laboral: nuevas reglas y cabos sueltos en el Real Decreto-ley 32/2021
  María Antonia Castro Argüelles
- La negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna. Panorama tras el RDl 32/2021
  Francisco Vila Tierno y Raquel Castro Medina
- El Convenio 190 OIT y la tutela administrativa de la violencia y el acoso en el trabajo
  Juan Antonio Altés Tárrega
- El derecho al descanso en la nueva realidad laboral, especial referencia al fenómeno del teletrabajo
  Sheila López Vico

Estudios de Doctrina Judicial

- Trabajo decente y subcontratación: la responsabilidad solidaria de la comunidad de propietarios en la jurisprudencia del Tribunal Supremo
  Consuelo Chacartegui Jávega
- Influencia del Derecho Alimentario en un proceso social por despido: comentario a la SJS León 648/2021 de 29 de noviembre
  Francisco Xabiere Gómez García
- ¿Es la edad un obstáculo para presentarse a la presidencia de una organización de personas trabajadoras? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de junio de 2022, HK Danmark y HK Privat, C587/20, ECLI:EU:C:2022:419
  David Gutiérrez Colominas

Derecho Comparado y Derecho Extranjero

- El derecho de acceso a la empresa por representantes sindicales ajenos a la propia empresa. Su negación por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *Cedar Point Nursery v. Hassid* (2021)
  Jesús Martínez Girón
- El reglamento de teletrabajo y trabajo a distancia en cuba. Criterios interpretativos sobre su configuración normativa
  Reynaldo Jorge Lam Peña

Economía, Sociología e Historia de las Relaciones de Trabajo y del Estado Social

- La garantía de los derechos sociales en la Carta Social Europea como 'Constitución Social' de la Europa amplia
  José Luis Monereo Pérez

Crónica Legislativa, Doctrina judicial y Noticias bibliográficas
María Nieves Moreno Vida

Crónica Administrativa en materia de Relaciones de Trabajo
José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta

Ediciones Laborum

Revista Crítica de Relaciones de Trabajo

Laborum

3er Trimestre 2022 Nº4

© Ediciones Laborum, S.L.

Avda. Gutiérrez Mellado, nº 9
Planta 3ª - Oficina 21
30.008 - Murcia

Telf.: 968 88 21 81
Fax.: 968 88 70 40
Web: www.laborum.es
email: laborum@laborum.es

Depósito Legal: MU 1268-2021
Publicación Digital: ISSN 2792-7970

Impreso en España - Printed in Spain

Contacto Revista:

www.laborum.es/revreltra
facebook.com/RevRelTra
@ELaborum
revreltra@laborum.es

Reservados todos los derechos.
Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 917021970 / 932720447)

DIRECCIÓN:

José Luis Monereo Pérez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

SUBDIRECCIÓN:

Guillermo Rodríguez Iniesta, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia*

Susana Rodríguez Escanciano, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*

COORDINACIÓN:

Sara Guindo Morales, *Profesora Contratada Doctora. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

CONSEJO DE REDACCIÓN:

José Luis Monereo Pérez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

Guillermo Rodríguez Iniesta, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia*

Susana Rodríguez Escanciano, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*

Sara Guindo Morales, *Profesora Contratada Doctora. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Juan José Fernández Domínguez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*

José Luján Alcaraz, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*

María Nieves Moreno Vida, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

María Arántzazu Vicente Palacio, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I de Castellón*

CONSEJO ASESOR:

Carlos Luis Alfonso Mellado, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia.*

María Lourdes Arastey Sahún, *Jueza del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

Francisco Javier Arrieta Idiakez, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Deusto*

Alberto Arufe Varela, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña*

María Amparo Ballester, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*

Fabio Tulio Barroso, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Pernambuco. Brasil*

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

Stefano Bellomo, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Perugia. Italia*

Carlos Bravo Fernández, *Secretario Confederal de Seguridad Social y Previsión Social Complementaria de CCOO. Profesor Asociado de Derecho Social e Internacional Privado. Universidad Carlos III de Madrid*

Ferran Camas Roda, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Girona*

Kristina Campbell, *Catedrática de Derecho. Universidad de Columbia. Estados Unidos*

María Dolores Carrascosa Bermejo, *Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pontificia de Comillas*

María Emilia Casas Bahamonde, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Expresidenta del Tribunal Constitucional*

Faustino Cavas Martínez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*

Diana del Pilar Colorado Acevedo, *Profesora Titular. Universidad Nacional de Colombia. Magistrada Auxiliar de la Corte Suprema de Justica-Sala de Casación Laboral*

Jesús Cruz Villalón, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*

Ángel Luis De Val Tena, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*

María Teresa Díaz Aznarte, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Carmen Elena Domínguez Soto, *Profesora de Derecho del Trabajo. Pontificia Universidad Católica de Chile*

Maravillas Espín Sáez, *Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid*

Marco Espósito, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Nápoles Parthenope. Italia*

Marta Fernández Prieto, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo*

Marina Fernández Ramírez, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*

Juan García Blasco, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*

Thomas Geiser, *Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de St. Gallen. Suiza*

José María Goerlich Peset, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*

Juan Gorelli Hernández, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva*

Isabel Granados Romera, *Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Mª Sonsoles Gutiérrez de la Peña, *Inspectora de Trabajo y Seguridad Social*

María Teresa Igartua Miró, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*

Elisa Verónica Lanas Medina, *Profesora de Derecho del Trabajo. Universidad de Cuenca. Ecuador*

Liliana Hebe Litteri, *Profesora Adjunta Regular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho. Argentina*

Belén del Mar López Insua, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Günther Löschnigg, *Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Graz. Austria*

Juan Pablo Maldonado Montoya, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad CEU San Pablo*

Isabel Marín Moral, *Profesora de Derecho. Universidad Francisco de Vitoria. Abogada*

Lucía Martín Rivera, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*

Jesús Martínez Girón, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña*

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

Jesús Mercader Uguina, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid*

António Monteiro Fernandes, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Nova de Lisboa. Portugal*

Francisca Moreno Romero, *Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid*

Juan Pablo Mugñolo, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Buenos Aires. Argentina*

Magdalena Nogueira Guastavino, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid*

Antonio Ojeda Avilés, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*

Pompeyo Gabriel Ortega Lozano, *Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Manuel Carlos Palomeque López, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Salamanca*

Salvador Perán Quesada, *Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*

Francisco Pérez de los Cobos, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Expresidente del Tribunal Constitucional*

María del Mar Pérez Hernández, *Jefa de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Almería. Profesora Asociada. Universidad de Almería*

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

Margarita Isabel Ramos Quintana, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna*
Pilar Rivas Vallejo, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona*
Ana María Romero Burillo, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Lleida*
Tomás Sala Franco, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
María del Carmen Salcedo Beltrán, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
Antonio Vicente Sempere Navarro, *Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)*
Carmen Solís Prieto, *Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura*
Carla Spinelli, *Profesora de Derecho del Trabajo. Universidad Aldo Moro de Bari. Italia*
Natalia Tomás Jiménez, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Adriana Topo, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Padova. Italia*
Fernando Valdés Dal-Ré, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Exmagistrado del Tribunal Constitucional*
Francisco Vila Tierno, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*
Isabel María Villar Cañada, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén*

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO:
Francisco Alemán Páez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Córdoba*
Miguel Ángel Almendros González, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Gema Fábregas Monfort, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
Carolina Gala Durán, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona*
Guillermo García González, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Internacional de La Rioja*
Manuel García Jiménez, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén*
Mario Garmendia Arrigón, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de la República de Uruguay*
Javier Hierro Hierro, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura*
Sandro Mainardi, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Bolonia. Italia*
Inmaculada Marín Alonso, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*
Olimpia Molina Hermosilla, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén*
María de los Reyes Martínez Barroso, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*
Remedios Roqueta Buj, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
María Salas Porras, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*

EDITOR:
Ediciones Laborum

RESPONSABLE DE INDEXACIÓN:
Alejandro Muros Polo

REVISTA INCLUIDA EN LA CLASIFICACIÓN BIBLIOGRÁFICA DE LAS SIGUIENTES BASES DE DATOS Y ORGANISMOS:

Destinatarios

Con esta orientación y enfoque metodológico que se busca los destinatarios de esta Revista son todas las personas, instituciones y organismos -públicos y privados- en el campo del Derecho del Trabajo sin excepción, como Abogados, Graduados Sociales, Profesorado Universitario y en general todo el personal del ámbito académico científico, Responsables de dirección de personal o de "recursos humanos", asesores sindicales o empresariales, trabajadores sociales, directores y empleados públicos, y sus respectivas asociaciones u organizaciones profesionales, entre otros.

Orientación y enfoque metodológico

Es una revista teórico-práctica que reivindica un conocimiento pleno del "Derecho vivo" tal y como se verifica en la experiencia jurídica y en la praxis judicial. Por ello al tiempo de prestar atención a las normas vigentes y a las técnicas legislativas y de protección del Derecho, se contextualiza dentro del marco político, socio-económico y ético en el que se insertan.

Los contenidos incluyen:

- Editorial (E)
- Estudios Doctrinales (ED)
- Estudios de Doctrina Judicial (EDJ)
- Derecho comparado y Derecho extranjero (DCE)
- Economía, Sociología e Historia de la Relaciones de Trabajo y del Estado Social (ESHE)
- Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas (CLJB)
- Crónica Administrativa en materia de Relaciones de Trabajo (CART)

Índice

EDITORIAL **9**

CONTRIBUYENDO A GARANTIZAR LA IGUALDAD INTEGRAL Y EFECTIVA: LA LEY 15/2022, DE 12 DE JULIO, INTEGRAL PARA LA IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN 11

José Luis Monereo Pérez
Susana Rodríguez Escanciano
Guillermo Rodríguez Iniesta

1. PLANTEAMIENTO 11
2. EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL: DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD FORMAL Y MATERIAL AL DERECHO DE NO DISCRIMINACIÓN EN EL GARANTISMO JURÍDICO 12
3. LA IMPRONTA DEL DERECHO COMUNITARIO EN EL MARCO DEL SISTEMA DE GARANTÍA MULTINIVEL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES 15
4. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA COMO SOPORTE JURÍDICO A LA ACCIÓN DEL LEGISLADOR 24
5. LA REGULACIÓN ESTATUTARIA 27
6. ESPECIAL REFERENCIA A DOS DE LAS CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN CON REGULACIÓN MÁS COMPLETA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL 29
7. LEY 15/2022, DE 12 DE JULIO, INTEGRAL PARA LA IGUALDAD DE TRATO Y LA NO DISCRIMINACIÓN: BASES JURÍDICAS 35
8. ALGUNOS CAMBIOS INMINENTES: ENFERMEDAD Y ESTADO DE SALUD COMO NUEVAS CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN 38
9. CONCLUSIÓN 42

ESTUDIOS DOCTRINALES **43**

SUBCONTRATACIÓN LABORAL: NUEVAS REGLAS Y CABOS SUELTOS EN EL REAL DECRETO-LEY 32/2021 45

María Antonia Castro Argüelles

1. EL ALCANCE DE LA REFORMA DE 2021 EN MATERIA DE CONTRATACIÓN Y SUBCONTRATACIÓN LABORAL 45
2. EL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE A LA EMPRESA CONTRATISTA 49
3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ART. 42.6 ET: ¿PROPIA ACTIVIDAD O CUALQUIER TIPO DE CONTRATAS? 53
4. SUCESIÓN DE CONTRATAS, SUBROGACIÓN CONVENCIONAL Y CONVENIO APLICABLE 59
5. CUESTIONES PENDIENTES TRAS LA REFORMA DE 2021 62
6. BIBLIOGRAFÍA 66

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO INSTRUMENTO DE FLEXIBILIDAD INTERNA. PANORAMA TRAS EL RDL 32/2021 71

Francisco Vila Tierno
Raquel Castro Medina

1. A MODO DE REFLEXIÓN INICIAL: EL LARGO CAMINO FLEXIBILIZADOR DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA 72
2. ALGUNOS ELEMENTOS DE CONTRADICCIÓN RESPECTO A LA FLEXIBILIDAD EN LA REFORMA LABORAL DE 2021 76
3. ALGUNOS SUPUESTOS DE ARTICULACIÓN ESPECÍFICA POR MATERIAS 79
4. A PROPÓSITO DE ALGUNOS ELEMENTOS CLAVES DE FLEXIBILIDAD INTERNA EN EL MARCO DE LA ARTICULACIÓN GENERAL 83
5. UNAS MÍNIMAS REFLEXIONES FINALES 93

6. BIBLIOGRAFÍA....94

EL CONVENIO 190 OIT Y LA TUTELA ADMINISTRATIVA DE LA VIOLENCIA Y EL ACOSO EN EL TRABAJO....97

Juan Antonio Altés Tárrega

1. INTRODUCCIÓN....97
2. EL CONTROL ADMINISTRATIVO DE LA VIOLENCIA Y EL ACOSO EN EL CONVENIO 190 OIT....98
3. INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS EN RELACIÓN CON LA VIOLENCIA Y EL ACOSO EN EL TRABAJO....99
4. LOS SUPUESTOS DE CONCURRENCIA DE INFRACCIONES....117
5. A MODO DE CONCLUSIÓN....119
6. BIBLIOGRAFÍA....120

EL DERECHO AL DESCANSO EN LA NUEVA REALIDAD LABORAL, ESPECIAL REFERENCIA AL FENÓMENO DEL TELETRABAJO....123

Sheila López Vico

1. INTRODUCCIÓN....123
2. EFECTOS Y CONSECUENCIAS DERIVADOS DE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL....127
3. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL ÁMBITO NACIONAL Y COMUNITARIO. UN BREVE RECORRIDO POR SUS ANTECEDENTES NORMATIVOS....131
4. CONCLUSIONES CRÍTICAS: SITUACIÓN ACTUAL DE LA CUESTIÓN....138
5. BIBLIOGRAFÍA....142

ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL 145

TRABAJO DECENTE Y SUBCONTRATACIÓN: LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO....147

Consuelo Chacartegui Jávega

1. INTRODUCCIÓN....147
2. EL CONCEPTO DE PROPIA ACTIVIDAD Y SUS TEORÍAS: BREVE RECORRIDO SOBRE LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN ESPAÑA....150
3. LA CASUÍSTICA JURISPRUDENCIAL FAVORABLE A LA CONSIDERACIÓN DE PROPIA ACTIVIDAD EN CONTRATAS Y SUBCONTRATAS DEL ART. 42 ET....153
4. PROPIA ACTIVIDAD Y RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS....156
5. REFLEXIÓN FINAL: EL TRABAJO DECENTE TAMBIÉN ES POSIBLE MEDIANTE EL REFORZAMIENTO DE LA NOCIÓN DE PROPIA ACTIVIDAD....160
6. BIBLIOGRAFÍA....161
7. ANEXO....162

INFLUENCIA DEL DERECHO ALIMENTARIO EN UN PROCESO SOCIAL POR DESPIDO: COMENTARIO A LA SJS LEÓN 648/2021 DE 29 DE NOVIEMBRE....165

Francisco Xabiere Gómez García

1. INTRODUCCIÓN....165
2. ANTECEDENTES DE HECHO....166
3. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA....166
4. CONCLUSIÓN....169
5. BIBLIOGRAFÍA....169

¿ES LA EDAD UN OBSTÁCULO PARA PRESENTARSE A LA PRESIDENCIA DE UNA ORGANIZACIÓN DE PERSONAS TRABAJADORAS? COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 2 DE JUNIO DE 2022, HK DANMARK Y HK PRIVAT, C587/20, ECLI:EU:C:2022:419 171
David Gutiérrez Colominas
1. INTRODUCCIÓN 172
2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 2 DE JUNIO DE 2022, HK DANMARK Y HK PRIVAT, C587/20, ECLI:EU:C:2022:419 173
3. REFLEXIONES CRÍTICAS A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA OBJETO DE ANÁLISIS 175
4. BIBLIOGRAFÍA 176

DERECHO COMPARADO Y DERECHO EXTRANJERO 179

EL DERECHO DE ACCESO A LA EMPRESA POR REPRESENTANTES SINDICALES AJENOS A LA PROPIA EMPRESA. SU NEGACIÓN POR LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, EN EL CASO *CEDAR POINT NURSERY V. HASSID* (2021) 181
Jesús Martínez Girón
1. EL TELÓN DE FONDO JUDICIAL DEL CASO 181
2. EL TELÓN DE FONDO LEGAL Y REGLAMENTARIO DEL CASO 182
3. EL TELÓN DE FONDO CONSTITUCIONAL DEL CASO 183
4. LOS HECHOS DEL CASO 184
5. LA POLARIZACIÓN POLÍTICA DEL CASO 185
6. LA OPINIÓN DE LA CORTE Y SU REGLA GENERAL SOBRE EL TEMA 186
7. LA OPINIÓN DE LA CORTE Y SUS MATICES A LA REGLA GENERAL SOBRE EL TEMA 187
8. LA OPINIÓN CONCURRENTE 188
9. LA OPINIÓN DISIDENTE 189
10. LA CRÍTICA POR LA DOCTRINA CIENTÍFICA LABORALISTA MÁS AUTORIZADA A LA OPINIÓN DE LA CORTE 189
11. BIBLIOGRAFÍA CITADA 190

EL REGLAMENTO DE TELETRABAJO Y TRABAJO A DISTANCIA EN CUBA. CRITERIOS INTERPRETATIVOS SOBRE SU CONFIGURACIÓN NORMATIVA 193
Reynaldo Jorge Lam Peña
1. INTRODUCCIÓN 193
2. DEFINICIÓN DEL TELETRABAJO 195
3. ÁMBITO DE APLICACIÓN 201
4. LAS FORMALIDADES EN EL TELETRABAJO 203
5. LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE INFORMAN EL TELETRABAJO 205
6. CONCLUSIONES 210
7. BIBLIOGRAFÍA 210
8. LEGISLACIÓN 211

ECONOMÍA, SOCIOLOGÍA E HISTORIA DE LAS RELACIONES DE TRABAJO Y DEL ESTADO SOCIAL 213

LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CARTA SOCIAL EUROPEA COMO 'CONSTITUCIÓN SOCIAL' DE LA EUROPA AMPLIA 215

José Luis Monereo Pérez

1. LOS FACTORES HISTÓRICOS EPOCALES: LA REFUNDACIÓN DEL ORDEN INTERNACIONAL GENERAL Y EUROPEO EN LA POSTGUERRA 216
2. LA CARTA SOCIAL EUROPEA COMO CONSTITUCIÓN SOCIAL DE LA EUROPA AMPLIA 219
3. ¿POR QUÉ LA CARTA SOCIAL EUROPEA ES LA CONSTITUCIÓN SOCIAL DE EUROPA?: DEMOCRACIA SUSTANCIAL, DEMOCRACIA SOCIAL Y PRINCIPIOS DE INDIVISIBILIDAD, INTERDEPENDENCIA Y PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....222
4. LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL CONSEJO DE EUROPA: LA CARTA SOCIAL EUROPEA COMO TRATADO EUROPEO DE LOS DERECHOS SOCIALES 264
5. INSERCIÓN DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO: EL GRUPO NORMATIVO CONSTITUCIONAL EX ARTÍCULOS 10.2 Y 93 A 96 DE LA CONSTITUCIÓN. RELACIONES SISTÉMICAS DE LA CARTA Y EL DERECHO INTERNO 275
6. LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA EN LA COYUNTURA ACTUAL 281
7. BIBLIOGRAFÍA 323

CRÓNICA LEGISLATIVA, DOCTRINA JUDICIAL Y NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS 327

María Nieves Moreno Vida

1. CRÓNICA LEGISLATIVA LABORAL Y OTRAS MATERIAS CONEXAS.....329
2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL 355
3. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS.....370
4. RECENSIÓN.....371

CRÓNICA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE RELACIONES DE TRABAJO 377

CRÓNICA ADMINISTRATIVA LABORAL 379

José Luis Monereo Pérez

Guillermo Rodríguez Iniesta

Editorial

Laborum

nº 4 (3er Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva: la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación

Contributing to guaranteeing integral and effective equality: Law 15/2022, of July 12, integral for equal treatment and non-discrimination

José Luis Monereo Pérez — *Catedrático de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada.*
Director de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum
Director de la Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum.
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
https://orcid.org/0000-0002-0230-6615

Susana Rodríguez Escanciano — *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de León*
Subdirectora de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum
https://orcid.org/0000-0001-5910-2982

Guillermo Rodríguez Iniesta — *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Secretario General de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social
Subdirector de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum
Subdirector de la Revista Derecho de la Seguridad Social, Laborum
https://orcid.org/0000-0001-5054-8822

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. "Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva: la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 4 (2022): 11-42.

"En rigor, un contrato de derecho privado que entraña una relación tal de dominación, bien ofrece un motivo de intervención para el Estado. Nuestra época, que quiere acabar con los últimos restos del Estado patrimonial, no consiente que un ciudadano ejerza un domino permanente respecto de otro, sin que el Estado intervenga, cuide y guie. A partir de este supuesto, la legislación moderna no vacila en intervenir de un modo decisivo […]"

Anton Menger[1]

1. PLANTEAMIENTO

Cierto es que el deseo de recibir igual trato por quien está en las mismas circunstancias encuentra permanente expresión-demanda en forma de nítida aspiración de los ciudadanos afectados por la diferencia perjudicial y constituye fundamento último y crucial de los sistemas políticos democráticos, máxime cuando las situaciones de discriminación tienen un carácter transversal, afectando a la entera posición social del individuo y de los grupos discriminados. No menos verdad resulta que

[1] Menger, A.: *El Derecho civil y los pobres,* traducción de Adolfo Posada, revisión, edición y estudio preliminar, "Reformismo social y socialismo jurídico" (pp. 7-112), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 1998, p. 279.

las relaciones laborales constituyen, probablemente, el ámbito o, al menos, uno de los ámbitos en el que aquellas situaciones se hacen más visibles y son más sensibles[2], no en vano "la igualdad es un ingrediente esencial de nuestro sistema jurídico-laboral"[3], de manera que informa la práctica totalidad de los temas fundamentales de la disciplina, acabando por convertirse en un principio general de elaboración y aplicación del Derecho del Trabajo"[4], hasta un punto tal que "cuando tratamos el valor de la igualdad en el seno del Derecho del Trabajo aparece, inevitablemente, un efecto multiplicador de aquél en la medida en que todo el *Ius Laborum* es, histórica y teleológicamente, una expresión del principio de igualdad material"[5].

No cabe desconocer, por ende, que determinados colectivos de personas encuentran severos obstáculos sociales y jurídicos en el acceso al mercado de trabajo y en el mantenimiento de su vinculación profesional[6]. El diseño de las medidas tendentes a la remoción de tales óbices deviene, pues, imprescindible, pudiendo reseñar una línea normativa de evolución constante de la mano de una interpretación dinámica de los derechos de igualdad y no discriminación, ligado este último a causas concretas en constante ampliación para atender a nuevas realidades sociales[7].

Bajo tales premisas, la aprobación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE de 13 de julio de 2022), constituye, hasta el momento, el último eslabón de una larga cadena de política del Derecho destinada a dar cobertura a la legítima pretensión de ser tratado por igual en cualquier momento y lugar, extendiendo su ámbito de aplicación, como no podía ser de otra manera, al marco laboral, pues el derecho al trabajo y el deseo de trabajar son algo consustancial al devenir vital[8].

Teniendo en cuenta que en el diseño de un concepto avanzado de igualdad han intervenido muy distintos actores jurídicos: legislaciones internacionales y nacionales, así como jurisprudencias internacionales, nacionales y regionales, no puede ser cometido de estas páginas realizar un exhaustivo estudio de todas estas dinámicas variables sobre las que existen brillantísimos tratados doctrinales. Antes al contrario, con un objetivo mucho más modesto únicamente se van a revisitar viejos conceptos que recobran plena actualidad, ampliando miras *ad futurum* a la luz de las últimas novedades incorporadas.

2. EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL: DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD FORMAL Y MATERIAL AL DERECHO DE NO DISCRIMINACIÓN EN EL GARANTISMO JURÍDICO

La atribución al principio de igualdad de la condición de parámetro germinal de los derechos humanos constituye una de las piezas esenciales de los sistemas jurídicos democráticos alejados

[2] Valdés Dal-Re, F.: "Del principio de igualdad formal al derecho material de no discriminación", en *Igualdad de género y relaciones laborales,* Valdés Dal-Re, F. y Quintanilla Navarro, B., Dirs., Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008, p. 30.

[3] Alonso Olea, M.: "Discriminaciones laborales y jurisprudencia constitucional", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 16, 1983, p. 63.

[4] Sagardoy Bengoechea, J.A.: *Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo*, Acarl, Madrid, 1991, pp. 9 y ss.

[5] Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: "El principio de igualdad y el Derecho del Trabajo", en *El principio de igualdad en la Constitución Española*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1072.

[6] Mariño Menéndez, F.M.: "Aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el Derecho europeo", en *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho europeo,* Mariño Menéndez, F.M. y Fernández Liesa, C. Dirs. y Coords., Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pp. 19-21.

[7] Borrajo Dacruz, E.: "La no discriminación por razón de sexo y sus efectos y garantías en el Derecho español del Trabajo", *Documentación Laboral*, nº 7, 1983, p. 36.

[8] Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Fernández López, M.F.: *Igualdad y no discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 83.

de privilegios y exenciones. No es por casualidad que el art. 1 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada por la Asamblea Nacional constituyente francesa el 26 de agosto de 1789, proclamara que "los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común". Tampoco se debe al azar que el art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la ONU, el 10 de diciembre de 1948, reprodujera dicha fórmula: "todos los seres humanos nacen libres i iguales en dignidad y derechos". Expresión reiterada, a su vez, en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos (art. 2.1) y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2.2).

En relación a este estándar mundial de tutela se parte de la premisa realista de que de que la verdadera discriminación que sufren las mujeres es una discriminación estructural y no puntual. Así, aparte de la tutela garantista judicial, deben adoptarse otro tipo de medidas adicionales: entre ellas, medidas político jurídicas dirigidas a reformar estructuralmente la sociedad patriarcal, terminar con la artificial división de la esfera pública/privada -a estos efectos- y con los estereotipos de género. A nivel social hay que luchar -en sentido jurídico y social-, además, contra la apatía de generaciones de mujeres que dan por hecho las conquistas que tanto trabajo costaron en un pasado no tan lejano. Hay que señalar que sin duda se han producido muchos avances (desde el punto de vista jurídico y de las prácticas sociales), pero, paradójicamente, la consecución de cambios en las últimas décadas que disminuyen la desigualdad entre los sexos, no ha venido acompañada de una cierta desaceleración de dichos cambios, por la existencia de fuertes resistencias ideológico-culturales y factores fácticos que inciden en desigualdades materiales. Y en la coyuntura actual esto se acentúa en una época de crisis cultural y de eficacia de los valores internacional y constitucionalmente consagrados. De ahí que resulte especialmente necesaria la instrumentación de medidas político-jurídicas y sociales proactivas contundentes que rompan estructuralmente (incidiendo en sus causas, no sólo en sus consecuencias) el conjunto de factores de toda índole del sistema social que propician y hacen persistentes las desigualdades[9].

Sin entrar en los detalles de una evolución que en modo alguno puede darse por concluida, lo cierto es que este concepto de igualdad en la ley transita en años sucesivos desde la sujeción de todos, por igual, al ordenamiento jurídico, hacia una aplicación de la ley a todos también por igual, de manera que el principio de igualdad queda quebrantado "no sólo cuando la ley deja de ser concebida como norma general y se transforma en norma singular", sino también "cuando la aplicación de esa norma general se realiza, no de manera general, sino en razón de distinciones y consideraciones personales"[10].

Ahora bien, esta noción será progresivamente sustituida y reemplazada por otra de carácter más sustantivo, en la que la discriminación ya no plantea un problema de trato desigual injustificado para acoger una situación de marginación social de ciertos colectivos de personas físicas, de manera que las causas de la propia discriminación ya no pueden ser invocadas como legítimos títulos potencialmente significativos de tratamientos diferenciadores. La discriminación deja de ser entendida, así, como una distinción arbitraria y no objetiva, y asume un sentido netamente peyorativo en atención a una doble circunstancia: por una parte, por el carácter "odioso" del propio criterio de diferenciación, basado en características biológicas o en situaciones sociales de las personas discriminadas al margen de su responsabilidad; de otro, por cuanto la distinción genera en los sujetos discriminados un perjuicio, un daño o una desventaja por ellos no deseada[11].

[9] Monereo Atienza, C.: "Igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres", en Monereo Atienza,C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs): *El Sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio Sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles, sociales y culturales y textos internacionales concordante*, Granada, Comares, 2014, pp. 29 y ss.

[10] Valdés Dal-Re, F.: "Del principio de igualdad formal al derecho material de no discriminación", cit., p. 20.

[11] Valdés Dal-Re, F.: "Del principio de igualdad formal al derecho material de no discriminación", cit., p. 28.

Uno de los elementos que no faltan en las definiciones de discriminación en los sucesivos Tratados internacionales que han analizado su existencia para prohibirla es, precisamente, la vinculación de la discriminación a unas causas determinadas, de modo que la conexión entre el acto peyorativo y el motivo seleccionado por el legislador es suficiente para entender prohibida esa conducta, quedando la posibilidad de justificación de la diferencia de trato limitada dentro de los márgenes del control más estricto[12], cuya nota esencial es el perjuicio objetivo de los intereses de la víctima, sin que importe la concurrencia de intención de perjudicar en el sujeto que la pone en práctica incluso si ese sujeto posee razones económicas creíbles para actuar, incluyendo comportamientos sociales de victimización de ciertos colectivos basados en un amplio cuadro de causas en que tiene su origen.

La tríada igualdad en la ley, igualdad ante la ley e igualdad en la aplicación de la ley queda integrada en el núcleo fuerte de los derechos fundamentales (atendiendo al principio de indivisibilidad, interdependencia y progresividad de todos los derechos fundamentales)[13], cuya titularidad también corresponde a las personas trabajadoras, quienes, como cualquier otro ciudadano, son titulares y pueden reclamar, a través de los remedios arbitrados en cada ordenamiento, que las leyes laborales que les resulten aplicables no establezcan desigualdades de trato no objetivas o arbitrarias. Es más, el tránsito de una igualdad formal a una noción material conlleva que la interdicción de discriminación haya pasado, de ser concebida como un derecho oponible frente a los poderes públicos, a ser un derecho de directa aplicación en la esfera privada y, muy señaladamente, en las relaciones laborales, acompañado de acciones de tutela destinadas a poner entre paréntesis la idea de neutralidad de las reglas jurídicas y a sustituirla por otra que utiliza de manera selectiva el derecho como vía de diferenciación al objeto de conseguir la igualdad real y efectiva.

Bajo tales premisas, el concepto más acabado de discriminación elaborado a escala internacional es el que proporciona el Convenio núm. 111 de la OIT, de 1958, sobre la discriminación en el empleo y la ocupación. A los efectos de este Convenio, "el término discriminación comprende: cualquier distinción exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación" (art. 1).

[12] Fernández López, M.F.: "Las causas de discriminación o la movilidad de un concepto", *Temas Laborales*, nº 98, 2009, p. 12.

[13] "La Unión Europea está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y el Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación". Cfr. Preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Versión consolidada 2016/C 202/02) . Ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017, Capítulo III ("La defensa de los derechos sociales en el marco de los principios del sistema multinivel de garantía de los derechos fundamentales"), pp. 137-212; Monereo Pérez, J.L.: "Los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* núm. 45 (2017), realzando aquí que en el sistema jurídico multinivel de garantía de los derechos fundamentales adquiere un papel central el principio de indivisibilidad e interdependencia entre todos los derechos fundamentales. Este principio enlaza con la idea-fuerza de que los derechos fundamentales presentan la unidad propia de su principio articular, que no es otro que la dignidad humana. En los sistemas jurídicos actuales y en el pensamiento contemporáneo prevalece la idea de la indivisibilidad de los derechos fundamentales. Este principio de indivisibilidad presupone que los derechos fundamentales forman un bloque unitario y no pueden ser situados en una estricta relación jerárquica. Tales derechos se presuponen y necesitan mutualmente en orden a garantizar su plena efectividad jurídica social. Dicha indivisibilidad e interdependencia se debe vincular con la problemática de la efectividad de los derechos fundamentales y no sólo en el sentido de eficacia jurídica en orden a la predisposición de mecanismos apropiados de tutela judicial efectiva, sino también, en ligazón inmanente con la misma, con la efectividad práctica de tales derechos (eficacia jurídica en la realidad; en el mundo de la vida donde el Derecho se hace realmente "vivo"). Por otra parte, y en este marco analítico, es importante reconsiderar el llamado principio de no regresión o irregresividad del nivel alcanzado en la garantía de los derechos fundamentales.

3. LA IMPRONTA DEL DERECHO COMUNITARIO EN EL MARCO DEL SISTEMA DE GARANTÍA MULTINIVEL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Por otra parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos comporta el reconocimiento de los derechos en términos de garantías jurídicas en sentido estricto. El art. 1 del CEDH delimita las obligaciones de los Estados parte en la protección efectiva de los derechos y libertades, indicando que "las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio". El CEDH no sólo queda configurado como instrumento de positivación reforzada de derechos, sino que, en coherencia con ello, delimita imperativamente líneas de acción y de remoción de los poderes públicos de aquellos obstáculos que impidan la efectividad de los mismos. Es también un instrumento garantista vivo llamado a una interpretación dinámica y evolutiva (en esa dirección se sitúa el principio promocional de la igualdad sustancial consagrado ex art. 9.2, en relación con los artículos 1 y 10, de nuestra Norma Fundamental). Asimismo, establece, con precisión, las limitaciones a los posibles -y excepcionales- limitaciones a la articulación de las restricciones de los derechos y principios fundamentales que garantiza[14].

El art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, en su versión original, bajo la rúbrica "prohibición de discriminación", establece 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 y social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier situación"[15], previsión interpretada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[16] entendiendo que la calificación de una conducta como discriminatoria requiere la concurrencia simultánea de dos requisitos: una diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y una falta de justificación objetiva y razonable de esa diferencia, enjuiciada la arbitrariedad en términos de ausencia de proporcionalidad entre el medio utilizado y el objetivo perseguido[17].

Desde tal atalaya, buena parte de los esfuerzos de la normativa de la Unión Europea ha ido dirigida no sólo a la proclamación del derecho a no ser discriminado en materia de empleo y ocupación, sino más específicamente, a la asunción por los Estados de políticas que promuevan la igualdad de oportunidades, con objeto de eliminar cualquier discriminación al respecto[18]. Hay que subrayar que conforme al art. 6 del TUE "la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados"; y que, en todo caso, "los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros *formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales*" (art. 6, apartados 2 y 3 del TUE). Por lo tanto, la CEDH es *forma parte del Derecho de la Unión,* en la modalidad *principialista* que

[14] Monereo Pérez, J.L., Rodríguez-Rico Roldán, V.: "Obligaciones e interpretación (Artículo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos" y "Restricción de derechos. Artículos 15 a 18 del Convenio Europeo de Derechos Humanos", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea,* Granada, Comares, 2017, pp. 307-334. Para la garantía de la prohibición de discriminación, véase, en la misma obra colectiva antes citada en esta nota, Gil Ruíz, A.M.: "Prohibición de discriminación (artículo 14)", pp. 177 y ss.

[15] Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G.: "El principio fundamental de no discriminación en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos en el marco del sistema multinivel de garantías", *Revista Derecho del Trabajo*, nº 21, 2018, pp. 9 y ss.

[16] Por todas, STEDH de 23 de noviembre de 1983, asunto Van der Mussele c. Belgique.

[17] Valdés Dal-Re, F.: "Del principio de igualdad formal al derecho material de no discriminación", cit., p. 27.

[18] Ballester Pastor, M.A.: "La lucha contra la discriminación en la Unión Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 92, 2011, p. 211.

establece el imperativo de legalidad fundamental ex art. 6.3 TUE, el cual, en este sentido, actúa como norma de principios fundamentales del ordenamiento jurídico comunitario[19].

Dentro del Tratado de la Unión y del Tratado de Funcionamiento se encuentran apelaciones expresas a la igualdad como uno de los valores básicos de obligado respeto. En concreto, en el Tratado de la Unión se declara que esta institución combatirá la exclusión social y la discriminación (art. 3.3 TUE) y respetará la igualdad de los ciudadanos (art. 9), así como el mandato dirigido a tratar de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (art. 10 TUE)[20]. Igualmente, en el Tratado de Funcionamiento se recogen referencias explícitas a la eliminación de las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad (art. 8 TFUE), facultando a la Unión para adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (art. 19 TFUE), a la abolición de toda discriminación entre los nacionales de los Estados miembros en el ámbito de la libre circulación de trabajadores (art. 54.2 TFUE), a la armonización de las legislaciones nacionales en materia de igualdad entre hombres y mujeres por lo que respeta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo (art. 153.1 i), a la igualdad entre trabajadores y trabajadoras en materia de retribución (art. 157.1 TFUE), así como en asuntos de empleo y ocupación (art. 157.3 TFUE), siendo el art. 157.4 TFUE el que prevé que "con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales"[21].

Como texto emblemático, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados, recoge los principios de igualdad (art. 20) y prohibición de discriminación como fórmula prohibitiva de las conductas lesivas a la igualdad de los grupos desfavorecidos (art. 21), acompañada de una amplia serie enunciativa de causas de discriminación, reflejo de la experiencia internacional, de enunciado flexible, lo que permite que se reconozcan variantes en el desarrollo de los comportamientos discriminatorios, desde la discriminación por relación hasta la discriminación múltiple, que puede ser admitida como resultado del juego conjunto de varios factores. Especial atención se dedica a algunos grupos concretos, tradicionalmente segregados o excluidos del mercado de trabajo, como son las personas con discapacidad, los jóvenes o quienes asumen superiores responsabilidades familiares con dificultades de conciliación profesional. Ejemplo de lo primero se encuentra cuando se establece que "la Unión reconoce o respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad" (art. 26). Muestra de lo segundo cuando se afirma que "los jóvenes admitidos a trabajar deberán disponer de condiciones de trabajo adaptadas a su edad y estar protegidos contra la explotación económica o contra cualquier trabajo que

[19] Monereo Pérez, J.L.: "Nivel de protección (Artículo 53). Garantía multinivel de los derechos fundamentales", y "Prohibición del abuso de derecho [y respecto a las garantías mínimas de los derechos] (Artículo 54)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Granada, Comares, 2012, pp. 1397-1419, y pp. 1421-1444, respectivamente.; Monereo Pérez, J.L.: "Presente y futuro del Derecho del Trabajo en Europa ante los retos del siglo veintiuno", en VV.AA.: *The Balance between Worker Protection and Employer Powers: Insights around the World,* Cerejeira Namora, N., Mella Méndez, L., Abrunhosa E Sousa, D., Cerejera Namora, G., y Castro Marques, E. (Eds.), International Congress Labour, Cambridge, Cambridge Scholars Publishing, 2018, pp. 16-109.

[20] Fernández Villazón, L.A.: "Vulnerabilidad, género y discriminación en el empleo. En especial, por razones de orientación e identidad sexual", en *Crisis de empleo, integración y vulnerabilidad social,* Moreno Gené, J. y Fernández Villazón, L.A. Dirs, Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 81.

[21] Cruz Villalón, J.: "Las medidas de acción positiva", en *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación del Tribunal de Justicia*, Casas Baamonde, M.E. y Gil De Alburquerque, R., Dirs., Francis Lefebvre, Madrid, 2009, p. 250.

pueda ser perjudicial para su seguridad, su salud, su desarrollo físico, psíquico, moral o social, o que pueda poner en peligro su educación" (art. 32). Referencia de lo tercero cuando se prevé que "con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y aun permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño (art. 33.2).

Piezas claves son igualmente la Carta Social revisada que reconoce el derecho de igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación y el Pilar Europeo de Derechos Sociales que también alude al derecho de igualdad de oportunidades en materia laboral, incluido el acceso al mercado de trabajo.

Nota común de la normativa europea es que se adentra de forma decidida y exhaustiva en perfilar una de las manifestaciones de la discriminación, cual es la derivada del sexo, extremo sobre el que merece parar la atención, siquiera brevemente. La protección de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, sobre todo en materia de empleo y Seguridad Social, no estaba reconocida originariamente con carácter general en el Tratado de la Comunidad Económica Europea, cuyo art. 119 sólo se refería a la igualdad salarial y además en relación con el mismo trabajo. Como no es difícil adivinar, este precepto tenía una meta marcadamente económica[22], siendo diseñado como mera cláusula de seguridad con la finalidad de evitar un posible *dumping social* de la mano de obra femenina.

En su limitada formulación, el art. 119 fue durante muchos años escasamente operativo, hasta que tuvo lugar un nuevo enfoque "constitucional" de la igualdad que en buena parte se produjo como consecuencia de la obra de ingeniería jurídica realizada por la doctrina y por la jurisprudencia comunitaria, para tratar de paliar la desconsideración obrante en el Tratado[23]. Y en este ejercicio, el Tribunal de Justicia procedió a atribuir una eficacia directa horizontal al derecho a no ser discriminado por razón de sexo así como a extender su ámbito material de aplicación extramuros de la igualdad retributiva, terminando por reconocer tal derecho como fundamental en el conjunto de los aspectos de la vida profesional, incluso más allá[24].

La recepción del principio de no discriminación, reconocido en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, en la Carta Social Europea de 1961, y en la Carta Comunitaria de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores de 1989[25], como derecho social fundamental, es reforzada por el Tratado de Amsterdam, que supone la

[22] Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: "Igualdad de género y políticas comunitarias", *Relaciones Laborales*, nº 6, 2000, p. 1.

[23] Arce, J.C.: *El trabajo de las mujeres en Derecho Comunitario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 379.

[24] Monereo Pérez, J.L., y López Insua, B.M.: "Avanzando hacia una efectiva igualdad entre hombres y mujeres: equiparación retributiva para un mismo trabajo o «de igual valor»", en revista *La Ley Unión Europea,* núm. 94, 2021. En el Derecho de la Unión Europea se reconoce que la discriminación salarial -en sus diversas manifestaciones y vertientes- puede provenir de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que limiten el principio de libertad de circulación, en cuyo caso los Estados miembros están obligados a su supresión. Pero también derivar de los convenios colectivos o ser impuesta incluso en los contratos de trabajo. En tales supuestos los Estados miembros deberán actuar de forma activa y vigilante declarando la nulidad de tales cláusulas o acuerdos o induciendo eficazmente a su modificación. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha desempeñado, en este punto, un papel primordial, siendo así su doctrina modelo para la promoción en la equiparación salarial por condiciones de género en todo el ámbito comunitario. A este respecto, la novísima sentencia del TJUE de 3 de junio de 2021, en el asunto C-624/19, se convierte en modelo de ese paradigma que pretende erigirse a nivel comunitario.

[25] Esta instrumento tuvo el valor jurídico-político de una Declaración de Derechos, pero constituyó un hito respecto del proceso de *comunitarización* de la protección de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores en un sentido simétrico (pero sin el mismo rango y valor jurídico) que la Carta Social Europea de 1961 (versión actual mejorada y revisada de 1996). Esa configuración jurídica y puesta en valor -demostrado en la experiencia jurídica- de este último *instrumento plenamente vigente* (por más que tienda todavía a ser devaluado en gran parte de la

constitucionalización en el ámbito comunitario de las medidas de integración social generales y las específicas dirigidas a las mujeres[26].

Este Tratado dio verdaderos impulsos a la protección efectiva a nivel comunitario de la igualdad de sexo y al reconocimiento del derecho a la paridad entre mujer y hombre como verdadera prerrogativa de la persona, más allá de la esfera económica y profesional, siendo incorporado como objetivo "transversal de las distintas políticas y esferas de actuación de la Comunidad, habilitando, al tiempo, a los Estados para establecer medidas tendentes a facilitar al sexo menos representado, es decir, a las mujeres, el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar las desventajas en sus carreras profesionales[27]. En concreto, asume el párrafo segundo del art. 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2007, perteneciente a su capítulo III, denominado "igualdad", que reconoce el derecho fundamental a la igualdad formal (art. 20), como principio que prohíbe toda discriminación, y, en particular, la ejercida por razón de sexo" (art. 21), y ordena garantizar la igualdad entre mujeres y hombres en todos los ámbitos, "inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución" (art. 23)[28].

Con posterioridad, el TFUE incluye disposiciones sobre la igualdad en la regulación de la política social (título X, arts. 151 a 161), entre cuyos objetivos se integran la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, la equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada y la lucha contra las exclusiones (art. 151), haciendo referencia expresa a la obligación de la Unión de apoyar y completar la acción de los Estados miembros respecto de la igualdad entre hombres y mujeres en cuando a oportunidades laborales (art. 153.1). Siguiendo esta línea, el art. 157 TFUE recoge el compromiso de cada Estado miembro de garantizar la aplicación de igualdad de retribución para un mismo trabajo o de igual valor, adoptando al tiempo medidas para garantizar la aplicación de la igualdad y, en concreto, el ofrecimiento de ventajas destinadas específicamente a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de sus actividades laborales y el progreso en sus carreras profesionales. Con un lenguaje más cauteloso, el art. 10 TFUE manifiesta que "en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo"[29].

Como no podía ser de otra manera, el principio de igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres ha estado presente igualmente en los sucesivos instrumentos Derecho derivado, manifestando esta misma evolución, pudiendo mencionar la Directiva 75/117/CEE, del Consejo, de 19 de febrero de 1975, en materia de aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos[30], ya derogada; la Directiva 76/207, del Consejo, de 9 de febrero de 1976, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, respecto al

doctrina científica, y no tanto en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión), es estudiada ampliamente en Monereo Pérez, J.L.: "Carta comunitaria y derechos sociales fundamentales de los trabajadores (I y II)", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo,* números 56 (1992)-57 (1993). Asimismo, Monereo Pérez, J.L.: "La Carta Comunitaria de Derechos Sociales fundamentales de los trabajadores. Caracterización técnica y significación jurídica y política", VV.AA.: *Autonomía colectiva y autonomía individual: la dimensión social del Mercado Único,* Fernández López, M.F. (coord.), Sevilla, CARL, 1992, pp. 261-326.

[26] Ballester Pastor, M.A.: "Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa (un análisis conceptual y de la legalidad tras la sentencia Marschall)", *Relaciones Laborales*, nº 18, 1998, p. 52.

[27] Galiana Moreno, J.: "Aspectos sociales del Tratado de Amsterdam", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 88, 1998, pp. 192 y ss.

[28] Un estudio de los artículos 20, 21 y 23 en Monereo Atienza, C.: "Igualdad ante la Ley", "No discriminación" e "Igualdad entre hombres y mujeres", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Granada, Comares, 2012, pp. 447 y ss., 463 y ss., y 503 y ss.

[29] Casas Baamonde, M.E.: "¿Derechos fundamentales específicos de las mujeres", *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, nº. 1, 2017, p. 3.

[30] DOCE L 45, 19 febrero 1975.

acceso al empleo, a la formación y promoción profesional, y a las condiciones de trabajo[31]; o la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, también derogadas; o, con carácter más reciente, la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y de ocupación[32], que supone la refundición, entre otras, de las Directivas 75/117/CEE, 76/207/CEE, 86/378/CEE, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social, y la 97/80/CE, de 15 de diciembre, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo y sus modificaciones.

En concreto, la Directiva 2006/54 se caracteriza por su amplitud de contenidos, comportando la extensión del principio de paridad al conjunto de las condiciones de trabajo, desde la contratación al desarrollo de la relación y hasta el despido, y abarcando además las iniciativas de orientación y formación profesional[33], sin dejar de atender la salvaguarda de la igualdad de trato en el ámbito judicial[34] a través de las denominadas "cláusulas de protección jurisdiccional efectiva del principio de igualdad de los sexos[35].

Por otra parte, y al igual que en otras parcelas del ordenamiento, la igualdad y no discriminación por razón de sexo, ha contado con la inestimable ayuda y el impulso de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, cuyos pronunciamientos han contribuido de una manera fundamental en su difusión, protección y mejora, habiendo sido el arranque de múltiples avances y revisiones que paulatinamente se han ido incorporando al acervo normativo de la Unión Europea y han aquilatado el devenir de la normativa interna. Este Tribunal ha considerado el de igualdad de trato entre hombres y mujeres como "un derecho fundamental", reconociendo efecto directo a las disposiciones de los arts. 14, apartado 1, letra c), y 15 de la Directiva 2006/54, que sancionan la prohibición de discriminación por sexo en las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido, así como las de retribución, y el derecho de la mujer a reintegrarse en un puesto de trabajo en condiciones no desfavorables tras un permiso por maternidad[36].

En fin, aun cuando la inicial atención a la discriminación por razón de sexo y la relevancia de su tratamiento normativo -y jurisprudencial- no ha sido superado por ninguna otra, lo cierto es que debe combinarse con el enriquecimiento en lo que al Derecho derivado se refiere a través de las importantes Directivas 2000/43, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, así como la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato y la ocupación referida a religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación[37].

---

[31] DOCE L 39, 14 febrero 1976.

[32] DOULE L 204, 26 julio 2006.

[33] López Balaguer, M.: "El principio de igualdad en el acceso al empleo y en materia retributiva", en *La transposición del principio antidiscriminatorio contrario al ordenamiento jurídico laboral español.* Ballester Pastor, M.A., Coord., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 84.

[34] SSTJCE de 11 de mayo de 1986, asunto C-175/84, Bilka; de 27 de junio de 1990, asunto C-33/89, Kowalska ó de 9 de febrero de 1999, asunto C-167/97, Seymour-Smit.

[35] Lousada Arochena, J.F.: "La transposición en España de la Directiva 76/207/CEE", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, nº 18, 2014, p. 474.

[36] STJCE C-595/12, de 6 de marzo de 2014, asunto Loredana Napoli.

[37] Fernández López, M.F.: "Igualdad y prohibición de discriminación en el marco laboral", en *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Casas Baamonde, M.E. y Gil De Alburquerque, R., Dirs., Francis Lefebvre, Madrid, 2019, p. 229.

Es lo cierto que el principio de igualdad ha tenido una garantía reforzada en materia retributiva (en sentido amplio del término "retribución") en el Derecho Social de la Unión. En la actualidad, la segregación del mercado laboral europeo impone una devaluación de lo femenino en donde, precisamente, se han adoptado decisiones basadas en la obediencia de ciertos estereotipos o roles tradicionales[38]. El inadecuado proceso de heteroidentificación de la mujer perpetúa la secesión horizontal y vertical del mercado de trabajo, consagrando así relaciones desiguales en donde ellas asumen las cargas familiares al tiempo que concilian la vida laboral y familiar (sistema de doble jornada)[39]. Al término, esta situación lleva aparejada el percibo de menores remuneraciones[40]. A todo ello hay que sumar, como no podía ser de otra manera, la temporalidad en el empleo, la precariedad laboral y el disfrute de jornadas a tiempo parcial. Ciertamente, esta situación provoca una abrupta ruptura con una de las funciones sociales del salario, esto es, la de "reequilibrar las relaciones de poder en una sociedad fuertemente mercantilizada y, en particular, en las intramatrimoniales"[41]. Y ello por no hablar de las consecuencias que sobre la vida activa de los seres humanos despliega, al reducir las cotizaciones a la Seguridad Social y, por ende, la cuantía de las prestaciones públicas.

El derecho a una igualdad salarial entre hombres y mujeres se relaciona de manera indivisible con los principios de igualdad y no discriminación que tanto consagran las instituciones internacionales[42]. A este respecto, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ya proclamó en el artículo 41 de su Constitución de 1919 "la especial y urgente importancia" del establecimiento "del salario igual, sin distinción de sexo, por un trabajo de igual valor", lo cual evidencia que el elemento "sexo" no debe tomarse en cuenta a fin de producir desigualdades salariales[43]. En su momento, el Convenio número 100 de la OIT (1951)[44] supuso un importante paso para la consecución de esa igualdad, ya que en él se promovía y garantizaba "la aplicación del principio de equiparación retributiva entre hombres y mujeres", acogiendo así aquél concepto de "trabajos de igual valor" que ya esbozaba en la Constitución de la OIT (artículo 117). De acuerdo con el Convenio de 1951, el momento de fijación de las tasas salariales para un trabajo de igual valor será clave en esta materia, pues es ahí cuando mejor se pueden afrontar las discriminaciones indirectas. Junto a este instrumento normativo, en el año 1958 aparece el Convenio núm. 111 de la OIT sobre discriminación en materia de empleo y ocupación.

[38] Véase Monereo Pérez, J.L., y López Insua, B.M.: "Avanzando hacia una efectiva igualdad entre hombres y mujeres: equiparación retributiva para un mismo trabajo o «de igual valor»", en *La Ley Unión Europea,* núm. 94, 2021.

[39] Actualmente y junto al *mainstreaming* se han propuesto, entre otras cosas, nuevas definiciones para las nociones de Mercado y de Estado. Entendiendo éstos como dos ámbitos principales que regulan la Economía. "Ahora se reivindica un triángulo formado por Mercado-Familia-Estado. Asimismo, se definen de manera distinta el tiempo y su gestión. Se quiere 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 sólo de un tiempo de trabajo continúo acentuado hoy por la doble jornada laboral. Estas nuevas nociones permiten una reforma más profunda de las sociedades actuales, que es decididamente el objetivo para acabar con las discriminaciones por razón de sexo". Ver Monereo Atienza, C.: "La igualdad entre mujeres y hombres en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", VV.AA., 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, 2012, p. 1195.

[40] López Insua, B.M.: "La prohibición de discriminación en la retribución por razón de género ex art. 45.2 del TFUE", en VV.AA., Gorelli Hernández, J. (Coord)., *Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión*, Nº59, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL), 2016, pp. 91-106.

[41] Serrano García, M.ªJ.: "El derecho a la igualdad retributiva por razón de género" en VV.AA., Valdés Dal-Ré, F. y Quintanilla Navarro, B. (Dirs), *Igualdad de género y relaciones laborales*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, p. 126.

[42] López Insua, B.M.: *El principio de igualdad de género en el Derecho Social del Trabajo*, Murcia, Laborum, 2017.

[43] Rodríguez-Piñero, M.: "La igualdad de remuneración entre trabajadores y trabajadoras y el artículo 119 del Tratado de Roma", *Relaciones Laborales*, Tomo 1, 1989, p. 1 en su versión digital.

[44] Completado por la Recomendación núm. 90, de 29 de junio de 1951, sobre igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina.

Ambos convenios se configuran, a día de hoy, como fundamentales a raíz de la Declaración sobre Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo adoptados por la OIT en 1998[45].

El concepto de "trabajo de igual valor" es típicamente un concepto jurídico indeterminado en el Derecho comunitario, lo que significa que está necesitado de concreción y especificación. El Tribunal de Justicia de la Unión ha creados orientaciones y criterios objetivos para evaluar lo que debe considerarse «trabajo de igual valor» (asunto C400/93, Royal Copenhagen; asunto C309/97, Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse; asunto C381/99, Brunnhofer; asunto C427/11 Margaret Kenny y otros contra Minister for Justice, Equality and Law Reform y otros). Para definir lo que constituye un «trabajo de igual valor», los empleos deben compararse a la luz de criterios objetivos y neutros desde el punto de vista del género, tales como la educación, los requisitos profesionales y de formación, las capacidades, el esfuerzo y la responsabilidad, el trabajo realizado y la naturaleza de las tareas correspondientes. En la práctica, la aplicación de este concepto supone que los empleadores deben definir criterios clave que sean pertinentes para la organización y su modelo de negocio y sobre la base de los cuales los trabajadores que realizan el mismo trabajo o un trabajo de igual valor obtienen una retribución comparable. No impide que los empresarios remuneren de manera distinta a las personas que realicen el mismo trabajo o un trabajo de igual valor, siempre que las s se basen en criterios objetivos, neutros en cuanto al género y libres de sesgos (v.gr., atendiendo al rendimiento y competencia).

Desde el ámbito comunitario el principio de igualdad ha ido abriéndose paso en un espacio no exento de reticencias y dificultades. Este derecho fue en un inicio prácticamente desconocido por los Tratados Funcionales garantes de una Comunidad Europea creada para la defensa de los intereses económicos, siendo así el primero de los derechos reconocidos en pro de la igualdad por razón de género. De modo que la CECA, únicamente, incluía dos previsiones al respecto: por razón de nacionalidad y por razón de sexo. Primeramente, por razón de nacionalidad debía suprimirse cualquier restricción que produjese una discriminación en la remuneración[46] o en las condiciones de trabajo entre trabajadores nacionales y migrantes. Se trataba ésta de una materia derivada del

[45] García Trascasas, A.: "La igualdad en la empresa privada: igualdad retributiva y no discriminación por razón de sexo", en VV.AA., Sanz Mulas, N. (Coord), *Políticas de empleo e igualdad: Especial referencia al ámbito universitario*, Granada, Comares, 2012, pp. 33-34.
Ello no obstante a lo anterior, se encuentran también otros instrumentos normativos internacionales y comunitarios que también se refieren a este principio, entre otros: la Declaración de Filadelfia de 10 de mayo de 1944, el artículo 23.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, la Convención de 18 de diciembre de 1979 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de las mujeres, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales de 16 de diciembre de 1966 (art.7), el artículo 14 del Convenio núm.117 de la OIT de 22 de junio de 1962, la Carta Social Europea de 1961, el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea de 4 de mayo de 1988, la Recomendación núm. 1146 de 11 de marzo de 1991, sobre igualdad de oportunidades y trato entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo, la Carta de Derechos Sociales Fundamentales de 1989, el Tratado de Maastricht de 1992 (el cual incorpora el Acuerdo sobre Política Social de 31 de octubre de 1991), el Libro Verde de 17 de noviembre de 1993, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE del año 2000 (art. 21), el Tratado de Ámsterdam, el Tratado de Lisboa de 2007... etcétera. Ver Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B.M.: "Derecho a una remuneración equitativa, justa y satisfactoria (incluido el Derecho a la igualdad salarial), (Art. 23, apartado 2 y 3 DUDH; Art. 7. a.i y 7.c PIDESC)", en VV.AA., Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs y Coords)., *El sistema universal de los Derechos Humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, Granada, Comares, 2014, pp. 829-867. Y, de igual modo, Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B.M: "Derecho a una remuneración equitativa (artículo 4)", en VV.AA., Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs y Coords), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017, pp. 465-508.

[46] Llama la atención, este punto, los Reglamentos 38/1964 y 1612/1968. En particular, éste último, al regular la libre circulación de trabajadores desarrollaba, ampliamente, la igualdad de trato. De modo que se prohibía toda discriminación por razón de nacionalidad entre trabajadores de los Estados miembro con respecto al empleo, la

derecho a la libre circulación de trabajadores (artículo 48 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea) y que, por consiguiente, estaba basada en una motivación puramente económica (más que social). Mientras que, por razón de sexo, el artículo 119 del Tratado de Roma establecía el principio de igualdad retributiva (hasta que con el Tratado de Ámsterdam se convirtiera en el artículo 141 del TCE). De modo que, sobre un fundamente también económico, se procuraba impedir que la libre competencia se viera fraudulentamente alterada por costes laborales desiguales para sendos sexos[47]. El derecho a la igualdad de retribución por un mismo trabajo o por un trabajo de igual valor entre los trabajadores y las trabajadoras es un principio fundamental de la Unión Europea desde el Tratado de Roma de 1957. La Directiva 2006/54/CE sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación ya impone que los empleadores debe garantizar la igualdad de retribución entre hombres y mujeres. Ya en el año 2014, se complementó mediante una Recomendación de la Comisión Europea sobre la transparencia de las retribuciones[48]. A pesar de esta normativa, el principio de igualdad de retribución no se aplica ni se hace cumplir plenamente. Conforme a las reiteradas conclusiones de Eurostat, la brecha salarial entre hombres y mujeres en la UE sigue siendo muy amplia y generalizada.

La inclusión en el seno del Tratado de Roma de la igualdad salarial supuso un paso importante para el aseguramiento de esta equiparación retributiva entre ambos sexos en la esfera comunitaria, pues no sólo dibujaba un estándar a nivel colectivo aplicable a los diferentes ordenamientos internos de los Estados parte, sino que además contaba con el privilegio de imponerse a las disposiciones nacionales contrarias. De modo que, la prohibición de discriminación entre los nacionales comunitarios -en términos generales- se convierte así en condición "*sine qua non*" para la existencia de un Mercado Común, sin el cual no se puede alcanzar los fines propios de integración económica y social que establece el Tratado (art. 7 del Tratado de Roma). Por lo que, el principio de igualdad retributiva se eleva a derecho fundamental constitutivo y base del orden europeo[49], en tanto se considera un mecanismo enderezado para evitar el *dumping social* entre los Estados miembros del naciente colectivo económico europeo.[50]

Esa funcionalización del Tratado ha permitido una interpretación notablemente dinámica, imaginativa y flexible del concepto de discriminación, extendiendo así dicha prohibición más allá de los Estados miembros y de las instituciones comunitarias a los ciudadanos de países comunitarios. Lo que ha permitido, además, un lento desplazamiento del principio desde su originario significado económico hacia una cierta definición de equiparación entre ciudadanos comunitarios que -sobre todo en lo relativo a los límites de la libertad de circulación de personas- se relaciona cada vez más, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con los derechos humanos y las libertades fundamentales, a saber: "la regla de igualdad de trato consagrada por el Derecho comunitario prohíbe no sólo las discriminaciones ostensibles, fundadas sobre la discriminación, sino también todas las

retribución y las demás condiciones de trabajo (Véase la Sección II del Capítulo I del Título III de la Parte Tercera, dedicada a la libre circulación de personas y servicios).

[47] Quesada Segura, R.: "La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº3, 2007, p. 54. Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B.M.: "Derecho a una remuneración equitativa (artículo 4)", en VV.AA., Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs y Coords), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017, pp. 465-508.

[48] RECOMENDACIÓN DE LA COMISIÓN de 7 de marzo de 2014 "sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia" (Texto pertinente a efectos del EEE) (2014/124/UE)

[49] Casas Baamonde, M.ªE.: "Igualdad de retribución por razón de sexo", *Relaciones Laborales*, nº22, Tomo 2, 2002, p. 2 en su versión digital.

[50] Monereo Pérez, J.L., y López Insua, B.M.: "Avanzando hacia una efectiva igualdad entre hombres y mujeres: equiparación retributiva para un mismo trabajo o «de igual valor»", en *La Ley Unión Europea,* núm. 94, 2021.

formas disimuladas de discriminación, que, por aplicación de otros criterios de distinción, producen de hecho el mismo resultado"[51].

Esta visión de la no discriminación por nacionalidad, se refuerza en materia de libre circulación de personas, en la que la interpretación extensiva del principio ha traspasado incluso su originario fundamento económico. Se ha tendido a construir un cierto estatuto de ciudadano económico, que incluso va más allá de la especialidad funcional de la comunidad y que, finalmente, supera ese visión económica y productiva para fundamentar el principio de igualdad de trato en la propia dignidad de la persona humana[52], convirtiéndose de esta manera la no discriminación por razones retributivas en un primer pilar para la construcción jurisprudencial de los derechos fundamentales[53].

A partir de los años 70 el principio de igualdad retributiva ha ido experimentando una notable evolución normativa, que se ha hecho valer en todos los convenios que tienen por objeto regular, de forma colectiva, el trabajo por cuenta ajena (incluido el trabajo de aquellos que prestan sus servicios para el ámbito de la función pública, bajo cualquier modalidad o relación jurídica por cuenta ajena). Y es que, el efecto directo (tanto horizontal, como vertical), automático o *self executing* del ahora artículo 157 del TFUE no puede ser objeto de una interpretación estricta, en cuanto que "...esta expresión se utiliza precisamente para hacer resaltar el carácter fundamental de algunos preceptos"[54].

En el vigente derecho originario, el TFUE establece que en todas las acciones de la UE quedará fijado el objetivo de eliminar las desigualdades entre hombres y mujeres, por lo que en la ejecución de sus políticas y acciones se luchará contra la discriminación entre sexos (artículos 8 y 10 del TFUE). Ahora bien, en la misma línea, el artículo 45.2 de este Tratado impone que: "La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo", a cuyo efecto el artículo 157.1 del TFUE (antiguo 141 TCE) establece que "...cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor"[55], entendiendo por retribución, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo. A este respecto, la igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa: a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida; y que b) la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo (artículo 157.2 del TFUE). Hay que tener en cuenta el alcance omnicomprensivo del concepto de retribución a estos efectos, pues se establece un concepto estipulativo y funcional que abarca una noción de retribución que va más allá de las percepciones de naturaleza estrictamente salarial. Se trata de un concepto amplio de retribución, que es comprensivo no solo el salario en *ius strictum*, sino también los complementos, ya sea en efectivo o en especie, que los trabajadores reciben directa o indirectamente de sus empleadores.

[51] Ver Asunto REYNERS 2/84, 21 de junio 1974. De igual modo, en el asunto SIMMENTHAL (106/1977 de fecha 09-03-1978) se ha precisado las consecuencias del efecto directo: ser fuente directa e inmediata de derechos y obligaciones para los afectados, ya sean los Estados o los particulares partes en relaciones jurídicas nacidas del derecho comunitario y vincular al juez que ha de proteger los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario.

[52] Monereo Pérez, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de Relaciones Laborales*, Murcia, Laborum, 2020.

[53] Monereo Pérez, J.L., y López Insua, B.M.: "Avanzando hacia una efectiva igualdad entre hombres y mujeres: equiparación retributiva para un mismo trabajo o «de igual valor»", en *La Ley Unión Europea,* núm. 94, 2021.

[54] La doctrina judicial ya ha resaltado esta idea a través del Asunto Defrenne II del año 1976. Ver también la Sentencia del TJUE de 18 de noviembre de 2004 en el Asunto C-284-02, Sass y 13 de enero de 2004, Asunto C-256/01, Allonby.

[55] Con "independencia de que lo realice un trabajador o una trabajadora", Sentencias del TJUE en los Asuntos Lawrence (C-320/00) y Cadman (C-17/05).

Estos complementos abarcan las primas, el pago de horas extraordinarias, las facilidades de transporte (por ejemplo, automóviles proporcionados por el empleador y tarjetas de transporte), las ayudas para vivienda, la indemnización por asistir a cursos de formación, los pagos en caso de despido, los suplementos por horas extraordinarias, las gratificaciones pagadas a discreción del empleador, el subsidio obligatorio por enfermedad, la indemnización obligatoria y las pensiones de jubilación, aportaciones empresariales a los planes privados complementarias, etcétera. Ahora bien, el principio de igualdad de retribución no significa que todas las personas que trabajan deban ser remunerados por igual, sino que las diferencias retributivas deben basarse en criterios objetivos, no relacionados con el sexo, teniendo la carga de la prueba el empleador en caso de controversia jurídica.

Por su parte, la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989, establece en su artículo 16 que debe "garantizarse la igualdad de trato entre hombres y mujeres" y "desarrollarse la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres"[56]. A tal fin, conviene intensificar, "donde quiera que ello sea necesario, las acciones destinadas a garantizar la realización de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular para el acceso al empleo, la retribución, las condiciones de trabajo, la protección social, la ecuación, la formación profesional y la evolución de la carrera profesional" y "desarrollar medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares"[57].

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007/2010) (en adelante, CDFUE), entronca en esa tradición en la cultura de los derechos sociales fundamentales al garantizar explícitamente el derecho del trabajador a condiciones de trabajo justas y equitativas (que incluye las *condiciones salariales*) (señaladamente, el crucial art. 31 CDFUE ("Condiciones de trabajo justas y equitativas")[58].

4. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA COMO SOPORTE JURÍDICO A LA ACCIÓN DEL LEGISLADOR

Siguiendo la estela internacional y comunitaria, la Constitución Española está impregnada de una preocupación especial por luchar contra las desigualdades económicas y sociales, esto es, por la instauración de la igualdad sustancial o real, extensiva a las relaciones laborales. Una lectura certera de la Norma Fundamental permite comprobar cómo no se limita a proclamar solemnemente el principio de la igualdad ante la ley, como consecuencia de la soberanía popular y de la democraticidad del Estado, sino que diseña esta igualdad como una manifestación específica de un principio constitucional más amplio y comprensivo que coloca previamente a la igualdad como valor superior del ordenamiento y por ello del propio orden constitucional. No otra interpretación puede tener el art. 1.1 CE cuando afirma que "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores del ordenamiento... la igualdad"[59].

[56] Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B.M.: "Derecho a una remuneración equitativa (artículo 4)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs y Coords): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017, pp. 465-508.

[57] Monereo Pérez, J.L., y López Insua, B.M.: "Avanzando hacia una efectiva igualdad entre hombres y mujeres: equiparación retributiva para un mismo trabajo o «de igual valor»", en *La Ley Unión Europea,* núm. 94, 2021.

[58] Monereo Pérez, J.L.: "Condiciones de trabajo justas y equitativas", en Monereo Atienza,C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs): *La Europa de los Derecho. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Granada, Comares, 2012, pp. 739-782.

[59] Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, M.: "El principio de igualdad y las relaciones laborales", *Revista de Política Social*, nº. 121, 1979, pp. 381 y ss.

Ahora bien, aun cuando "la igualdad se configura como 'valor superior' que impregna todo el orden constitucional y el orden jurídico, con una función reguladora omnicomprensiva que va mucho más allá de las tipificaciones específicas que de la propia igualdad cabe extraer de la propia Constitución", lo cierto es que estas regulaciones concretas no agotan el principio de igualdad; antes bien son manifestaciones específicas del mismo que el constituyente ha estimado más necesitadas de una protección rigurosa, pero sin colmar con ello todo el contenido potencial de ese principio de igualdad (valor superior), junto a la libertad, la justicia y el pluralismo", que concierne al ordenamiento jurídico en su totalidad[60].

Pieza clave es el art. 14 CE, que proclama el derecho a la igualdad y no discriminación, citando como motivos especialmente reprochables el nacimiento, la raza, el sexo, la religión u opinión, añadiendo en cláusula abierta "cualquier otra circunstancia personal o social". Este precepto presenta una naturaleza compleja, pues proclama tanto la igualdad ante la ley como la interdicción de la discriminación[61]. A partir de dicha doble configuración constitucional, el intérprete máximo de la Carta Magna ha señalado, en primer lugar, como rasgos esenciales del principio de igualdad ante la ley los siguientes: 1) No cualquier desigualdad va a suponer una contravención del art. 14 CE, habida cuenta de que la vulneración solamente acaece cuando la desigualdad introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable[62]. 2) El principio recogido en el art. 14 CE exige que a iguales supuestos de hecho le sean de aplicación similares consecuencias jurídicas, entendiendo que dicha identidad concurre cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional[63]. 3) No se prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino únicamente cuantas resulten artificiosas o injustificadas por no encontrar fundamento en criterios objetivos suficientemente razonables de conformidad con criterios o juicios de valor generalmente aceptados[64]. 4) Para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos[65].

En segundo lugar, la discriminación, conforme al art. 14 CE, supone una diferencia de trato que actúa contra el sujeto discriminando o menoscabando el goce de ciertos derechos y ventajas o agravando sus cargas, con origen en ciertos rasgos de la persona o de la configuración social (sexo, raza, parentesco, lengua, condición social, discapacidad física, psíquica o sensorial), lo que origina una situación objetiva discriminatoria, que pone en peligro el respeto a la dignidad humana y los derechos inherentes a la persona, de manera que las medidas contra la discriminación aparecen como instrumento fundamental para asegurar la igualdad, protegiendo a ciertos grupos necesitados de una tutela reforzada[66].

---

[60] Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: "El principio de igualdad y las relaciones laborales", *Revista de Política Social*, nº. 121, 1979, pp. 381 y ss.

[61] El Tribunal Supremo ha destacado como este precepto comprende dos prescripciones que han de ser diferenciadas: la primera, contenida en el inciso inicial de ese artículo, se refiere al principio de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley por los poderes públicos; la segunda se concreta en la prohibición de discriminaciones y tiende a la eliminación de estas en cuanto implican una violación más cualificada de la igualdad en función del carácter particularmente rechazable del criterio de diferenciación aplicado. SSTS 17 octubre 1990 (RJ\1990\7929) y 17 mayo 2000 (RJ/2000/5513).

[62] STCo 76/1990, de 26 de abril.

[63] STCo 177/1993, de 31 de mayo.

[64] STCo 253/2004, de 22 de diciembre.

[65] STCo 61/2013, de 14 de marzo.

[66] STCo 62/2008, de 26 de mayo.

Así, cuanto caracteriza "la prohibición de discriminación, justificando la especial intensidad de este mandato y su penetración en el ámbito de las relaciones privadas, es el que en ella se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista"[67], de manera que "la cláusula final del art. 14 CE no comprende cualquier tipo de condición o circunstancia de los individuos o de los grupos sociales, pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta"[68].

La respuesta por excelencia del ordenamiento jurídico frente a las actuaciones de discriminación es la de prohibirlas y, por tanto, declarar nulas las conductas que incurran en la misma. No obstante, el legislador considera que ello no es suficiente, por cuanto que las situaciones de segregación o marginación social, producidas por prácticas largo tiempo admitidas o consentidas de discriminación, muestran un panorama histórico bastante consolidado de postergación de los grupos victimizados, de modo que la superación de la situación de discriminación no se resuelve de forma inmediata por medio de una simple regla prohibitiva. En este contexto, surgen las medidas denominadas de acción positiva o de discriminación positiva, por medio de las cuales se establecen reglas temporales de promoción, preferencia o favorecimiento del grupo social tradicionalmente discriminado, con vistas a acelerar el proceso de transformación hacia una situación fáctica final de equiparación real y efectiva, que supere más rápidamente las enraizadas diferencias injustificadas[69]. En otras ocasiones, ya no se trata sólo de un objetivo de transición, destinado a forzar run mayor ritmo en el cambio histórico, sino de diferencias estructurales o consustanciales que fuerzan a medidas de apoyo directo a los grupos perjudicados, en cuyo caso la medida puede llegar a contemplarse como permanente, pero siempre bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad[70].

El cariz de la tutela antidiscriminatoria es, por tanto, doble: positiva (promoción de condiciones para que la igualdad sea real y efectiva) y negativa (remoción de obstáculos que impidan el logro de esa igualdad). Centrando la atención en la segunda vertiente, ésta se concibe como una reacción represiva contra los actos discriminatorios, esto es, pretende castigar la discriminación una vez que se ha producido mediante una sanción; es la tutela que tradicionalmente se ha aplicado a los actos individuales de discriminación (discriminación directa) o colectivos, siempre que la colectividad está delimitada o sea delimitable (discriminación indirecta) e impone la paridad de trato, la interdicción absoluta del acto discriminatorio y su nulidad radical, acompañada de la pertinente reparación.

Transitando de lo general a lo particular, estos principios de igualdad y no discriminación que consagra la CE y sus garantías son los que marcan de forma más concluyente al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pues a nadie escapa que esta rama del Derecho ha quedado configurada como un sector del ordenamiento que responde a una visión avanzada de la igualdad, a una búsqueda de la igualdad real mediante instrumentos de intervención pública y colectiva, lo cual permite afirmar que la igualdad debe presidir las relaciones de trabajo desde su constitución a su extinción[71]. Así, el derecho a la igualdad y no discriminación en las relaciones laborales dispone de un "doble juego institucional",

[67] STS 29 enero 2001 (RJ 2001/2069).

[68] STS 22 enero 2008 (RJ 2008/1621).

[69] Cruz Villalón, J.: *El Estatuto de los Trabajadores comentado*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 239.

[70] STCo 269/1994, de 3 de octubre, sobre reserva de puestos a trabajadores discapacitados. Gómez Abellerira, F.J.: "Las acciones positivas de las empresas para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", en *Comentarios laborales de la ley de igualdad entre mujeres y hombres*, Mercader Uguina, J.R., Dir., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 15 y ss.

[71] García Fernández, M.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Ariel, Barcelona, 1990, p. 346.

por una parte, el derecho de los sujetos laborales (trabajadores, empresarios, sindicatos y asociaciones empresariales) a obtener separadamente un trato igual de los poderes públicos ("derecho público subjetivo a la igualdad") y, por otra parte, el derecho de los trabajadores a no ser discriminados por su empresario en la relación de trabajo ("derecho privado subjetivo a la igualdad")[72].

En nuestro ordenamiento jurídico infraconstitucional se ha recogido, tanto el derecho a la igualdad como el derecho a la no discriminación, en su aplicación a las relaciones laborales. Cabe destacar, así, varias intervenciones acumulativas: se ha recogido el enunciado de la prohibición de discriminación en normas materialmente laborales, tal y como sucede, como ejemplo paradigmático, en el Real Decreto Legislativo , por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores (ET); también se han dictado leyes contra la discriminación por motivos concretos que incluyen medidas específicas en materia de empleo, tal y como sucede con el sexo (Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres) o la discapacidad (Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre); igualmente, se ha promulgado una ley integral de igualdad efectiva, con proyección tanto al trabajo por cuenta ajena como al desarrollado en régimen de auto-organización (la Ley 15/2022).

5. LA REGULACIÓN ESTATUTARIA

Teniendo como marco general el art. 14 CE, que, como ya consta, reconoce el derecho de los españoles a la igualdad ante la ley prohibiendo cualquier tipo de discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social, el art. 4.2 c) ET vuelve a recoger esta prerrogativa en la segunda de sus versiones (la prohibición de discriminación), cuando configura como uno de los derechos de los trabajadores el de "no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español", ampliando dichas causas antidiscriminatorias a la discapacidad cuando el empleado se encuentre en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate[73].

Por su parte, el art. 17 ET, denominado "no discriminación en las relaciones laborales", desarrolla tanto el art. 14 CE como el art. 4.2 c) ET, estableciendo la sanción de nulidad para todos aquellos preceptos reglamentarios, cláusulas de convenios colectivos, pactos individuales y decisiones individuales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por algunas de las siguientes causas, enumeradas en su articulado: edad, discapacidad, sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español.

Cierto es que este precepto contiene una relación amplia de diferencias de tratamiento prohibidas, mucho más extensa que la contenida en el art. 14 CE, si bien su diseño responde al modelo de lista cerrada. No menos verdad resulta que una certera lectura exige una interpretación extensiva en el contexto del art. 14 CE, pues, como es sabido, contiene una apelación final y general a "cualquier otra condición o circunstancia personal o social", lo cual permite hacer frente a cualquier

[72] Palomeque López, M.C.: "Discriminación por razón de sexo y despido de trabajadora embarazada", en *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010. Libro homenaje a María Emilia Casas*, Baylos Grau, A. *et alii*, Coords., La Ley, Madrid, 2013, pp. 167 y ss.

[73] Montoya Melgar, A.: "Ejercicio y garantías de los derechos fundamentales en materia laboral", *Revista Poítica Social*, nº 121, 1979, pp. 332 y ss.

otra situación de marginación o segregación social rechazada por repugnante por el ordenamiento jurídico[74].

Conforme al art. 17 ET, se prohíben, también, las órdenes de discriminar y decisiones empresariales que comporten un trato desfavorable de los trabajadores, como represalia a reclamaciones, efectuadas en la empresa o ante acciones administrativas o judiciales, destinadas a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación[75].

Seguidamente, el art. 17.3 ET da por válidos los tratamientos favorecedores de determinados grupos de trabajadores en el marco de una determinada política gubernamental de empleo. Atribuye, así, al Gobierno la posibilidad de regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo. Estas medidas de fomento de la igualdad de oportunidades en el empleo tienen como objetivo, partiendo de la desigual situación en la que se encuentran determinados colectivos en la sociedad y de los obstáculos reales que les impiden acceder y mantenerse en el mundo laboral, suministrar los instrumentos o mecanismos que permitan romper esa tendencia y facilitar el acceso al trabajo en igualdad de oportunidades con los ciudadanos no condicionados por circunstancias subjetivas especiales[76].

Además, el art. 17.4 ET habilita a la negociación colectiva a establecer medidas de acción positiva con el fin de favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones (regla que se extiende también a las condiciones de clasificación profesional, promoción y formación), para lo cual se podrán establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de manera que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas cuantas personas pertenezcan al sexo menos representando en el grupo profesional de que se trate. También cabe mencionar, de un lado, el art. 24.2 ET, que exige la adecuación de los ascensos y la promoción profesional en la empresa a "criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres, pudiendo establecerse medidas de acción positiva dirigidas a eliminar o compensar situaciones de discriminación", y, de otro, el art. 28 ET sobre igualdad de remuneración por razón de sexo, con referencia a trabajos de "igual valor", que desarrollan, no sólo el art. 14 CE, sino también el art. 35.1 CE.

En fin, pese a la bondad de los enunciados de la regulación estatutaria, no cabe olvidar que una de las mayores dificultades que presentan en la práctica las conductas discriminatorias es la de lograr demostrar la actuación lesiva, sobre todo cuando se oculta bajo una neutralidad aparente. La presunta víctima del tratamiento discriminatorio en lo laboral se suele encontrar carente de los elementos de información y de los instrumentos de comprobación necesarios para llegar a descubrir el trasfondo del asunto, para identificar las causas profundas de las diferencias de tratamiento existentes, particularmente cuando los móviles de las conductas empresariales no son explícitos desde el instante en que el empresario no tiene que justificar las razones de ejercicio del poder directivo en virtud de las posibilidades otorgadas por el art. 38 CE. Como instrumento procesal de reacción frente a esta situación desfavorable, se incorporan reglas de alteración parcial de la carga de la prueba, tal y como recoge el art. 96 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), en virtud del cual: "en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de

[74] Cruz Villalón, J.: *Estatuto de los Trabajadores comentado*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 239.

[75] Martín Valverde, A.: "El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista Política Social*, nº 137, 1983, pp. 61 y ss.

[76] Cardona Rubert, B.: "Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales", en *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Goerlich Peset, J.M., Dir., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 391.

vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad".

6. ESPECIAL REFERENCIA A DOS DE LAS CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN CON REGULACIÓN MÁS COMPLETA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Desde hace décadas el sistema jurídico español viene realizando esfuerzos por lograr la eliminación de tratamientos discriminatorios por razón de sexo y género y por discapacidad. Buena parte de la normativa aprobada al respecto persigue la igualdad en el marco laboral.

6.1. POR RAZÓN DE SEXO Y GÉNERO

De entre las causas de discriminación, la sufrida por las mujeres es la más antigua y persistente en el tiempo y la más extendida en el espacio, a la par que también es la más versátil en sus manifestaciones, la más relevante desde una perspectiva cuantitativa y la más primaria, por cuanto tiene la capacidad de sumar otras causas relegadoras, con singular manifestación peyorativa en las relaciones laborales: acceso al empleo (procedimientos de reclutamiento y selección), ejecución del contrato de trabajo (clasificación profesional, promoción y formación profesional o retribución) y extinción de la relación laboral (señaladamente en los casos de despido)[77].

La propia CE, en su art. 35.1 CE recoge el principio de no discriminación en el trabajo por razón de sexo[78]. Ahora bien, pese al tiempo transcurrido desde la consagración constitucional del derecho a la igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres, la realidad de las relaciones laborales está lejos de ofrecer un panorama de verdadero equilibrio y de efectiva igualdad de oportunidades para las mujeres[79]. Como es de sobra conocido, el mercado de trabajo presenta una serie de rasgos definitorios que evidencian con claridad la peor condición de la mano de obra femenina si comparada con la masculina. No cabe ocultar que todavía a día de hoy, las mujeres constituyen una fuerza de trabajo secundaria, en la que tiene mayor incidencia el desempleo, máxime cuando desarrollan preferentemente su prestación de servicios en ocupaciones feminizadas ("de cuello rosa") y que, debido precisamente a ello, se consideran como poco cualificadas y se caracterizan en muchos casos por la inestabilidad y escasa retribución, cuando no caen de lleno en la economía informal o en el "trabajo negro". La diferencia retributiva con los varones se mantiene, sin que deba silenciarse, tampoco, la presencia de ese "techo de cristal" que provoca que muy pocos puestos ubicados en lo más alto del sistema de clasificación profesional estén ocupados por féminas[80].

A todas estas desigualdades se suma la provocada por la atención de las personas dependientes, entendiendo por tales aquéllas que durante un período prolongado de tiempo requieren de ayuda para realizar ciertas actividades cotidianas (vestirse, comer, asearse...). Su cuidado conduce a la mano de obra femenina, en muchos casos, a optar entre vida laboral o familiar[81]. Todo ello sin olvidar que la responsabilidad de atender a los hijos recae todavía principalmente sobre las mujeres, lo que a menudo conlleva dificultades para mantener su empleo y menores posibilidades para retomar tardíamente su

[77] Valdés Dal-Re, F.: "Del principio de igualdad formal al derecho material de no discriminación", cit., p. 30.

[78] Borrajo Dacrúz, E.: "La no discrimiandón por razón de sexo y sus efectos y garantías en el Derecho español del Trabajo", *Documentación Laboral*, nº 7, 1983, p. 36.

[79] Arasatey Sahún. M.L.: "Tutela judicial nacional", en *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*, Moya Amador, R., Dir., Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 295.

[80] Argüelles Blanco, A.R.; Martínez Moreno, C. y Menéndez Sebastián, P.: *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares*, CES, Madrid, 2004, p. 23.

[81] Pérez Del Río, T.: *El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo*, IELSS, Madrid, 1984, pp. 21-22.

carrera profesional, lo cual repercute, lógicamente, en un descenso en la atención por el sistema de Seguridad Social [82]. Así pues, todavía no se ha logrado una igualdad real o sustancial, que amplía la distinción biológica o sexual binaria entre hombres y mujeres al conjunto de roles y atributos socioculturales social y universalmente asignados a un persona a partir del sexo al que pertenece, convirtiendo la diferencia sexual en diferencia social y cultural[83].

España ha hecho grandes avances en esta materia durante los últimos años, especialmente en género, a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LPIVG), y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), ambas portadoras de medidas laborales.Así, la LPIVG diseña un elenco de medidas tendentes a proteger a las trabajadoras que ha sufrido violencia de género por su pareja o expareja, diseñando medidas específicas de acceso al empleo y permitiendo una adaptación de sus condiciones laborales: flexibilidad del tiempo de trabajo, justificación de ausencias, movilidad geográfica, suspensión con reserva del puesto de trabajo y extinción del contrato con derecho a la percepción de la prestación por desempleo (arts. 21 y ss.).

Por su parte, el art. 5.1 LOIMH establece que el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, aplicable en el ámbito del empleo privado y en el del empleo público, "se garantizará, en los términos previstos en la normativa aplicable, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas, y en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas".

Protege la discriminación directa, que va referida a "la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable" (art. 6.1 LOIEMH). Desde tal premisa, la salvaguarda de la prohibición de discriminación por razón de sexo ha llevado al Tribunal Constitucional a establecer que la conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados, en el ámbito laboral y de la protección social si se trata de una trabajadora, sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (art. 10.1). En consecuencia, se incurre en la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo, lesiva del art. 14 CE, cuando se acredite que el factor prohibido representó la causa de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida

[82] CES: "Conciliación del trabajo y vida familiar: licencias parentales", *Panorama sociolaboral de la mujer en España. Boletín elaborado por el Area de Estudios y Análisis*, núm. 38, 2004, p. 1. La Sentencia del Tribunal Constitucional 67/2022 ha procedido a diferenciar los conceptos de sexo y género. El primero permite identificar a las personas como seres vivos femeninos, masculinos o intersexuales, atendiendo a una compleja serie de circunstancias hormonales, morfológicas y genéticas, a las que se asocian determinadas características y potencialidades físicas definitorias, bien denominadas primarias (genitales internos y externos, estructura hormonal y estructura cromosómica), o bien denominadas secundarias (masa muscular, distribución del vello o estatura). Estos caracteres biológicos, que pueden no ser mutuamente excluyentes, vienen a formular una clasificación binaria o, en algún caso, terciaria, de las personas. Por su parte, el género no se identifica con las realidades biológicas, sino que deriva de construcciones sociales, educativas o culturales asociadas a los roles, las actitudes, los comportamientos, las expectativas y los valores que se asocian o atribuyen, de forma diferencial, a hombres y mujeres. Así pues, mientras que el sexo se vincula a la concurrencia de una serie de caracteres físicos objetivamente identificables o medibles, el género va referido a caracteres relativos o coyunturales y pueden variar de una sociedad a otra y de uno a otro tiempo histórico.

[83] Casas Baamonde, M.E.: "La igualdad de género en el Estado constitucional", *Revista de Derecho Social*, nº 88, 2020, p. 14.

al margen del resultado discriminatorio[84]. Así pues, aun cuando la concurrencia de discriminaciones directas es difícil en la práctica, pues es necesario que se manifiesten de forma expresa prejuicios de género determinantes de la situación de subordinación de las mujeres, resulta de singular utilidad la figura del "comparador hipotético"[85], a partir del cual se permite que prospere una reclamación contra un empresario mostrando como indicio de discriminación un panorama general de comportamiento empresarial, en el que, previsiblemente, de haber sido hombre una trabajadora (y no necesariamente todo el colectivo de mujeres, y ni siquiera su mayoría) hubiera tenido derecho a un trato mejor (*but for*)[86]. Es decir, la comparación no se produce solo cuando una persona sea o haya sido tratada de modo menos favorable por razón de sexo sino también cuando pudiera ser tratada de modo menos beneficioso por esta causa. Permite, pues, que a la hora de aportar indicios de discriminación directa no sea necesario para la demandante buscar un comparador masculino idéntico o siquiera similar. Bastaría una evidencia, conforme al comportamiento habitual de la empresa, referido a que su actuación hubiera sido diferente en el caso de que el reclamante hubiera sido hombre en lugar de mujer. No se limita a lo que le hubiera sucedido a un varón en la misma situación, de modo que la tutela asciende de grado porque, por tratarse de una discriminación directa, la justificación del empresario no puede ser ni general[87], ni fundada en razones financieras de la empresa[88]. Todo ello sin olvidar que de acuerdo con el art. 8 LOIEMH, "constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo y la maternidad".

Ampara también las discriminaciones indirectas, concebidas como "la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ponen a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados" (art. 6.2 LOIEMH). Se está, pues, ante una preterición de este tipo cuando concurren dos presupuestos: los datos estadísticos disponibles muestran que el porcentaje de mujeres afectadas es considerablemente superior al de los hombres sin que dicha realidad esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo[89].

Por su parte, el art. 7.3 LOIEMH establece que "se considerarán en todo caso discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo". 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 discriminatorio, degradante u ofensivo" (art. 7.2 LOIEMH). Integra el concepto de acoso por razón de 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 discriminatorio, degradante y ofensivo". Con mayor amplitud, el recientemente ratificado Convenio 190 de la OIT define su ámbito de aplicación englobando, como riesgo que ha de prevenirse, toda la violencia y el acoso que ocurren durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo, y específicamente[90], siempre y cuando estas conductas

[84] Casas Baamonde, M.E.: "Igualdad, conciliación de la vida personal, familiar y laboral y Seguridad Social", en *Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación. La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*, Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N., Dirs., Granada, Comares, 2008, p. 999.

[85] Cabeza Pereiro, J.: "La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica", *Lan Harremanak*, nº 25, 2012, pp. 79 y ss.

[86] Ballester Pastor, M.A.: "Igualdad de remuneración por razón de sexo", en *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Goerlich Peset, J.M., Coord., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 554.

[87] STJCE de 9 de febrero de 1999, asunto C-167/97, *Seymour-Smith y Laura Pérez*.

[88] STJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto C-177-88, *Dekker*.

[89] STJCE de 9 de febrero, de 1999, asunto C-167/1997, *Seymour Smith y Pérez*.

[90] Miñarro Yanini, M.: "La incidencia de las tecnologías de la información y de la comunicación en la seguridad y salud en el trabajo. Protección de datos y prevención de riesgos. Violencia tecnológica en el trabajo. Medios de prevención", *Documentación Laboral*, nº 119, 2020, vol. 1, p. 29.

agresivas sean susceptibles de causar un grave daño a la víctima en su salud, su integridad física o psíquica y no hayan sido consentidas. Este enfoque más amplio supera el concepto de lugar y tiempo de trabajo clásicos admitiendo que los instrumentos sean titularidad o no de la empresa, al exigir solamente un punto de conexión laboral (como es el mero trasfondo de quienes establezcan tales conexiones, sean compañeros, clientes, suministradores, proveedores…). Elimina, además, el requisito de intencionalidad y obliga a introducir específicamente la violencia y el acoso laboral en la normativa de prevención, permitiendo además abordar la violencia en el contexto de las diversas formas de trabajo de las economías formal e informal donde prolifera la mano de obra femenina -como la agricultura de subsistencia, el cuidado de dependientes y ancianos, etc.- y también en una serie de modalidades no laborales como el trabajo voluntario, las prácticas y otras las relacionadas con la formación y el aprendizaje. Es más, el Convenio 190 hace referencia expresa en el art. 4 a las terceras personas, ajenas a la empresa, como posibles acosadores. Esta violencia externa tiende a producirse más a menudo en sectores como educación (profesorado), personal médico-sanitario, actividades de contacto directo con el público (sector servicios y ocio), medios de comunicación (cine, radio, televisión), periodismo (presentadores), mundo del espectáculo, política, deportistas de élite, teleoperadores o telemarketing[91].

En fin, pese a todos estos avances, lo cierto es que las carencias son manifiestas frente a nuevas brechas y sesgos de género, que pueden coincidir o no hacerlo, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional, con el sexo, incluyendo las situaciones en que se produce una modificación del aspecto del cuerpo o de las funciones fisiológicas por medios médicos o quirúrgicos, aquellas otras en que se produce una modificación registral o un reconocimiento público de tal identidad e incluso las que, sin que exista transición física o jurídica en sentido estricto, se manifiesten otras expresiones de género como la adopción de vestimenta, gestos o aptitudes propios del género con el que se identifica a la persona, independientemente del sexo biológico[92].

6.2. DISCAPACIDAD

La condición personal de discapacidad constituye una causa legal de discriminación con particular manifestación en el marco de las relaciones laborales, no en vano las personas con discapacidad integran uno de los colectivos que mayores dificultades presentan en el acceso al mercado laboral con motivo de sus características físicas, psíquicas o sensoriales. Basta aportar un dato estadístico significativo que puede actuar como elemento de reflexión y piedra angular en las páginas siguientes[93]: el índice de afiliación de este colectivo alcanza solamente el 1,50 por 100 o, dicho en otros términos, su tasa de inactividad duplica a la de las personas no discapacitadas, lo que demuestra los bajos niveles de integración.

El art. 2 a) Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social (LGD), define la discapacidad como "una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás", de manera que el art. 35 de dicho texto legal reconoce a las personas con discapacidad el derecho al trabajo "en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación"[94]

[91] Vicente Pachés, F.: "El ciberacoso a la mujer: una nueva realidad silenciada de violencia de género en el trabajo", en *Mujer, trabajo y nuevas tecnologías. Un estudio del impacto de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral desde una perspectiva de género,* Romero Burillo, A.M., Dir., Aranzadi, Pamplona, 2021, p. 162.

[92] STC 67/2022.

[93] https://www.ige.eu/web/mostrar_actividade_estatistica.jsp?idioma=es&codigo=0204031016

[94] STEDH de 6 de abril de 2017, asunto A. P., Garçon y Nicot contra Francia.

Sus principales líneas de actuación van destinadas a[95]:

— Establecer en las empresas una cuota de reserva destinada en exclusiva a este colectivo (art. 42 LGD y Real Decreto 364/2005, de 8 de abril), con particular manifestación en el empleo público [art. 59 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)] y en el marco de la contratación del sector público [Ley 9/2017, 8 de noviembre (LCSP)].

— Promover Centros Especiales de Empleo (CEE), Empresas de Inserción y enclaves laborales como ámbitos de empleo protegido (art. 37.2.b LGD) pero, al tiempo, como tránsito al mercado ordinario.

— Fomentar su contratación mediante subvenciones, deducciones fiscales o bonificaciones en la cotización

— Procurar su contratación y la mejora de sus condiciones laborales en el mercado ordinario de trabajo a través del programa de empleo con apoyo, regulado en el Real Decreto 870/2007, de 2 de julio.

Como *principio transversal vertebrador* de todo este entramado de actuaciones, las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo, en condiciones que garanticen la aplicación de los parámetros de igualdad de trato y no discriminación, entendiendo que "existe discriminación directa cuando una persona con discapacidad sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de su discapacidad, y discriminación indirecta cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral del empresario, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a las personas con discapacidad respecto de otras personas, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios, o salvo que el empresario venga obligado a adoptar medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para eliminar las desventajas que supone esa disposición cláusula, pacto o decisión" (art. 35 LGD)[96].

Por su parte, el ET dedica varios preceptos al fomento del empleo de las personas con discapacidad. Así, el art. 2 prevé la regulación mediante Real Decreto de una relación laboral especial con personas con discapacidad en centros especiales de empleo. El art. 4.2 c), entre los derechos en la relación de trabajo, reconoce expresamente el derecho a la no discriminación por razón de discapacidad "siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desemplear el trabajo o empleo de que se trate". El art. 17 sobre no discriminación en las relaciones laborales, establece en su apartado 2, que "podrán establecerse por ley exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente", y en el apartado 3 se permite también al Gobierno la adopción de medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores en paro, así como otorgar subvenciones, desgravaciones y otras medidas para fomentar el empleo de grupos específicos con especiales dificultades de acceder al empleo (medidas que se orientarán prioritariamente a fomentar el empleo estable o a la conversión de contratos temporales en contratos

[95] Por extenso, Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N., Márquez Prieto, A., Vila Tierno, F. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs): *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo,* Murcia, Laborum, 2020, 1191 pp. Esteban Legarreta, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, Madrid, Ibidem, 1999.

[96] Gutiérrez Colominas, D.: *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: Una perspectiva desde el Derecho Europeo y el Derecho español*, Bomarzo, Albacete, 2019.

indefinidos), estableciendo como cláusula general el apartado 1 que se "entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de discapacidad, en los ámbitos del empleo, en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo". El art. 20.3 prevé, en el desarrollo de los poderes de dirección y control de la actividad laboral, la obligación de adoptar y aplicar de medidas concretas "la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad". Asimismo, el art. 20.4 determina que el empresario pueda verificar el estado de salud del trabajador que sea alegado para justificar falta de asistencia, mediante reconocimiento a cargo de personal médico.

Varias previsiones estatutarias se dedican a establecer garantías frente al despido de las personas con discapacidad: en el caso de extinción de la situación de incapacidad temporal con declaración de incapacidad permanente (total, absoluta o gran invalidez) se prevé la no extinción del contrato, optando por el mantenimiento del vínculo contractual, que se mantendrá en suspenso hasta un máximo de dos años con derecho de reserva del puesto de trabajo, cuando a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo (art. 48.2 ET); aunque el Real Decreto Ley 4/2020 suprimió el despido por absentismo laboral del art. 52 d) ET, la discapacidad tiene especial incidencia en materia de extinción del contrato por ineptitud sobrevenida con posterioridad a la colocación [art. 52 a) ET]. El art. 51.5 ET, al consagrar la prioridad de permanencia en la empresa en los supuestos de despido colectivo de los representantes de los trabajadores, añade a renglón seguido que "mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el período de consultas se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad". El art. 54.2 g) ET considera incumplimiento contractual del trabajador a efectos del 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". El art. 53.2 ET concede un permiso de seis horas semanales retribuidas, durante el período de preaviso en el despido objetivo, al trabajador o a su representante legal si fuera una persona con discapacidad que lo tuviera, para buscar nuevo empleo. En fin, como especialidad digna de destacar, cabe recordar también que dentro de la relación laboral especial en CEE, el despido objetivo, tanto por ineptitud sobrevenida [art. 52 a) ET] como por falta de adaptación a las modificaciones técnicas operadas en el puesto de trabajo [art. 52 b) ET], es necesaria la constatación por el equipo multidisciplinar.

Junto a ello, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), en su art. 25, regula la protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos laborales, haciendo también referencia a la discapacidad física, psíquica o sensorial a efectos de evaluación de riesgos, adopción de medidas preventivas específicas y asignación de puestos de trabajo.

Asimismo, el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo (LE), se sustenta, como principio básico en la no discriminación y la igualdad de oportunidades efectiva en el ámbito del empleo, haciendo expresa referencia a la discapacidad [art. 2 a) y d)], al derecho a un itinerario individualizado de empleabilidad con enfoque personalizado en relación a las personas con discapacidad (art. 28) o a su reconocimiento como colectivo prioritario delas políticas de empleo (art. 7.1 y 34).

De interés también es el Real Decreto 368/2021, de 25 de mayo, sobre medidas de acción positiva para promover el acceso al empleo de personas con capacidad intelectual límite, en cuyo concepto se incluye a aquellas personas que cuenten con un grado de discapacidad intelectual reconocido entre el

20 y el 33 por 100, siguiendo al efecto el procedimiento establecido en el Real Decreto 1971/1999. Sin duda, tales sujetos, no incluidos dentro la categoría de personas con discapacidad en materia de política de empleo, encuentran también severas barreras y dificultades a la hora de acceder al mercado de trabajo, que son atendidas únicamente con incentivos en el empleo ordinario, sin incluir referencias al empleo por cuenta propia, al empleo público o al empleo protegido.

A pesar de este importante bagaje, la normativa presenta numerosas carencias, disfunciones y lagunas en relación con la superación del modelo médico-asistencial y la consolidación del modelo social contenido en la Convención de Naciones Unidas, lo que aconseja la promulgación de una Ley integral que aporte una puesta al día de nuestro ordenamiento jurídico, capaz de dar solución a los específicos problemas que presentan los colectivos de personas con discapacidad afectadas por trastornos mentales e intelectuales o grandes limitaciones físicas.

7. LEY 15/2022, DE 12 DE JULIO, INTEGRAL PARA LA IGUALDAD DE TRATO Y LA NO DISCRIMINACIÓN: BASES JURÍDICAS

Aun cuando el sistema jurídico español cuenta con una regulación bastante avanzada, si bien no dejan de existir algunas carencias, en cuanto a los principios de igualdad y no discriminación por razón de sexo y por discapacidad, lo cierto es que el resto de causas carecían de un régimen acabado contando sólo con algunas menciones dispersas y deslavazadas. De ahí la conveniencia de la promulgación de una Ley transversal para la puesta en práctica del derecho a la igualdad de trato y no discriminación bajo una perspectiva integral y debidamente actualizada, incluyendo también lógicamente a las relaciones laborales.

Desde esta perspectiva, la Ley 15/2022 adopta como finalidad principal la de "crear un instrumento eficaz contra toda discriminación que pueda sufrir cualquier persona y que aborde todos los ámbitos desde los que esta se pueda producir, acogiendo la concepción más moderna de los derechos humanos" (Preámbulo). Pretende, así, "convertirse en el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español y, al mismo tiempo, albergue sus garantías básicas, conscientes de que, en su estado actual, la dificultad de la lucha contra la discriminación no se halla tanto en el reconocimiento del problema como en la protección real y efectiva de las víctimas". Incorpora, además, al ordenamiento nacional los elementos más desarrollados del derecho antidiscriminatorio y de la promoción de la igualdad en los textos internacionales y, particularmente, en los europeos, debidamente aquilatados estos últimos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la idea de consolidar el reconocimiento efectivo del principio de igualdad y establecer "nuevas garantías" para su disfrute[97].

Su art. 2.1 "reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal. Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social"[98]. Así, sin agotar el posible elenco de causas de discriminación al utilizar una fórmula abierta, además de mencionar los motivos más tradicionales, introduce explícitamente algunos más

[97] Baylos Grau, A.: "Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación", https://baylos.blogspot.com/

[98] Álvarez Del Cubillo, A.: "La Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: una regulación necesaria con un problema grave de enfoque", https://www.aedtss.com/la-ley-integral-para-la-igualdad-de-trato-y-la-no-discriminacion-una-regulacion-necesaria-con-un-problema-grave-de-enfoque/

novedosos como pudiera ser la orientación sexual, la identidad sexual, la expresión de género, así como la enfermedad, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, y, cómo no, la situación socioeconómica (distinta forma de indicar discriminación por pobreza o aporofobia, así como para incluir supuestos de discriminación por el aspecto físico)[99], permitiendo atender también a las posibles causas "que están por venir, ya que los desafíos de la igualdad cambian con la sociedad y, en consecuencia, también deberán hacerlo en el futuro las respuestas debidas" (exposición de motivos).

No obstante, siguiendo la normativa europea e interna precedente, la Ley 15/2022 prevé que puedan "establecerse diferencias de trato cuando los criterios para tal diferenciación sean razonables y objetivos y lo que se persiga es lograr un propósito legítimo o así venga autorizado por norma con rango de ley, o cuando resulten de disposiciones normativas o decisiones generales de las administraciones públicas destinadas a proteger a las personas, o a grupos de población necesitados de acciones específicas para mejorar sus condiciones de vida o favorecer su incorporación al trabajo o a distintos bienes y servicios esenciales y garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades en condiciones de igualdad" (art. 2.2).

Además de definir conceptos de sobra conocidos, recogiendo los avances doctrinales y jurisprudenciales, como la discriminación directa, indirecta, medidas de acción positiva, protección frente a represalias o el acoso discriminatorio, se ocupa de aclarar términos como discriminación por asociación, esto es, cuando una persona o grupo en que se integra, debido a su relación con otra sobre la que concurra alguna de las causas previstas de discriminación, es objeto de un trato discriminatorio[100]; la discriminación por error, es decir, "aquella que se funda en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona o personas discriminadas"; discriminación múltiple, con manifestación "cuando una persona es discriminada de manera simultánea o consecutiva por dos o más causas de las previstas"; o discriminación interseccional, considerada tal "cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta ley, generando una forma específica de discriminación" (art. 6).

Teniendo en cuenta que el ámbito de aplicación de esta Ley se extiende a toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica atentatorio contra el derecho a la igualdad (art. 4.1), no puede extrañar que en el ámbito laboral (por cuenta ajena, pero también por cuenta propia en el art 11), prohíba toda discriminación en el acceso (haciendo especial mención al currículo de vida anónimo), las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, la promoción profesional y la formación para el empleo (art. 3). Veta la fijación de limitaciones, segregaciones o exclusiones por las causas previstas para el acceso al empleo por cuenta ajena, público o privado, incluidos los criterios de selección, en la formación para el empleo, en la promoción profesional, en la retribución, en la jornada y demás condiciones de trabajo, así como en la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo (art. 11). Además, conforme al art. 5, la intimidad y protección sobre el dato de la condición de enferma o sana de la persona trabajadora se refuerza en materia de acceso al empleo desde el momento en que "el empleador no podrá preguntar sobre las condiciones de salud del aspirante al puesto" (art. 9.5)[101], lo cual no impide, lógicamente, la práctica de reconocimientos médicos a la luz del art. 22 LPRL o del art. 243 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social (TRLGSS).

[99] Asquerino Lamparero, M.J.: "La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación", https://www.aedtss.com/la-ley-15-2022-de-12-de-julio-integral-para-la-igualdad-de-trato-y-la-no-discriminacion/

[100] Concepto incluido en la STJUE1 de 17 de julio de 2008, asunto C-303/06, Coleman, entendiendo que la Directiva 2000/78/CE protegía a la madre de un niño con discapacidad de la discriminación en el empleo, puesto que los problemas planteados se debían al hecho de que la madre necesitaba más permisos laborales para cuidar de su hijo.

[101] Terradillos Ormaetxea, E.: "Enfermedad y discapacidad: dos posibles causas discriminatorias que protege la nueva Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación", https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/03/PUBL-TERRADILLOS-BRIEF.pdf

Siguiendo lo previsto en el art. 17.4 ET, se habilita a la negociación colectiva para establecer medidas de acción positiva para prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo por las causas previstas en esta ley, pudiendo establecerse por las empresas y la representación de legal de los trabajadores, objetivos y mecanismos de información y evaluación periódica" (art. 10.2). También se hace referencia a la posibilidad de diseñar acciones de responsabilidad social consistentes en medidas económicas, comerciales, laborales, asistenciales o de otra naturaleza, destinadas a promover condiciones de igualdad de trato y no discriminación en el seno de las empresas o en su entorno social, (informando) a los representantes de los trabajadores de las acciones adoptadas" (art. 33.2).

La vulneración de los derechos de igualdad y no discriminación, que en el marco del proceso laboral se canalizan a través de los arts. 177 y ss. LPRJ, no conlleva, en el redactado de la Ley 15/2022, solo una restitución a la situación anterior sino una reparación indemnizatoria de los daños y perjuicios causados, acompañada de una presunción de existencia del daño moral que se valorará conforme a las reglas de la sana crítica pero "atendiendo a las circunstancias del caso, a la concurrencia o interacción de varias causas de discriminación previstas en la ley y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido" (art. 27). La víctima también tiene derecho a recibir asesoramiento jurídico gratuito en el momento inmediatamente anterior a la interposición de la denuncia (art. 5.4).

La legitimación procesal para la defensa de estos derechos se atribuye a una amplia serie de figuras de representación de intereses colectivos, entre los que cabe mencionar a partidos y sindicatos, asociaciones de autónomos, de consumidores y usuarios y en general las organizaciones "que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos", reconociendo expresamente la condición de interesado a los sindicatos, con independencia de su representatividad, en los procedimientos administrativos en los que la Administración tenga que pronunciarse en relación con una situación de discriminación" siempre que "las personas afectadas sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación" (disposición final 3ª).

La Ley 15/2022 incorpora en el catálogo de entidades a que se refiere el art. 109 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del Sector Público, a la denominada Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, en cuyo seno se dará participación institucional a los sindicatos más representativos, a la que se atribuye capacidad para la defensa de los mencionados derechos, incluido el ámbito procesal.

En fin, la citada Ley tiene en cuenta que la lucha jurídica contra la discriminación no solo depende de la naturaleza del derecho a un trato igualitario, sino también, de manera decisiva, de otros muchos factores, metajurídicos unos y jurídicos otros, como pueden ser el decidido compromiso de los poderes públicos en combatir toda forma de discriminación, el igualmente firme empeño de los actores sociales (sindicatos y empresarios) en su erradicación a través de la negociación colectiva y de las prácticas de empresa, el activismo judicial en afirmar el derecho o la existencia de técnicas procesales que permitan una eficiente reacción frente a los casos de violación de la cláusula de no discriminación[102].

[102] Valdés Dal-Re, F.: "Del principio de igualdad formal al derecho material de no discriminación", *Igualdad de género y relaciones laborales,* Valdés Dal-Re, F. y Quintanilla Navarro, B., Dirs., Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008, p. 31.

8. ALGUNOS CAMBIOS INMINENTES: ENFERMEDAD Y ESTADO DE SALUD COMO NUEVAS CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN

Dejando a un lado a las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales cuyas circunstancias particulares van a ser atendidas por una futura Ley (actualmente en fase de proyecto)[103], procede destacar en este momento que ha sido de gigante el paso dado por la Ley 15/2022 en relación con una de las circunstancias que menor cobertura había tenido en la práctica, cual es la discriminación por enfermedad. Como ya consta, el ámbito subjetivo de la Ley 15/2022 toma como base el art. 14 CE y, junto a los seis motivos de discriminación recogidos en la normativa comunitaria (sexo, origen racial o étnico, discapacidad, edad, religión o creencias y orientación sexual), incorpora expresamente, entre otros, los de enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos (art. 2.1). Es más, el art. 2.3 dispone que "la enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública".

Se incluye, por tanto, la enfermedad o la condición de salud como causa expresa de discriminación, rompiendo por consiguiente con una doctrina judicial que había negado esta circunstancia como motivo discriminatorio en los supuestos de despido. Viene a zanjar así la polémica sobre los despidos en situaciones de incapacidad temporal, apostando por su consideración como nulos (y no improcedentes) cuando no hubiera causa justificativa, superando la doctrina vertida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que venía entendiendo que los despidos realizados a trabajadores enfermos que se encuentran en situación de incapacidad temporal de larga duración, de previsible larga duración o de duración incierta se podían considerar discriminatorios por su equiparación o asimilación a la discapacidad presunta[104].

En efecto, cabe recordar que aun cuando los últimos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no establecen que un despido por motivo de enfermedad tanga sin más un carácter discriminatorio a efectos de la Directiva 2000/78, lo cierto es que sí consagran el criterio de asimilación/equiparación a la discapacidad de enfermedades duraderas o de larga duración con lo que constituye una suerte de ampliación del concepto de discapacidad, protegiendo estos casos con la nulidad del despido. De tal doctrina da cuenta el caso HK Danmark[105], donde el TJUE ha señalado que en ciertos casos se puede incluir dentro del concepto de discapacidad aquellas enfermedades que causen una limitación que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir la participación plena y efectiva de la persona con discapacidad en la vida profesional en igualdad de condiciones.

[103] El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 12 de mayo de 2015, asunto Identoba y otros contra Georgia, ha señalado que "la prohibición de discriminación contemplada en el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos comprende cuestiones relacionadas con la identidad de género". Además, el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos define para las personas una esfera personal protegida que incluye la identidad sexual o identidad de género y la orientación sexual e implica reconocer un derecho a la autodeterminación y a la libertad para definir la propia identidad sexual o identidad de género configurado legalmente. En el marco internacional los principios de Yogyakarta precisan que "identidad de género se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales" (Principios de Yogyakarta, 2007).

[104] Monereo Pérez, J.L.: "Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel", *Lex Social*, nº 1, vol. 9, 2019, pp. 681 y ss.

[105] STJUE de 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335 y C-337/11, HK Danmark.

En parecido sentido, las Sentencias Daouidi[106] y Ring[107] señalan el carácter estigmatizante de las enfermedades de larga duración, de manera que la obesidad puede incluirse entre estas enfermedades siempre y cuando sea susceptible de crear limitaciones severas en el trabajo (Sentencias FOA *v.* Kommunernes Landsforening[108] o Ruiz Conejero[109]).

Tal ampliación conceptual abría un nuevo interrogante, pues la empresa, a excepción de lo que ocurre en los accidentes de trabajo, desconoce el diagnóstico de la enfermedad al no poder acceder a los datos médicos del trabajador, protegidos por el derecho a la intimidad. Únicamente dispone de una información somera sobre la duración probable que aparezca en su caso en el parte médico, de modo que si el empresario no conoce las circunstancias de la enfermedad (discapacidad presunta) no se le puede exigir el cumplimiento de la obligación de establecer "ajustes razonables" o, dicho en otros términos, este deber está condicionado a que el empresario tenga conocimiento de la discapacidad del trabajador, ya sea por expresa comunicación de este o por la detección visual o funcional derivada del rendimiento en el marco de la relación laboral. Tal realidad, que sólo podía resolverse aplicando el principio de la buena fe contractual, dejaba desprotegidos algunos dispuestos de despido, que han sido protegidos por la L2y 15/2022.

Contemplada "ex novo" la causa discriminatoria relativa a la enfermedad, incluso al "estado de salud", que van más allá de la "enfermedad discapacitante" de la jurisprudencia citada del TJUE, hay que entender que el mandato del art. 55 ET que decreta la nulidad del despido disciplinario discriminatorio, y nulo, entraría en pleno juego, máxime cuando siempre va necesario ponderar su rendimiento de acuerdo con la "capacidad real".

Ahora bien, pese a que estas conclusiones parecen acertadas, para que resulten indubitadas es necesario dar un paso más e introducir modificaciones expresas en tal sentido en los arts. 52 a) y 54 ET con el fin de evitar que, en la práctica siga siendo posible "monetizar" el despido considerado como improcedente a una indemnización de 33 días de salario por año de servicio, lo que frustraría la protección efectiva de la persona enferma.

Una vez eliminada la posibilidad de despedir por absentismo al haber quedado derogado el párrafo d) del art. 52 ET, procede también parar la atención en el despido por ineptitud sobrevenida, que, en principio, no presenta especialidades en relación con las personas con discapacidad o enfermas, pero tiene una especial incidencia en estos colectivos, pues encubrir un acto discriminatorio (directo o indirecto).

Como es sabido, el art. 52 a) ET puede aplicarse a aquellos supuestos en los cuales el trabajador no es capaz de desempeñar correctamente los cometidos de su trabajo, situación que a menudo y en la práctica acompaña a una situación de discapacidad o enfermedad. De todas formas, para que la ineptitud pueda ser causa de extinción del contrato de trabajo debe conllevar una alteración del estado de salud de carácter físico o psicológico que aglutine una serie de requisitos: ha de ser verdadera, permanente y no circunstancial, general (referida al conjunto del trabajo que se le encomienda al trabajador y no relativa a alguno de sus aspectos o a tareas extramuros de la actividad laboral contratada), de cierta relevancia (con rendimiento inferior a la media normal de cada momento, lugar y profesión) y afectante al trabajador y no a los medios materiales[110].

[106] STJUE de 1 de diciembre de 2016, asunto C-395/15, Daouidi.
[107] STJUE de 11 de abril de 2013, asunto C-335/11, Ring.
[108] STJUE de 18 de diciembre de 2014, asunto C-354/13, FOA v. Kommunernes Landsforening.
[109] STJUE de 18 de enero de 2018, asunto C-270/16, Ruiz Conejero.
[110] Alzaga Ruiz, I.: "Reflexiones sobre el despido del trabajador por ineptitud conocida o sobrevenida", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 187, 2016, pp. 31 y ss.

Conocida tal discapacidad o enfermedad, la ausencia de cualquier objeción durante el período de prueba, o incluso la falta de pacto respecto a la realización de la prueba, comportará que el empleador no pueda alegar ineptitud con posterioridad. En cambio, cuando no se haya logrado superar la experimentación propuesta, el empresario quedará habilitado a resolver la relación, sin que tal decisión traiga aparejada, en principio y salvo causa torpe u oculta, discriminación alguna.

No obstante, la declaración del trabajador como no apto no autoriza a la empresa a extinguir automáticamente el contrato en el caso de que se trate de una persona con discapacidad o con problemas de salud, sino que la empresa ha de realizar un esfuerzo real por adaptar el puesto de trabajo, de manera que la empresa ha de probar no sólo la ineptitud del trabajador sino también la imposibilidad de adecuar el puesto de trabajo a las limitaciones del trabajador. Esta conclusión que aboga por la nulidad del despido si no se cumplen ambos extremos, amparada en el derecho a la seguridad y salud del trabajador y en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la LPRL, debería ser recogida de forma expresa en un texto legal para asegurar el reconocimiento del mantenimiento en el puesto de trabajo, tal y como se deduce de la nueva causa de discriminación introducida en la Ley 15/2022 derivada de la "denegación de ajustes razonables" (art. 4).

Particular mención merecen los trabajadores de edad avanzada, pues, sin duda, son más vulnerables desde el punto de vista psicofísico, no en vano los problemas de salud y las enfermedades crónicas a largo plazo aumentan con la edad (alteraciones cardiovasculares, respiratorias, neuronales, hormonales o metabólicas). En efecto, la incidencia de enfermedades degenerativas es proporcional al cumplimiento de años y dada la probabilidad de que los trabajadores tiendan a trabajar más tiempo, el riesgo de desarrollar ciertas patologías se volverá todavía más frecuente. Además, una extensión temporal de la vida profesional puede conllevar una exposición más prolongada a los peligros en el lugar de trabajo, lo que constituye un factor de riesgo para los problemas profesionales de la salud como por ejemplo los trastornos musculoesqueléticos o las lesiones. Como bien se sabe, los trabajadores de 55 y más años son los trabajadores que tienen mayor incidencia en el caso de los accidentes de trabajo calificados como graves y mortales. Además, la duración media de los días de baja aumenta con la edad del trabajador lo que pone en evidencia su mayor vulnerabilidad ante los riesgos laborales[111]. Las estadísticas ponen de manifiesto que alrededor del 30 por 100 de los trabajadores de edades comprendidas entre los 50 y los 64 años necesitan por razones de salud (que consisten principalmente en trastornos musculo-esqueléticos y mentales, acompañados de deficiencias cognitivas o sensoriales), una adaptación urgente del puesto de trabajo con el fin de reducir situaciones de incapacidad temporal o permanente, cuando no opciones por la jubilación anticipada. Así pues, en la población de mayor edad se producen limitaciones tanto físicas, como psicológicas, o ambas a la vez, siendo las disfunciones más evidentes las visuales y auditivas, unidas a las provocadas por dolores de espalda, cuello y nuca, hombros, rodillas, extremidades, manos y pies[112]. Es muy significativo también que la mayoría de los accidentes laborales en los trabajadores de 55 años o más están causados por distracciones, descuidos, despistes o falta de atención. Por tales razones, es necesario tener en cuenta sus circunstancias concretas a la hora de planificar la prevención de tales siniestros[113], cobrando pleno sentido la causa de discriminación derivada de la denegación de ajustes razonables que recoge la Ley 15/2022.

En suma, en materia de prevención de riesgos laborales, la edad debería ser un factor clave, pues tanto las condiciones físicas (agudeza visual, capacidad auditiva, coordinación motora), como

[111] Chabanés, M.: "Los trabajadores maduros y prevención de riesgos laborales: análisis desde la negociación colectiva", *Lan Harremanak*, nº 44, 2020, p. 310.

[112] García Ninet, J.I. y Barceló Fernández, J.: *Estado de salud y factores de riesgo laboral en los trabajadores de mayor edad,* CEOE, Madrid, 2015, p. 103.

[113] Martínez Barroso, M.R.: *Influencia de la edad en las relaciones laborales: acceso al empleo y protección social*, Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 374.

las mentales (dificultad de atención, memoria), sufren progresivas limitaciones a medida que pasa el tiempo[114], lo cual todavía se hace más patente en determinadas profesiones. Ahora bien, la realidad muestra la escasa sensibilidad de la LPRL sobre estos extremos. Únicamente el legislador de Seguridad Social ha intervenido a través de dos mecanismos fundamentales:

De un lado, estableciendo edades de jubilación anticipada sin penalización, tal y como sucede con los trabajadores acogidos al Estatuto Minero, el personal de vuelo de trabajos aéreos, ferroviarios, artistas, profesionales taurinos, bomberos, cuerpo de la ertzaina y policías locales. En todos estos supuestos, las circunstancias en las que se desarrolla el trabajo, en las que concurre una alta tensión no sólo física sino también mental, justifican el anticipo de la jubilación. Como botón de muestra, cabe señalar que el Tribunal Supremo ha sentado en relación con los controladores aéreos que "el alto nivel de estrés, la rotación de turnos y la extrema responsabilidad sobre las operaciones aéreas que controlan justifican sobradamente la medida legislativa (jubilación obligatoria a los 65 años), que, sin duda, tiene como finalidad evitar consecuencias negativas que pudieran derivarse de la incidencia de los factores descritos sobre el interés general"[115].

De otro, protegiendo la situación de incapacidad para el trabajo como consecuencia de una alteración de la salud del sujeto que la padece a través de la prestación de incapacidad permanente total cuando el beneficiario presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, previsiblemente definitivas, que impiden la realización de todas o de las fundamentales tareas de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquélla estaba encuadrada, siempre que pueda dedicarse a otra distinta (art. 194 TRLGSS). Tal afectación irá acompañada de una pensión vitalicia del 55% de la base reguladora. Esta pensión puede sustituirse, excepcionalmente, por una indemnización a tanto alzado cuando el beneficiario sea menor de 60 años. Dicha pensión podrá también ser incrementada en un 20%, cuando por la edad del beneficiario, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presuma la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior. En todo caso, la cuantía de la pensión de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común no podrá resultar inferior al importe mínimo fijado anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para la pensión de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común de titulares menores de sesenta años con cónyuge no a cargo (art. 196.2 TRLGSS).

En paralelo a este régimen de protección social, desde la legislación de función pública también se ha pretendido dar solución a este detrimento subjetivo a través de la denominada segunda actividad, entendida como institución específica que tiene como finalidad garantizar un equilibrio entre la eficacia en el servicio y el mantenimiento del derecho al cargo del funcionario, permitiendo la adaptación de su devenir profesional a los cambios que puedan producirse por el transcurso del tiempo o por la disminución sobrevenida de su aptitud físico-cognitiva[116]. En efecto, las reglamentaciones respectivas de los cuerpos de bomberos o policías, tanto a nivel nacional, autonómico o municipal, disponen la limitación de las funciones a realizar por los profesionales afectados cuando concurren las circunstancias en cada caso previstas, de suerte que podrán llevar a cabo unas concretas áreas, igualmente necesarias para la viabilidad de los servicios, pero cuya carga física o psíquica es

[114] De La Casa Quesada, S.: "Tiempo de trabajo y bienestar de los trabajadores: una renovada relación de conflicto en la sociedad digital", *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, nº extraordinario 2019, p. 137.

[115] STS 1 julio 2021 (rec. 2695/2019).

[116] Cantero Martínez, J.: "A vueltas con las causas de pase a la segunda actividad de los policías locales y su nuevo régimen de jubilación anticipada", *Revista Vasca de Organización de Personas y Administraciones Públicas*, nº 17, 2019, p. 32.

ostensiblemente menor a la que comporta el desempeño de los quehaceres típicos del correspondiente cuerpo[117].

En fin, teniendo en cuenta que las capacidades cambian con la edad, al calor de la Ley 15/2022 deberán plantearse otras acciones posibles dando cumplimiento a la exigencia de ajustes razonables antes de la salida de los trabajadores maduros del mercado de trabajo. Entre ellas, y como medidas preventivas, la posibilidad de aplicar alternativas de flexibilidad interna en la empresa, incluyendo el cambio de puesto de trabajo, junto con otras estrategias que, desde un enfoque integral, estén dirigidas a la adaptación del puesto de trabajo, sin olvidar el diseño de cauces para el retraso de los deterioros propios de la edad a través de reconocimientos médicos específicos o del impulso de hábitos de vida saludables, tal y como prevé el Libro Verde del Envejecimiento de la Unión Europea[118].

9. CONCLUSIÓN

Los amplios términos empleados para definir las causas discriminatorias han permitido al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y a los órganos judiciales nacionales ensanchar sus límites a través de una interpretación extensiva, dirigida a ofrecer una tutela discriminatoria más extensa, ampliando no sólo los contornos objetivos de la propia causa discriminatoria sino también el elenco de sujetos amparados bajo su paraguas tuitivo y los ámbitos funcionales de aplicación, incluyendo, como no podía ser de otra manera, el marco de las relaciones laborales[119].

La Ley 15/2022, dentro del respeto riguroso a las exigencias del Derecho Comunitario y conforme a una integradora interpretación judicial, pretende moldear una realidad social resistente a hacer iguales a quienes deben serlo y derribar las barreas que lo impiden tan irracional como persistentemente. Supone un paso decisivo en la senda tendente a conseguir la ausencia de sesgos discriminatorios y la superación de denostados estereotipos que cercenan la dignidad de los seres humanos. Su proyección transversal cobra particular sentido en el marco laboral, no en vano uno de los aspectos nucleares en la existencia vital es el acceso a un empleo, pues el trabajo presenta un significado muy superior a la mera obtención de ingresos económicos, convirtiéndose en una fuente muy importante de identidad, autoestima y realización inherentes a cualquier persona. Sin duda, la ocupación remunerada da sentido a la vida y es el punto central de la valoración individual y social, constituyendo --en opinión unánime-- el epicentro de la actividad humana. No se trata, por tanto, de una mera intervención legislativa dirigida al reconocimiento formal de la igualdad en la prestación de servicios que tendría un efecto muy reducido sino que abunda en la idea de la consecución de la paridad real en el acceso y el mantenimiento de un puesto de trabajo digno, dando por superados los tiempos del igualitarismo formal y de los valores abstractos para pasar con decisión al logro de la igualdad real o sustancial de las personas trabajadoras.

[117] Luján Alcaraz, J. y Selma Penalva, A.: "Segunda actividad y reconocimiento de incapacidad permanente total ¿compatibilidad o abuso? (STS 26 abril 2017)", *Revista Derecho de la Seguridad Social*, nº 13, 2017, p. 207.

[118] https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/com_2021_50_f1_green_paper_es.pdf

[119] Maneiro Vázquez, Y.: *La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales. Desde su creación por el Tribunal de Justicia a su recepción por la doctrina judicial española*, Aranzadi, Pamplona, 2022, p. 41.

Estudios Doctrinales

Laborum

nº 4 (3er Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Subcontratación laboral: nuevas reglas y cabos sueltos en el Real Decreto-ley 32/2021

Labor subcontracting: new rules and loose ends in the Royal Decree-law 32/2021

María Antonia Castro Argüelles *Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Oviedo*[1]
https://orcid.org/0000-0002-1326-6399

Cita Sugerida: CASTRO ARGÜELLES, M.A. "Subcontratación laboral: nuevas reglas y cabos sueltos en el Real Decreto-ley 32/2021". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. núm. 4 (2022): 45-69.

Resumen

En este trabajo se abordan las novedades que ha introducido la reforma laboral de 2021 en materia de contratación y subcontratación laboral, tanto las que son consecuencia del nuevo régimen de duración del contrato de trabajo, como las que han afectado más directamente a la redacción del art. 42 ET. En concreto, el nuevo art. 42.6 ET ofrece algunos criterios para determinar el convenio colectivo aplicable a la empresa contratista, aunque sin aclarar su ámbito de actuación. Tampoco se han querido resolver las numerosas dudas de interpretación que ha suscitado el precepto. Por ello, el análisis de los cambios que ha incluido el Real Decreto-ley 32/2021 sobre el particular debe servir no solo para precisar el alcance de las nuevas reglas, sino también para llamar la atención sobre los problemas que sigue planteando el art. 42 ET.

Palabras clave

Subcontratación; contrato de trabajo; convenio colectivo; responsabilidades del empresario

Abstract

This paper addresses the novelties that the 2021 labor reform has introduced in terms of subcontracting labor, both those that are a consequence of the new regime for the duration of the employment contract and those more directly affected by the wording of art. 42 ET. The new wording of the art. 42.6 ET offers some criteria to determine the collective agreement applicable to the subcontracting company, but without clarifying its scope. The reform is not complete and raises some doubts regarding its effects. For this reason, the analysis of the novelties that Royal Decree-Law 32/2021 has included on the matter should serve not only to specify the scope of the new rules, but also to draw attention to the problems that the art. 42 ET still keeps raising.

Keywords

Subcontracting; employment contract; collective agreement; employer´s liability

1. EL ALCANCE DE LA REFORMA DE 2021 EN MATERIA DE CONTRATACIÓN Y SUBCONTRATACIÓN LABORAL

La última reforma de la legislación laboral, acordada por el Gobierno con las organizaciones sindicales CCOO y UGT, y empresariales CEOE y CEPYME, plasmada en el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, ha afectado, entre otras cuestiones, al régimen de la subcontratación del Estatuto de los Trabajadores. Las principales novedades que se incorporan sobre el particular vienen por dos vías: de un lado, como consecuencia de la modificación del régimen de duración del contrato de trabajo, con previsiones en la nueva redacción de los arts. 15 y 16 del ET que afectan a las opciones de contratación de trabajadores por parte de las empresas

[1] Estudio 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 (referencia: PID2020-118499GB-C32).

Fecha Recepción: 28/06/2022 - Fecha Revisión: 27/07/2022 - Fecha Aceptación: 27/07/2022
Pags. 45-69

contratistas; y, de otro lado, a través de los cambios que se introducen en el art. 42 ET. Estos últimos, además, trasladan a este particular ámbito algunos de los efectos de las modificaciones que se llevan a cabo en materia de negociación colectiva, en concreto de las que han venido a matizar el papel del convenio colectivo de empresa[2].

En primer lugar, la reforma ha reducido a la mínima expresión las posibilidades de contratación temporal para la realización de trabajos en el marco de contratas, subcontratas y concesiones administrativas. A partir de ahora, el recurso que las empresas contratistas pueden hacer a la contratación temporal para afrontar la ejecución de una contrata vendrá determinado por la imprevisibilidad y excepcionalidad que les pueda suponer la actividad a desarrollar. En este sentido, suprimido el contrato de obra y servicio determinado, se rechaza expresamente que pueda identificarse como causa del "nuevo" contrato temporal por circunstancias de la producción la realización de los trabajos en el marco de contratas, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio de su celebración cuando concurran las circunstancias de la producción que se detallan en el art. 15 ET[3].

Esta opción encaja con el criterio mantenido por la STS 1137/2020, de 29 de diciembre, rec.240/2018, que, en un cambio de doctrina[4], sentó las bases para rechazar que la duración temporal de la contrata se pueda proyectar sobre el contrato de trabajo de los trabajadores de la contratista y que su finalización pueda ser causa válida para la automática extinción del contrato[5], entre otras razones, porque resulta difícil seguir manteniendo "que una empresa apoye la esencia de su actividad en una plantilla sujeta al régimen de indeterminación de las relaciones laborales". Por ello, el TS llegó a sugerir, en la misma línea de lo que ahora hace la reforma, que las empresas contratistas debían acudir a otros mecanismos diseñados por el legislador, como el trabajo a tiempo parcial o el trabajo fijo-discontinuo, para atender a la variabilidad en la necesidad de trabajadores, condicionada por los flujos de la demanda.

Por lo tanto, a partir de la entrada en vigor de la reforma de 2021, a la empresa contratista no le queda otra opción que contratar indefinidamente para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratas mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de su actividad ordinaria. A tal efecto, se puede contar con el contrato fijo-discontinuo, como expresamente establece la nueva redacción del art.16 ET, cuando se prevea que el trabajo contratado va a tener periodos de ejecución interrumpidos por plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones[6]. Todo ello sin perjuicio de que si esos plazos de espera exceden de los que se establezcan en la negociación colectiva sectorial o, en su defecto, de los tres meses que

[2] Sobre el particular, Sempere Navarro, A.V.: "La reforma laboral de 2021 y los convenios colectivos", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 251, 2022, pp. 57 y ss.

[3] Esto es, cuando pese a tener una plantilla estable para llevar a cabo la actividad, se enfrente a un incremento ocasional de la misma o a una oscilación en los términos del art. 15.2 ET. En este sentido, Ballester Pastor, M.A.: *La reforma laboral de 2021. Más allá del a crónica,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022, p. 93.

[4] Que venía admitiendo un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se prestaba por encargo de un tercero y mientras éste se mantuviera (así, STS/4ª 20 de julio de 2017, rcud.3442/2015; 4 de octubre de 2017, rcud.176/2016; 14 de noviembre de 2017, rcud.2954/2015; 20 de febrero y 17 de abril 2018, rcud.4193/2015 y 11/2016), salvo que se tratase de contratación de la modalidad de obra y servicio desarrollada sin solución de continuidad bajo la apariencia de vinculación a una misma contrata (STS Pleno de 19 de julio de 2018, rec.824/2017 y 1037/2017, SsTS 11 de octubre de 2018, rec.1295/2017, 28 noviembre 2019, rec.3337/2017, 16 de enero de 2020, rec.2122018, y 13 y 26 de marzo de 2020, rec.3566/2017 y 2432/2017).

[5] Como mantuvo el TS, entre otras, SsTS 6 y 13 de mayo de 2020, rec.4349/2017 y 4161/2017, respectivamente, y 16 de julio de 2020, rec.4468/2017.

[6] Para Ballester Pastor, M.A.: *La reforma laboral de 2021. Más allá del a crónica,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022, p. 93, la empresa podrá elegir libremente entre la contratación indefinida ordinaria o la contratación fija discontinua porque "así se deriva de la expresión utilizada por el art. 16.1 segundo párrafo («podrá concertarse»)".

fija el art. 16.4 ET, la empresa contratista pueda acudir a las extinciones por causas objetivas derivadas de la pérdida de la contrata[7] o a las medidas coyunturales que procedan[8].

No parece tan relevante, en cambio, que la actividad que se va a desarrollar por los trabajadores de la contratista responda a una exigencia permanente o excepcional de la empresa comitente o principal, pese a que esta otra consideración también ha sido utilizada por el TS para rechazar que una actividad que nunca podría ser objeto de contrato temporal pudiera convertirse en adecuada a tal fin si se subcontrata[9].

En realidad, se trata de un argumento jurisprudencial que, si bien tenía todo el sentido en una sentencia sobre la causa del desaparecido contrato de obra y servicio, no parece que pueda utilizarse como criterio interpretativo del nuevo contrato por circunstancias de la producción porque nos llevaría a asociar la causa de este contrato temporal con las necesidades de la empresa principal y no de la contratista, desvinculándola de los intereses de los sujetos que suscriben el contrato. De ser así, sólo sería posible acudir al contrato por circunstancias de la producción en aquellos casos en que la empresa principal, de haber optado por asumir directamente esos trabajos, hubiera podido acogerse a esta modalidad de contrato, lo que no parece lógico[10]. Resulta más razonable la opción de que la duración del contrato trabajo dependa de la conexión de los trabajos objeto de la contrata con la actividad que desarrolla la empresa contratista, de manera que, si esos trabajos se relacionan con la actividad normal (habitual u ordinaria) de esta, no haya razón para que los trabajadores adscritos a la contrata sean temporales (salvo que sus contratos respondan a otra causa, como la sustitución de un trabajador adscrito a la contrata en situación de suspensión de contrato con reserva de puesto), mientras que si constituyen una actividad excepcional e imprevisible para la empresa contratista, justifiquen el recurso de esta a la contratación temporal.

Ahora bien, desvinculada la causa y con ella la duración de los contratos laborales de los trabajadores que prestan sus servicios en el marco de las contratas, de la causa y duración de estas, la duda es si, con este cambio, continúan teniendo sentido las cláusulas de subrogación obligatoria previstas en los convenios colectivos para supuestos de sucesión de contratas[11]. La cuestión surge porque, a partir de ahora, la extinción de la contrata o concesión ya no tiene por qué acarrear efectos extintivos sobre los contratos de trabajo que vinculan a los trabajadores de la contratista, con lo que cabe pensar que ha desaparecido la principal finalidad de estas cláusulas, que no es otra que favorecer la continuidad de esos contratos[12]. En todo caso, como se verá, esta no es la única duda que surge al poner en relación las nuevas reglas de subcontratación laboral con ese tipo de cláusulas convencionales.

[7] Una opción, la de acudir a la extinción por causas objetivas, que contemplaba la STS 1 de febrero de 2017, rec.1595/2015.

[8] Merino Segovia, A. y Grau Pineda, C.: "La subcontratación de obras y servicios en el RD-L 32/2021: a propósito de la realidad social y laboral de las camareras de piso", *Revista de Derecho Social,* núm. 96, 2021, pp. 26 y 28.

[9] Sobre el tema, Vicente Palacio, A.: "La supresión del contrato para obra o servicio determinado y el nuevo papel del contrato fijo-discontinuo en el ámbito de las contratas", *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, núm. 2, 2022, pp. 79-99.

[10] Téngase en cuenta que ni siquiera en el caso de las ETT las posibilidades de contratación laboral que tiene esta última se limitan a los supuestos de utilización del contrato de puesta a disposición, que, como se sabe, solo puede celebrarse en los supuestos, condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada conforme a lo dispuesto en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores. Según el art. 10 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, los contratos con los trabajadores que serán puestos a disposición podrán concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada coincidente con la del contrato de puesta a disposición.

[11] Una duda que se plantea también, Vicente Palacio, A.: "La supresión del contrato para obra o servicio determinado y el nuevo papel del contrato fijo-discontinuo en el ámbito de las contratas", *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, núm. 2, 2022, pp. 79-99.

[12] STS 27 de abril de 2016, rec.329/2019.

En segundo lugar, el Real Decreto-ley 32/2021 incorpora algunos cambios en el art. 42 ET que, en principio, se limitan a añadir un nuevo apartado 6, sobre el convenio colectivo de aplicación para las contratistas y subcontratistas, y a adaptar la redacción del precepto en la línea impuesta por el uso inclusivo o no sexista del lenguaje, que parece exigir que se hable de persona trabajadora, en vez de trabajador, de representación legal de los trabajadores, en vez de "los representantes legales de los trabajadores", y que ha llevado a sustituir la referencia a cabeza de familia por "persona que recurre a la contrata para llevar a cabo alguna obra para su vivienda". La nueva redacción del art. 42 ET también deja de hablar de empresario que contrata o subcontrata y de empresario principal, para hablar de empresa que contrata o subcontrata y de empresa principal. Un cambio que muchos comentaristas han puesto en relación con ese ajuste de lenguaje[13], y que se suma a las muchas referencias a la empresa como institución que encontramos en el Título I del Estatuto de los Trabajadores[14].

En concreto, el nuevo apartado 6 del art. 42 ET establece unos criterios para determinar el convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas. El precepto remite, en primer lugar, al convenio de sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata; remisión que se completa con una salvedad, que advierte que puede existir otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III, y una importante excepción para cuando la contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, que apunta a la aplicación de este en los términos que resulten del artículo 84 ET. Con lo que parece que habrá que estar a las circunstancias de cada caso para poder precisar el convenio colectivo de aplicación[15].

De otro lado, el art. 42.6 ET no introduce ninguna aclaración sobre cuál sea su ámbito de aplicación, en orden a determinar si este apartado se refiere solo a las contratas de la propia actividad, a aquellas en las que las empresas, principal y contratista o subcontratista, comparten de forma continuada un mismo centro de trabajo, o a cualquier contrata o subcontrata de obras o servicios. Tampoco se ha querido, o se ha podido, precisar el concepto de propia actividad, que tantos problemas ha planteado[16]. Una cuestión que probablemente sigue generando división de opiniones entre los que entienden que debería referirse tan sólo a las que se correspondan con todas o algunas de la actividades principales y nucleares de la empresa principal; y los que mantienen que en dicho concepto deberían entenderse incluidas todas aquellas actividades inherentes al objeto social de la empresa, así como aquellas necesarias para la organización y realización del trabajo, aunque no formen parte del ciclo productivo[17].

---

[13] Vicente Palacio, A.: "La supresión del contrato para obra o servicio determinado y el nuevo papel del contrato fijo-discontinuo en el ámbito de las contratas", *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, núm. 2, 2022, pp. 79-99 y Nores Torres, L.E.: "La reforma del art. 42 en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre", *Labos,* Vol. 3, 2022, Número extraordinario "La reforma laboral de 2021", pp. 75-82.

[14] Monereo Pérez, J.L.: "Empresario, empresa y centro de trabajo", en Goerlich Peset, J.M. (Dir.) *et al*: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 89. Martín Valverde, A.: "Informe español", en Marzal, A. (Dir.) *et al*: *Empresa y Derecho Social,* Bosch, ESADE-Facultad de Derecho, 2001, p. 142.

[15] Nores Torres, L.E.: "La reforma del art. 42 en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre", *Labos,* Vol. 3, 2022, Número extraordinario "La reforma laboral de 2021", pp. 75-82. https://e-revistas.uc3m.es/index.php/LABOS/article/view/6640

[16] Pérez Guerrero, M.L.: "La reforma de la subcontratación: una reforma de mínimos", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado* - Monográfico, 2022, pp. 157-182.

[17] Basta tirar de hemeroteca (del Congreso de los Diputados) para comprobar las discrepancias en este punto de los dos partidos políticos que actualmente conforman el Gobierno de coalición. Por ejemplo, en la Proposición de Ley 122/00015 (BOCG 9 de septiembre de 2016) de modificación del art. 42.1 ET para garantizar la igualdad en las condiciones de los trabajadores subcontratados, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, se planteaba que se añadiese a este precepto que "se entenderá que el objeto de la contratación o subcontratación supone la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante cuando se corresponda con todas o algunas de las actividades principales o nucleares del mismo y suponga, por parte del contratista, la aportación de mano de obra que desarrolle funciones profesionales que tienen relación directa con dichas actividades

Por último, sigue sin clarificarse la responsabilidad de la que queda exonerada la empresa principal cuando la TGSS no emite en plazo esa certificación negativa de descubierto de que habla el art. 42.1 ET, cuyo alcance liberatorio también ha necesitado de interpretación jurisprudencial (STS cont-advo 124/2021, de 23 de febrero de 2021, rec.2584/2019)

En definitiva, la reforma del art. 42 ET no ha sido capaz de corregir las deficiencias de un precepto que, como se ha reconocido en numerosas ocasiones, adolece de falta de claridad[18]. Una falta de claridad que, lejos de mitigarse, se puede haber visto incrementada con el nuevo tenor del apartado 6[19]. Por ello, el análisis de las novedades que la reforma de 2021 ha incorporado en esta materia debe servir no solo para tratar de precisar el alcance de los cambios introducidos, sino también para llamar la atención sobre los problemas que sigue planteando el precepto y que lamentablemente han quedado sin respuesta[20].

2. EL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE A LA EMPRESA CONTRATISTA

Como se ha dicho ya, el nuevo art. 42.6 ET determina el convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas, y lo hace dibujando varias situaciones posibles en función de si estas empresas tienen o no un convenio colectivo propio, de cómo deba articularse este, en su caso, con el convenio del sector de la actividad objeto de la contrata, o de la existencia de otro convenio de sector aplicable conforme a lo dispuesto en el título III ET.

En principio, de acuerdo con este precepto, la empresa contratista deberá aplicar el convenio del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, salvo que cuente con un convenio propio, en cuyo caso se aplicará este. Pero esta regulación se completa con otra salvedad, para el supuesto de que sea de aplicación el convenio de sector de la actividad objeto de la contrata, que deja abierta la puerta a que pueda existir otro convenio sectorial aplicable; y una matización que obliga a la aplicación del convenio de la empresa contratista o subcontratista, si lo hubiera, en los términos que resulten del artículo 84 ET.

La redacción del precepto, ciertamente compleja, ha planteado varias dudas, empezando por qué ha de entenderse por "convenio propio". Una categoría hasta ahora inexistente en el ET[21] que, sin embargo, ha sido utilizada de forma reiterada por la jurisprudencia a la hora de precisar el convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas multiservicios[22]; sin que tampoco

principales o nucleares". Sin embargo, la enmienda número 2 a esta Proposición de Ley, presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea (BOCG 3 de mayo de 2017) proponía una formulación mucho más detallada del presupuesto de aplicación de la norma, acogiendo un concepto amplio de propia actividad, que incluía todas "aquellas actividades inherentes al objeto social de la empresa, así como aquellas necesarias para la organización y realización del trabajo, aunque no formen parte del ciclo productivo".

[18] Así lo afirma expresamente la STS (cont-adm) 124/2021, de 3 de febrero de 2021, rec.2584/2019.

[19] Cuyo entendimiento plantea muchas dificultades interpretativas, como afirma Sempere Navarro, A.V.: "La reforma laboral de 2021 y los convenios colectivos", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 251, 2022, p. 78.

[20] Aunque lógicamente también puede hacerse una lectura más positiva de la reforma centrada en que, con el cambio que se ha introducido, el ordenamiento jurídico ha empezado "a atender a la realidad del mundo de las contrataciones y subcontrataciones para asegurar condiciones dignas y también unas reglas más sanas de competencia entre empresas", como señala Ballester Pastor, M.A.: *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022, p. 165.

[21] Como señala, Vicente Palacio, A.: "La supresión del contrato para obra o servicio determinado y el nuevo papel del contrato fijo-discontinuo en el ámbito de las contratas", *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, núm. 2, 2022, pp. 79-99.

[22] Recuérdese que la determinación del convenio de sector aplicable a los trabajadores de la contrata ha sido una cuestión litigiosa recurrente, especialmente en el caso de empresas (contratistas) multiservicios, que ha dado lugar a soluciones jurisprudenciales diferentes, según las circunstancias del caso, que han abogado por estar al convenio que

haya quedado claro si esas menciones del TS al "convenio propio" aludían siempre al convenio de empresa, que debía imponerse al convenio de sector que fuera de aplicación en función del tipo de empresa contratista (ya fuera este el de la actividad dominante, ya el de la actividad objeto de la contrata)[23], o hacían referencia también al convenio de sector. En este sentido, en alguna sentencia, el TS ha utilizado esa expresión "convenio propio" para poner de manifiesto las dificultades de esas empresas multiservicio para tener un convenio, ya sea de empresa ya de sector, lo que ha llevado a estar al convenio que fuera de aplicación a la actividad real y verdadera ejercida por los trabajadores, "en relación a la prestación de servicios por la empresa multiservicios a la empresa cliente"[24].

En todo caso, la nueva redacción del art. 42.6 ET tampoco reproduce de forma literal estos criterios jurisprudenciales, ni tenía por qué hacerlo pues, como admitió el TS, de forma expresa, en repetidas ocasiones[25], la solución que se proponía en esas resoluciones era la única posible a la vista del silencio de una norma que, hasta ahora, había optado "por no intervenir sobre el convenio aplicable en la regulación legal de la subcontratación de obras o servicios de la propia actividad del empresario principal". Por lo tanto, la reforma podría haberse decantado por otras opciones más en consonancia con lo que se ha hecho en otros supuestos, por ejemplo, en el caso de las empresas de trabajo temporal, y también más en la línea de contribuir a equiparar las condiciones de trabajo de los trabajadores de la contratista con las que hubieran tenido de haber sido contratados directamente por la empresa principal.

En realidad, si se comparan las respuestas del TS con el nuevo apartado del precepto legal analizado, se comprueba que se ha optado por unificar las reglas de determinación del convenio aplicable a la empresa contratista, con independencia de su objeto social o forma jurídica, esto es, se trate o no de empresas multiservicios. Además, se han añadido, como se ha dicho, algunas salvedades que plantean más de una duda de interpretación, especialmente si se ponen en relación con los objetivos que, según el preámbulo de la norma, se persiguen[26]. En este sentido, si la remisión que

fuera de aplicación a "la actividad principal o real preponderante de la empresa contratista", que es la que delimita su ámbito funcional (STS 17 de marzo de 2015, rec.1464/2014), salvo que existiera un convenio sectorial que incluyera en su ámbito de aplicación la concreta actividad objeto de la contrata, aun cuando no se tratase de la actividad principal de la empresa contratista (STS 438/2020, rec.9/2019); descartando, en todo caso, la aplicación del convenio colectivo de sector de la empresa principal, incluso en supuestos de contratas de la propia actividad (STS 250/2020, 12 de marzo de 2020, rec.209/2018). Sobre el tema, Cavas Martínez, F.: "Determinación del convenio colectivo aplicable en las contratas y subcontratas", *Revista de Jurisprudencia Laboral,* núm. 1, 2022, disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2022-000000001601. También, Rojas Rivero, G.P.: "Negociación colectiva y convenio colectivo aplicable en las empresas multiservicios", en VV.AA.: *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial,* XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AEDTSS, Madrid, Cinca, 2018, p. 285. Esteve Segarra, A.: "La selección del convenio colectivo en empresas multiservicios. A propósito de la STS de 17 de marzo de 2015, rcud.1464/2014", *Revista de Información Laboral,* núm. 9, 2015, pp. 17-30.

[23] Por ejemplo, la STS 250/2020, de 12 de marzo, rec.209/2018, no dudó en "concluir que las contratas o subcontratas no están obligadas legalmente a la aplicación mecánica del convenio de la empresa principal, aun cuando se trate de obras y servicios propios de la actividad de la empresa principal". Por ello, ante el silencio del legislador, la elección del convenio aplicable debía depender "de las circunstancias que concurran en la empresa contratista o subcontratista", en particular, de si se trataba de "una empresa multiservicios". De ser así, el TS mantuvo la aplicación del "convenio de empresa cuando lo tenga, o el que corresponda a su actividad dominante, cuando no tenga convenio propio". En caso contrario, la contratista tendría que estar "al convenio colectivo de la actividad desempeñada efectivamente, salvo que tenga convenio colectivo propio, en cuyo caso ese será el convenio aplicable". Sobre el tema, Vicente Palacio, A.: *Empresas multiservicios y precarización del empleo. El trabajador subcedido,* Atelier, 2016, p. 89. Esteve Segarra, A.: *Externalización laboral en empresas multiservicios y redes de empresas de servicios auxiliares,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 207

[24] STS 286/2022, de 30 de marzo, rec.2375/2020, con cita de la STS 11 de junio de 2020, rec.9/2019.

[25] STS 250/2020, 12 de marzo de 2020, rec.209/2018.

[26] En concreto, el preámbulo habla de impedir "que se utilice la externalización de servicios, a través de la subcontratación, como mecanismo de reducción de los estándares laborales de las personas que trabajan para las

se hace al convenio propio de la contratista o subcontratista, entendido como convenio de empresa, supone desplazar la aplicación del convenio de sector de la actividad objeto de la contrata ¿cómo contribuye este cambio normativo a evitar, como se pretendía, "esa competencia empresarial de la empresa contratista, basada de manera exclusiva en peores condiciones laborales"? y ¿dónde queda la garantía de un convenio colectivo sectorial aplicable, que asegure el principio de igualdad de trato y no discriminación?

De acuerdo con la literalidad de la norma, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio se aplicará este. Pero esa aplicación deberá hacerse "en los términos que resulten del artículo 84", esto es, de acuerdo con las reglas sobre concurrencia de convenios. Esta remisión al art. 84 ET matiza esa llamada que la norma hace al convenio de empresa pues, aun teniendo la contratista o subcontratista convenio propio, la vigencia de un convenio colectivo de ámbito superior, en el momento de entrada en vigor del convenio de empresa, limitará la aplicación de este a los términos de la prioridad aplicativa prevista en el art. 84.2 ET, que tras la última reforma laboral ha dejado de contemplar las previsiones relativas a la cuantía del salario base y de los complementos salariales.

Ahora bien, esta opción, en línea con el objetivo más general del Real Decreto-ley 32/2021 de matizar las reglas de aplicación preferente del convenio colectivo de empresa "a efectos de reforzar el convenio sectorial", también puede llevar a desplazar la aplicación del convenio de sector, en caso de concurrencia conflictiva, cuando el convenio de empresa haya sido el primero en el tiempo[27]. Y así será, aunque ese convenio de empresa incluya peores condiciones salariales que las que se establezcan en el de sector[28], salvo que el convenio sectorial que, en su caso, se negocie durante la vigencia del convenio de empresa tenga preferencia en su aplicación por su carácter general, de acuerdo con los artículos 82.2, 83.2 y 3, 84 y 85 ET[29]. En este sentido la supresión de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial devuelve a la negociación sectorial la posibilidad de pactar reglas de concurrencia que permitan mejoras retributivas por convenio sectorial, que se impongan a lo dispuesto en el convenio de empresa[30].

Por lo tanto, la aplicación de esta regla, que impone estar al convenio de la empresa contratista en los términos que resulten del art. 84 ET, exige aclarar, en primer lugar, cuál es el convenio de sector

empresas subcontratistas"; de asegurar su "uso adecuado en los supuestos que mejoran la actividad productiva" y de desincentivarlo "en aquellos en que es un mero instrumento de reducción de costes". Se alude expresamente a la necesidad de reforzar la responsabilidad de las empresas contratistas o subcontratistas y de "procurar la… protección a las personas trabajadoras de la contrata o subcontrata, evitando una competencia empresarial basada de manera exclusiva en peores condiciones laborales", también porque "resulta difícilmente defendible que dos personas que realizan trabajos de igual valor tengan condiciones laborales diferentes, o incluso carezcan de marco sectorial de referencia, por razón exclusivamente del objeto social o forma jurídica de la empresa contratista o subcontratista a la que se vinculan". Y la doctrina destaca el objetivo de acabar con los efectos perversos de la llamada "externalización salvaje", Martínez Moreno, C.: *Claves prácticas. Reforma Laboral*, Francis Lefebvre, 2022, p. 42, y Pérez Guerrero, M.L.: "La reforma de la subcontratación: una reforma de mínimos", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado* - Monográfico, 2022, p. 171.

[27] Ballester Pastor, M.A.: *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022, p. 165. Vila Tierno, F.: *Cuestiones actuales en materia de negociación colectiva. Al hilo de la reforma laboral del RDL 32/2021, de 28 de diciembre,* Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p. 112.

[28] Que "no adquieren, en consecuencia, prioridad aplicativa imperativa en materia salarial, sino que se someten a las reglas de concurrencia", Merino Segovia, A.: "El sistema legal de negociación colectiva tras el RD.L 32/2021. Nuevas orientaciones en la estructura negocial, determinación del convenio colectivo aplicable y restitución de su vigencia ultraactiva", *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social,* núm. 152, 2022, p. 152 y ss.

[29] STS 70/2020, de 28 de enero, rec.1460/2017.

[30] Ramos Quintana, M.: "Salarios y negociación colectiva sectorial: el impacto de la reforma laboral de 2021", NET21, núm. 8, enero de 2022, https://www.net21.org/salarios-y-negociacion-colectiva-sectorial-el-impacto-de-la-reforma-laboral-de-2021/

aplicable y cuándo entró en vigor, pues sin esos datos difícilmente se podrá saber en qué términos o con qué alcance debe aplicarse el convenio de la empresa contratista o subcontratista, de haberlo[31]. Por eso el precepto comienza diciendo que el convenio colectivo de aplicación para estas empresas será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica. Una fórmula que, en todo caso, evita las dificultades que pueden surgir al determinar el convenio sectorial de referencia en el caso particular de las empresas contratistas multiservicios y zanja los problemas que había planteado que este tipo de empresas puedan no tener un convenio sectorial específico o dificultades para negociar un convenio propio.

La solución por la que se ha optado descarta la aplicación del convenio de "la actividad principal o real preponderante de la empresa contratista"[32], y elige la aplicación del convenio sectorial de la actividad objeto de la contrata, aunque no se trate de la actividad principal de la empresa contratista. La cuestión es si esa referencia expresa al convenio de sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata obliga, a su vez, a descartar la aplicación del convenio del sector de la empresa principal. La duda surge porque esa misma jurisprudencia, que parece haber inspirado las reglas que incorpora el art. 42.6 ET, había rechazado esta posibilidad, ante el silencio de la norma, "aun cuando se realicen obras y servicios de la propia actividad y las funciones de los trabajadores de la empresa contratista puedan encajar en la clasificación profesional de ese convenio" (STS 1110/2021, 11 de noviembre, rec.3330/2019).[33]

Sin embargo, si la contrata es de la propia actividad de la empresa principal no debería descartarse que el convenio de sector aplicable a la actividad objeto de la contrata sea el convenio de sector de la empresa principal (contratante o comitente)[34], por más que se haya excluido por el TS en algún caso particular[35].

Por último, esta referencia legal al convenio de sector de la actividad objeto de la contrata se completa, como se ha dicho ya, con la salvedad que alude a que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III del ET, lo que permite pensar en otras posibilidades, entre ellas, las que se puedan establecer en la negociación colectiva, de acuerdo con el art. 83.2 ET o las que deriven de las reglas de concurrencia del art. 84. Téngase en cuenta que el art. 42 ET sigue sin garantizar que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista tengan, en todo caso, las mismas condiciones salariales que tendrían de haber sido contratados directamente por la empresa principal, por lo que la negociación colectiva seguirá jugando un papel determinante para alcanzar esa equiparación de sus condiciones salariales y de trabajo o, si se prefiere, esa igualdad de trato y no discriminación entre trabajadores que realizan un trabajo de igual valor.

---

[31] Sin embargo, De la Puebla Pinilla, A.: "El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratas y subcontratas. Convenio colectivo aplicable y régimen de contratación laboral", *Trabajo y Derecho,* núm. 88, 2022, mantiene que "la exégesis de este precepto permite entender que el orden a seguir para identificar el convenio aplicable a las personas trabajadoras de las contratas y subcontratas es precisamente el inverso al que ofrece el propio precepto en su redacción", p. 6/20.

[32] STS 17 de marzo de 2015, rec.1464/2014.

[33] Más en particular, lo que la jurisprudencia rechazó fue la aplicación automática del convenio de la empresa principal, no su aplicación en función de las circunstancias que concurran en la empresa contratista o subcontratista (STS 250/2020, de 12 de marzo, rec.209/2018).

[34] Así lo mantiene Merino Segovia, A.: "El sistema legal de negociación colectiva tras el RD.L 32/2021. Nuevas orientaciones en la estructura negocial, determinación del convenio colectivo aplicable y restitución de su vigencia ultraactiva", *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social,* núm. 152, 2022, p. 149. Sin embargo, para Pérez Guerrero, M.L.: "La reforma de la subcontratación: una reforma de mínimos", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado* - Monográfico, 2022, p. 171, se ha descartado la aplicación del convenio colectivo de la empresa principal.

[35] Para Ballester Pastor, M.A.: *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022, p. 169, lo único que puede derivarse del tenor del precepto es que la naturaleza de la empresa contratante determina la actividad desarrollada en la contrata, que es a los que se refiere al art. 42.6 ET.

En este sentido, la nueva regulación no parece contradecir el criterio jurisprudencial (STS 250/2020, de 12 de marzo) que ha rechazado la nulidad de las cláusulas de algunos convenios que, sin predefinir qué convenio debe aplicarse en supuestos de contratas y subcontratas de prestaciones de servicios de la propia actividad, obligan a las empresas incluidas en su ámbito de aplicación a introducir en los contratos mercantiles que suscriban al efecto el compromiso de que, al menos, el salario de los trabajadores adscritos a la contrata no sea inferior al previsto en el convenio de sector de la empresa principal, en supuestos en los que, por las razones que sean, la actividad subcontratada no está sometida al ámbito de aplicación de dicho convenio[36].

En conclusión, no se puede afirmar que, a partir de ahora, en todo caso, deba ser de aplicación el convenio propio de la empresa contratista, de haberlo, ni tampoco el de sector de la actividad objeto de la contrata; menos aún que se pueda concluir que haya quedado descartada la aplicación del convenio de sector de la empresa principal. El art. 42.6 ET deberá aplicarse teniendo en cuenta las reglas de ese título III del ET lo que, como ya ha señalado la doctrina, "anticipa una pluralidad de situaciones jurídicas"[37]. Una solución respetuosa con los "derechos de libertad de empresa y de negociación jurídica", pero que no ayuda a acabar con la "falta de certeza sobre los instrumentos convencionales aplicables", que el propio Real Decreto-ley 32/2021 identifica en su preámbulo como uno de los problemas de nuestra negociación colectiva[38].

3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ART. 42.6 ET: ¿PROPIA ACTIVIDAD O CUALQUIER TIPO DE CONTRATAS?

El Real Decreto-ley 32/2021 no introduce ninguna aclaración sobre el ámbito de actuación del nuevo apartado 6 del art. 42 ET, en orden a determinar si este apartado se refiere solo a las contratas de la propia actividad o debe extenderse a otras contratas[39]. Un tema que conecta con el presupuesto mismo de aplicación del resto del precepto[40], no exento de controversia como consecuencia de su más que defectuosa construcción[41]. El problema se plantea porque este apartado establece "el convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas", sin hacer ninguna alusión al tipo de contrata, pero una vez que los primeros apartados del precepto, que no han sufrido ninguna

[36] Para Ballester Pastor, M.A.: *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022, p. 167, lo que le lleva a concluir que la reforma mantiene la legalidad de las cláusulas de garantía retributiva mínima establecidas en convenio para el caso de contrataciones y subcontrataciones, en los términos establecidos por el Tribunal Supremo.

[37] Merino Segovia, A.: "El sistema legal de negociación colectiva tras el RD.L 32/2021. Nuevas orientaciones en la estructura negocial, determinación del convenio colectivo aplicable y restitución de su vigencia ultraactiva", *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social,* núm. 152, 2022, p. 147.

[38] que "se traduce en un incremento de la inseguridad jurídica para empresas y personas trabajadoras por sus efectos sobre la transparencia competitiva, el normal desarrollo de las relaciones contractuales entre las empresas, incluida la descentralización y los derechos de información sobre condiciones esenciales de trabajo".

[39] Según De Castro Marín, E.: "La reforma del art. 42 del ET y su necesaria contextualización ¿decepción o baño de realidad?", *Diario La Ley,* núm. 9986, 2022, pp. 14 y ss., en alguno de los borradores de la reforma se especificaba que «6. El convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad ejecutada en la contrata o subcontrata, corresponda ésta a la actividad propia de la principal o a una distinta, con independencia de la forma jurídica o el objeto social de la empresa contratista o subcontratista». Una redacción que, cabe pensar, no ha contado con el respaldo necesario en la mesa de negociación.

[40] Sempere Navarro, A.V.: "Fenómenos empresariales y el nuevo Libro de registro tras el Real Decreto-Ley 5/2006: un esquema", *Aranzadi Social*, núm. 7-8, 2006, p. 12.

[41] Martín Valverde, A.: "Artículo 42", en Monereo Pérez, J.L. (Dir.), *et al*: *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores,* Granada, Comares, 2011, p. 567.

modificación de fondo, se refieren a la contratación o subcontratación con un tercero de la ejecución de obras y servicios que se correspondan con la actividad propia del empresario principal[42].

En realidad, las primeras dudas sobre el ámbito de aplicación del art. 42 ET surgieron cuando la Ley 12/2001, de 9 de julio, decidió ampliar los dos apartados que tenía entonces el precepto con tres nuevos números que incorporaban obligaciones de información para las empresas contratante y contratista o subcontratista, mucho más precisas de las que se contemplan en el art. 64.2.c) ET para todos los supuestos de subcontratación, sin hacer ninguna aclaración que extendiera de forma expresa su aplicación más allá del presupuesto de los apartados 1 y 2 del art. 42 ET. En aquel momento, la norma se limitó a explicitar los objetivos que se perseguían: "reforzar las garantías en los supuestos de subcontratación", "a través de una mejora de los instrumentos de información y consulta de los trabajadores y sus representantes", que dotara a estas situaciones laborales de la debida transparencia y seguridad jurídica.

Lo mismo sucedió con la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, que insistió en esa necesidad de mejorar la transparencia en la subcontratación de obras y servicios[43]. Con todo, en esta segunda norma, la finalidad de las medidas que se acompañaban, en concreto, «asegurar que la organización empresarial de la producción mediante diversas fórmulas de descentralización productiva no vaya en perjuicio de la protección de los trabajadores", podía hacer pensar que no se referían solo a las contratas y subcontratas de la propia actividad, sino también a aquellas en las que los servicios subcontratados, sean o no de la propia actividad, vayan a prestarse de forma continuada en los centros de trabajo de la empresa contratante. La preocupación parecía centrarse en las situaciones de contratación y subcontratación en las que las empresas comparten centro de trabajo. Algo que puede suceder perfectamente aunque la contrata no sea de la propia actividad de la empresa principal[44].

La cuestión es si esos nuevos apartados, que se han ido añadiendo al art. 42 ET, pueden sacarse del contexto de un precepto que siempre se ha justificado (y así sigue siendo) por la necesidad de evitar que la opción de las empresas de descentralizar una parte del propio proceso productivo pueda terminar perjudicando los derechos de los trabajadores. El valor instrumental de esas obligaciones, al servicio de las garantías que en forma de responsabilidades se regulan en el precepto, de aplicación exclusivamente a las contratas y subcontratas de la propia actividad de la empresa principal, también podría servir para cuestionar una interpretación que pretenda extender la aplicación de esas obligaciones a contratas a las que no llegan las garantías que el precepto regula. Una extensión dudosa en el caso de los apartados 3 y 5 del art. 42. ET, que, como el apartado 2, bien puede entenderse que han venido a complementar las reglas previstas en el apartado 1, referidas expresamente a las contratas de la propia actividad. Pero también en el caso del resto de apartados del precepto más centrados, como se ha dicho, en limitar su alcance a los supuestos de contratas en las que los trabajadores de uno y otro empresario comparten centro de trabajo, que en delimitar expresamente el tipo de contratas a las que resultan de aplicación.

Es cierto que el apartado 4 ha evitado hablar de empresa principal para hacerlo de empresa que "concierte un contrato de prestación de obras o servicios con una empresa contratista". Pero, ese mismo apartado vuelve a hablar de empresa principal (y no de empresa que concierta un contrato… con una empresa contratista) cuando establece la obligación de disponer de un libro de registro si se comparte de forma continuada centro de trabajo con las empresas contratista o subcontratista.

[42] Que las reglas sobre responsabilidad del art. 42 ET se refieren exclusivamente a las contratas de la propia actividad lo confirma el art. 168 TRLGSS.

[43] Esta norma provenía también del acuerdo social entre CEOE, CEPYME, UGT y CC.OO., incorporado al Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio, que luego sería tramitado como Ley.

[44] Sobre el alcance de estas reformas, Valdés Dal-Ré, F.: "Contratas y subcontratas: las reformas pendientes", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2007, pp. 21-30.

El nuevo apartado 6 del art. 42 ET ha omitido cualquier referencia a la empresa principal. En este sentido, la concreta remisión al convenio colectivo sectorial de la actividad objeto de contrata, en vez de al convenio de la empresa principal, cuando uno y otro deberían coincidir en las contratas de la propia actividad, podría significar que este apartado ha pretendido efectivamente extender su aplicación a todo las contratas[45]. Aun así, no está claro que esta sea la interpretación correcta a la vista de la pluralidad de situaciones o de posibilidades que parece contemplar el precepto en la determinación del convenio aplicable, sin necesidad de salir del contexto de las contratas de la propia actividad[46].

Los dos últimos apartados del art. 42 ET, relativos al papel de la representación de las personas trabajadoras, vuelven a hacer referencia a la empresa principal para involucrar a los representantes de los trabajadores de esta última, si ambas empresas comparten centro de trabajo, en la representación de los trabajadores de la contratista, en cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, cuando estos carecen de representación; o, en caso contrario, para coordinarse con la representación de las personas trabajadoras de las empresas contratistas y subcontratistas, en relación con esas condiciones de ejecución.

El art. 42 ET no es el único precepto que se refiere al fenómeno de la descentralización productiva a través de la subcontratación, ni el único que, aparentemente al menos, ha optado por limitar su aplicación a la subcontratación de la propia actividad y, a determinados efectos, sólo cuando haya confluencia de trabajadores de distintas empresas en el centro de trabajo de la empresa principal. En este sentido, con anterioridad a las Leyes 12/2001 y 43/2006, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, reguló obligaciones informativas y de cooperación y coordinación en materia de prevención de riesgos, entre distintos empresarios, de aplicación cuando los trabajadores pertenecientes a las distintas plantillas desarrollan la actividad en un mismo centro (art. 24 LPRL). Se trata de previsiones que no se refieren solo a los supuestos de subcontratación laboral, pero entre las obligaciones que se establecen están las que atribuyen al empresario principal concretas obligaciones de vigilancia sobre el cumplimiento por parte de las empresas contratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales. Unas obligaciones que se activan cuando la contrata se refiera a la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario principal y solo si la actividad se desarrolla en sus propios centros de trabajo (art. 24.3 LPRL[47])[48]. De hecho, cuando la legislación en materia de prevención de riesgos habla de empresario principal está haciendo referencia al "empresario que contrata o subcontrata con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquél y que se desarrollan en su propio centro de trabajo" (art. 2 Real Decreto 171/2004, de 30 de enero).

[45] Merino Segovia, A.: "El sistema legal de negociación colectiva tras el RD-L 32/2021. Nuevas orientaciones en la estructura negocial, determinación del convenio colectivo aplicable y restitución de su vigencia ultraactiva", *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social,* núm. 152, 2022, pp. 149 y 150.

[46] Téngase en cuenta que antes de la reforma de 2021 los tribunales habían admitido que puede haber contratas de la propia actividad aun cuando la contratista esté regida por convenio colectivo distinto del de la empresa principal. STSJ Cataluña 4 de noviembre de 2004, rec.6250/2003.

[47] Sin perjuicio de que las obligaciones de los fabricantes, importadores y suministradores del art. 41 serán también de aplicación, respecto de las operaciones contratadas, en los supuestos en que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista no presten servicios en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que tales trabajadores deban operar con maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles proporcionados por la empresa principal (art. 24.4 LPRL).

[48] Aunque desde la doctrina se ha mantenido que este deber de vigilancia debe entenderse más allá de las contratas de la propia actividad, al resto de supuestos que se contemplan en los dos primeros apartados del art. 24 LPRL, Fernández López, M.F.: "Las responsabilidades empresariales en el ámbito del trabajo en contratas", en Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Ed.) *et al*: *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Cinca, 2018, p. 107.

Por ello, no resulta ilógico interpretar el art. 42.4 ET a la luz del art. 24.3 LPRL, puesto que entre el contenido de la información que la empresa que "concierte un contrato de prestación de obras o servicios con una empresa contratista" debe trasladar a los representantes legales de sus trabajadores, de acuerdo con el primero de esos preceptos, están "las medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales" en el art. 24 LPRL, referidas, como se ha dicho, a las contratas de la propia actividad[49].

Lógicamente, la interpretación del alcance de las obligaciones que establece el art. 42 ET afecta a la que deba hacerse de los tipos infractores en que se concreta su posible incumplimiento, definidos en los apartados 11 y 12 del art 7 del TRLISOS, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, (añadidos respectivamente por las Leyes 12/2001 y 43/2006) básicamente porque las infracciones sancionables se vinculan, en un caso, únicamente, a los supuestos de contratas a los "que se refiere el artículo 42.3 del Estatuto de los Trabajadores" o, en el otro, al deber de "disponer de un Libro registro de las empresas contratistas o subcontratistas que compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo a que se refiere el artículo 42.4 del Estatuto de los Trabajadores". Una circunstancia (compartir centro) sobre la que vuelve a incidir el art. 23.2 TRLISOS para señalar, de forma expresa, únicamente a los empresarios que contraten o subcontraten la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad, como responsables solidarios de las infracciones (muy graves) a que se refiere el apartado 1 a) del art. 23 del TRLISOS[50]. Lo dispuesto en el art. 23.2 TRLISOS se completa con lo dispuesto en el art 42.3 del mismo texto normativo según el que la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas, durante el periodo de la contrata, de las obligaciones impuestas por la LPRL en relación con los trabajadores que aquellos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal. Unas responsabilidades y unas obligaciones que se enmarcan en las contratas y subcontratas de la propia actividad a que se refiere el apartado 3 del artículo 24 LPRL.

La identificación del empresario principal con el empresario que contrata la realización de obras y servicios correspondientes a la propia actividad, que mantiene expresamente la legislación de prevención de riesgos, no se contradice con la opción que sigue el TRLGSS, que distingue claramente (art. 16) *los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad,* de aquellos que contraten o subcontrates con otros obras o servicios *que*, sin corresponder con la propia actividad, *se presten de forma continuada en sus centros de trabajo*, pero evita en todo momento referirse a ellos como empresario principal[51]. Tampoco es empresario principal, sino el propietario de la correspondiente obra o industria contratada, quien resulta responsable subsidiario de acuerdo con las reglas de los arts. 167 y 168 TRLGSS, "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores para las contratas y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante".

[49] En este sentido, Nota Técnica de Prevención 918 https://www.insst.es/documents/94886/328579/918w.pdf/10b18001-da33-44b8-9b3c-b7c976e0e7dd
En la doctrina, Sempere Navarro, A.V.: "Fenómenos empresariales y el nuevo Libro de registro tras el Real Decreto-Ley 5/2006: un esquema", *Aranzadi Social*, 7-8, 2006, p. 12., no dudó en poner en conexión ambos preceptos.

[50] que califica como muy grave "dar ocupación como trabajadores a beneficiarios o solicitantes de pensiones u otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social, cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena, cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de su actividad".

[51] Recuérdese que, de acuerdo con este precepto, ambos tienen el deber de comprobar, con carácter previo al inicio de la prestación de la actividad contratada o subcontratada, la afiliación y alta en la Seguridad Social de cada uno de los trabajadores que estos ocupen en los mismos, durante el periodo de ejecución de la contrata o subcontrata. Una obligación de comprobación que, en el caso de los primeros, se suma a la prevista en el art. 42.1 ET.

Sin embargo, esa identificación entre el empresario principal y el empresario que contrata la realización de obras y servicios correspondientes a la propia actividad, quiebra con la entrada en vigor (a los seis meses de su publicación) de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción. Esta norma, que aborda de forma estrictamente sectorial la regulación del régimen jurídico de la subcontratación en el sector de la construcción, "sin perjuicio de la aplicación a las subcontrataciones que se realicen en ese sector de lo dispuesto en el artículo 42 ET", prescinde del concepto de propia actividad tanto para delimitar su ámbito de aplicación, como para definir al empresario principal[52]. Desde luego esta falta de uniformidad de las normas que inciden, desde distintas perspectivas, en el fenómeno de la subcontratación en nada contribuye a resolver los problemas que plantea precisar el supuesto de aplicación del art. 42 ET[53].

Desde la Ley 43/2006 hasta la reforma de 2021, solo ha habido otro cambio en la redacción del art. 42 ET, llevado a cabo por la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude frente a la Seguridad Social, que únicamente afectó a su apartado 2, para ampliar el periodo de exigencia de la responsabilidad solidaria en los supuestos de subcontratación de la propia actividad. También ha habido alguna iniciativa de reforma del art. 42 ET que, aunque no llegó a prosperar, tiene su interés pues pone en evidencia que, al menos en aquel momento, los dos partidos políticos actualmente en el gobierno partían del presupuesto de que el art. 42 ET no es de aplicación a todas las contratas sino solo a las de la propia actividad[54].

Esta falta de claridad del art 42 ET sobre su ámbito de aplicación no ha impedido a la doctrina abordar el presupuesto de aplicación del precepto a partir del análisis de la "función delimitadora" del concepto legal de propia actividad[55] y más particularmente de la interpretación que la jurisprudencia

[52] Lo que permite expandir el campo de responsabilidades y exigencias a supuestos de subcontratación de obras y servicios que quedan fuera del supuesto de hecho del art. 42 ET, según Merino Segovia, A.: *Comentarios a la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción,* Granada, Bomarzo, 2006, p. 51. Sobre el ámbito de aplicación de la Ley 32/2006, Mercader Uguina, J.R. y Nieto Rojas, P.: "Objeto, ámbito de aplicación y definiciones en la Ley de subcontratación en el sector de la construcción", en Mercader Uguina, J. (Coord.) *et al*: *Contratas y subcontratas en el sector de la construcción,* Valladolid, Lex Nova, 2008, pp. 25-51.

[53] Martínez Gayoso, M.N.: "Novedades sobre los derechos de información y facilidades para los representantes de los trabajadores en supuestos de subcontratación", *Revista de Dirección y Administración de Empresas,* núm. 11, 2007, pp. 3-24.

[54] En efecto, en el año 2016, durante las XI y XII Legislaturas, el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso llegó a presentar dos Proposiciones de Ley (en términos idénticos), con el objetivo declarado de dotar de seguridad jurídica a esta fórmula de descentralización productiva (Proposición de Ley 122/000020, publicada en el BOCG de 1 de abril de 2016, núm.27-1, y la ya mencionada Proposición de Ley 122/000015, publicada en el BOCG de 9 de septiembre de 2016, núm.25-1). Para ello, se planteaba, como se ha dicho ya en la nota 15, una definición del controvertido concepto de propia actividad con el objetivo de "evitar la competencia desleal entre las empresas de un mismo sector, basada en la degradación de las condiciones laborales y en la rebaja de la calidad en la prestación de servicios". Hecho que se entendía "se produce cuando las empresas contratan o subcontratan servicios propios" -sobre esta iniciativa, Pérez Guerrero, M.L.: "La reforma de la subcontratación: una reforma de mínimos", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado* - Monográfico, 2022, p. 168. Por su parte, el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea presentó una serie de enmiendas a la segunda de esas Proposiciones de Ley (BOCG 3 de mayo de 2017) con cambios de más calado, mediante una formulación mucho más detallada del presupuesto de aplicación de la norma. Este Grupo Parlamentario proponía también una nueva redacción de los distintos apartados del art. 42 ET para precisar expresamente su aplicación a todo tipo de contratas "sean o no de la propia actividad", sin duda por entender que de la redacción actual del precepto no se deduce esa posibilidad.

[55] López Terrada, E. y Nores Torres, L.E.: "La función delimitadora del concepto de «propia actividad» en el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores", en Blasco Pellicer, A. (Coord.) *et al*: *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al prof. Camps Ruiz con motivo de su jubilación,* , Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 431-461. Sobre el concepto de propia actividad "que actúa como presupuesto para la operatividad de todo el precepto, Sempere Navarro, A.V.: "Fenómenos empresariales y el nuevo Libro de registro tras el Real Decreto-Ley 5/2006: un esquema", *Aranzadi Social,* núm. 7-8, 2006, p. 12.

ha hecho del mismo[56], que ha llevado a una determinación eminentemente casuística, supeditada al examen que debe hacerse de los distintos factores que concurran en su realización[57].

Algo similar ha sucedido con la misma jurisprudencia que ha servido de inspiración a la reforma de 2021, que no ha dudado en abordar la concreta problemática sobre el convenio colectivo aplicable a la empresa contratista desde el presupuesto de que "el art. 42 ET regula la contratación y subcontratación de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario"[58]. Un criterio que también se ha mantenido al aplicar el precepto a la contratación efectuada por empresas públicas, lo que en todo caso se ha hecho depender "de si se considera o no la actividad contratada o externalizada como parte esencial o no de la empresa principal o comitente"[59].

No obstante, también ha habido autores que han considerado que, a partir de los cambios introducidos por la reforma de 2001, los nuevos apartados que se han ido incorporando al art. 42 ET resultan de aplicación a todo tipo de contratas[60]. En ello se han apoyado quienes ahora defienden que la ubicación de estas nuevas previsiones sobre el convenio aplicable, justo detrás de las obligaciones de información que recaen sobre las empresas comitente y contratista, evidencian su extensión a todo tipo de contratas[61]. Incluso se ha querido ver en la nueva disposición adicional vigesimoséptima del ET, sobre régimen jurídico aplicable en los casos de contratas y subcontratas suscritas con centros especiales de empleo, que excluye expresamente la aplicación del art. 42.6 ET, la confirmación de que este apartado del precepto se refiere a cualquier contrata o subcontrata, pues de lo contrario, se dice, no hubiera sido necesaria esta previsión[62]. Pero este argumento tampoco parece concluyente, entre otras razones, por las dudas que, como se verá en el siguiente apartado, plantea a su vez el alcance de esa nueva disposición adicional[63].

[56] Mercader Uguina, J.R.: "Subcontratación de obras y servicios", en Goerlich Peset, J.M. (Coord.) *et al*: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 800. Fernández López, M.F.: "Las responsabilidades empresariales en el ámbito del trabajo en contratas", en Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Ed.) *et al*: *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Cinca, 2018, p. 105.

[57] STS 5 de diciembre de 2011, rec.4197/2010.

[58] Por todas, STS 250/2020, de 12 de marzo, rec.209/2018.

[59] STS 30 de octubre de 2008, rec.1657/2007.

[60] Camps Ruiz, L.M.: "La subcontratación de obras y servicios tras el Real Decreto Ley 5/2001, de 2 de marzo", en Albiol Montesinos, I., Camps Ruiz, L.M. y Goerlich Peset, J.M. (Ed.) *et al*: *La reforma laboral en el Real Decreto-ley 5/2001,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 69-72. Martínez Gayoso, M.N.: "Novedades sobre los derechos de información y facilidades para los representantes de los trabajadores en supuestos de subcontratación", *Revista de Dirección y Administración de Empresas,* núm. 11, 2007, p. 8/24.

[61] Merino Segovia, A.: "El sistema legal de negociación colectiva tras el RD-L 32/2021. Nuevas orientaciones en la estructura negocial, determinación del convenio colectivo aplicable y restitución de su vigencia ultraactiva", *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social,* núm. 152, 2022, pp. 149 y 150. También De la Puebla Pinilla, A.: "El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratas y subcontratas. Convenio colectivo aplicable y régimen de contratación laboral", *Trabajo y Derecho,* núm. 88, 2022, entiende que, a falta de previsión expresa en sentido contrario, el nuevo artículo 42.6 resulta de aplicación a todo tipo de contratas.

[62] Nores Torres, L.E.: "La reforma del art. 42 en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre", *Labos,* Vol. 3, 2022, Número extraordinario "La reforma laboral de 2021", p. 78.

[63] Para Ballester Pastor, M.A.: *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022, p. 170, la finalidad de esta previsión "es evitar la competencia desleal entre empresas, sobre todo teniendo en cuenta que este sector tiene sus propios convenios colectivos que se adaptan a sus peculiaridades", razón por la que deben ser los que resulten de aplicación en estos casos.

4. SUCESIÓN DE CONTRATAS, SUBROGACIÓN CONVENCIONAL Y CONVENIO APLICABLE

El art. 42.6 ET ha entendido que la actividad objeto de la contrata es el criterio funcional que debe determinar el convenio sectorial de aplicación para la empresa contratista, con ciertas salvedades. Se trata de un criterio que guarda relación con el mantenido por el TS para resolver las dudas planteadas a propósito del ámbito de aplicación de cláusulas convencionales que imponen la subrogación obligatoria del nuevo contratista[64], en supuestos de sucesión de contratas que no encajan en el presupuesto del art 44 ET[65]. Partiendo de la premisa de que la subrogación convencional solo procede si el convenio que la prevé es de aplicación a ambos contratistas[66], los problemas sobre esta particular cuestión se han planteado cuando las cláusulas subrogatorias aparecen en el convenio de sector de la actividad objeto de la contrata, pero no en el de sector de aplicación a las empresas entrante o saliente; o, viceversa, cuando la subrogación se establece como obligatoria en el convenio de la empresa saliente, que no resulta de aplicación a la empresa entrante, y el convenio del sector de la actividad objeto de la contrata, de haberlo, no dispone nada al respecto[67].

De acuerdo con la jurisprudencia del TS, en todos esos casos, deberá estarse a lo dispuesto en el convenio colectivo aplicable a la actividad objeto de la contrata, incluso en supuestos en los que la empresa entrante es un centro especial de empleo, "puesto que, en principio, nada impide a este tipo de empresas (aunque su fin primordial sea otro: favorecer la integración de las personas con discapacidad) subrogarse en los contratos de otros trabajadores, sean estos o no personas con discapacidad, sin que todo ello entrañe trato discriminatorio alguno respecto a los trabajadores discapacitados que puedan prestar servicios en las mismas"[68]. Por lo tanto, si un centro especial de empleo es adjudicatario de una contrata de limpieza deberá someterse al convenio colectivo de limpieza y, en su caso, a la aplicación de la cláusula de subrogación por sucesión de contratas prevista en dicho convenio[69].

Ese mismo criterio funcional, que obliga a estar al convenio colectivo sectorial de la actividad objeto de la contrata[70], ha llevado al alto tribunal a rechazar la subrogación empresarial en supuestos en los que el centro especial de empleo era la empresa saliente, pese a que la obligación de subrogación

---

[64] Avaladas hasta ahora por el TS (STS 27 de abril de 2016, rec.329/2019). Sobre el tema, Arastey Sahún, M.L.: "Sucesión de contratas y subcontratas de obras y servicios", en AEDTSS (Ed.) *et al*: *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial,* XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, Cinca, 2018, p. 99. Una vez producida por mandato convencional la subrogación, resultan de aplicación los efectos del art. 44 ET. Así lo ha mantenido el TS después de rectificar criterios anteriores que limitaban esos efectos a lo que estuviera previsto en el propio convenio. Según la más reciente doctrina jurisprudencial cuando el convenio obliga a la asunción de la plantilla preexistente en supuestos adicionales a los legales, esta se efectuará conforme a las reglas y procedimientos que establezca el convenio, pero una vez producida, superando lo establecido en doctrina precedente, debe estarse a las previsiones del art. 44 ET (STJUE 11 de julio de 2018, C-60/17 (STS 27 de septiembre de 2018, rec.2747/2016). Sobre el tema, Olarte Encabo, S.: "Cláusulas convencionales sobre subrogación de plantillas; el posible escenario ante una doctrina europea garantista ya acogida por el TS", *Derecho de las Relaciones Laborales,* núm. 10, 2019, pp. 978-992.

[65] No se olvide que "ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a los efectos del art. 44 ET, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización básica para la explotación" (STS 5 de abril de 1993, rec.702/92).

[66] Sala Franco, T. y Pedraja Moreno, A.: "Los problemas laborales de la sucesión de contratas", en Blasco Pellicer, A. (Coord.): *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al prof. Camps Ruiz con motivo de su jubilación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 384 y ss. Blasco Pellicer, A.: "Convenio colectivo y sucesión de contratas", en López Balaguer, M. (Coord.) *et al*: *Descentralización productiva y transformación del Derecho del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 83.

[67] STS 30 de marzo de 2022, rec.2375/2022.

[68] Por todas, STS 10 de octubre de 2010, rec.3803/2011.

[69] SsTS 4 de octubre de 2011, rec.4597/2010; 7 de febrero de 2012, rec.1096/2011; 9 de abril de 2013, rec. 304/2012.

[70] SsTS 17 de abril de 2013, rec.710/2012 y 23 de abril de 2013, rec.748/2012.

se contemplaba expresamente en el convenio sectorial de centros especiales de empleo, al no ser este último de aplicación a la empresa entrante[71].

El tema es si este criterio jurisprudencial se ha visto, de alguna manera, afectado por la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-ley 32/2021. Las dudas surgen, en primer lugar, respecto de esa subrogación convencional obligatoria cuando afecta en particular a esos centros especiales de empleo[72], puesto que, como se ha dicho, la nueva disposición adicional vigesimoséptima ET ha excluido expresamente la aplicación del art. 42.6 ET en el caso de contratas con centros especiales de empleo y, con ello, la aplicación del convenio de sector de la actividad objeto de la contrata.

No está claro que la intención del legislador al incorporar la disposición adicional vigesimoséptima haya sido dejar atrás el citado criterio jurisprudencial[73]. Es cierto que según el preámbulo del Real Decreto-ley 32/2021, con esta nueva disposición se pretende precisar el convenio colectivo aplicable a las contratas o subcontratas suscritas con centros especiales de empleo. Pero también cabe interpretar que la disposición adicional vigesimoséptima, que excluye su aplicación a los centros especiales de empleo, entra en juego cuando ya se ha producido la sucesión de contratas y con ella la subrogación, no antes.

Al respecto, no deja de ser significativo que la última de las sentencias que se han dictado sobre el tema, la STS de 30 de marzo de 2022, rec.2375/2022, no advierta nada sobre el particular. Es verdad que resuelve un problema planteado antes de la reforma, pero cabe pensar que, al dictarse con posterioridad a su entrada en vigor, si el criterio por ella defendido se hubiera visto afectado por los recientes cambios normativos, algo hubiera dicho al respecto.

En segundo lugar, con carácter general, cualquiera que sea el tipo de empresa contratista, cabe plantearse si esa aplicación de las cláusulas de subrogación obligatoria previstas en el convenio colectivo de aplicación a la actividad objeto de la contrata, defendida por el TS, se ha podido ver afectada por lo dispuesto en art. 42.6 ET, en cuanto este precepto contempla, de un lado, que ese convenio sectorial (de la actividad objeto de la contrata) pueda quedar desplazado cuando exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III y, en todo caso, cuando la contratista tenga un convenio de propio, de haberlo, pues de ser así este último será el que se deba aplicar en los términos que resulten del art. 84 ET. Sin embargo, siguiendo la misma interpretación mantenida más arriba, a propósito de la incidencia de la disposición adicional vigesimoséptima,

[71] Que en el supuesto que resuelve la STS de 30 de marzo de 2022, rec.2375/2022, era una empresa multiservicios. En relación con este supuesto y cuando las contratas se desarrollen en el ámbito público, expresamente, el art. 130.2 de la Ley 9/2017, de contratos del sector público, establece que cuando la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar fuese un Centro Especial de Empleo, la empresa que resulte adjudicataria tendrá la obligación de subrogarse como empleador de todas las personas con discapacidad que vinieran desarrollando su actividad en la ejecución del referido contrato. En particular, sobre la subrogación de trabajadores a través de contratos del sector público, STS 18 de junio de 2019, 702/2016, que solo admite esa posibilidad si se encontraba prevista en una norma legal o pactada, como el convenio colectivo, rechazando que sea suficiente que aparezca en el pliego de condiciones. Un comentario a esta sentencia en Pérez Guerrero, M.L.: "Subrogación de los trabajadores en el ámbito de la sucesión de contratas en la Administración Pública. Subrogación ex pliegos de condiciones de tratas y concesiones administrativas", *Temas Laborales,* núm. 149, 2019, pp. 225-241.

[72] Sobre los inconvenientes que podía plantear la subrogación obligatoria del centro especial de empleo en los contratos de los trabajadores adscritos a la contrata cuando la empresa saliente era una empresa ordinaria, por cuanto ello podía alterar la composición de la plantilla incumpliendo lo dispuesto actualmente en el art. 43.2 Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, Gala Durán, C.: "La relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajan en los centros especiales de empleo", *Temas Laborales*, núm. 55, 2000, pp. 73-105.

[73] Para Nores Torres, L.E.: "La reforma del art. 42 ET en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, *Labos,* vol. 3, 2022, p. 81, la comentada disposición obligaría a revisar esta solución.

también habría que entender que el art. 42.6 ET entrará en juego una vez consumada la sucesión empresarial y no antes.

No sería esta la primera vez que la remisión a los convenios llamados a regular las condiciones de empleo no coincide con la que se hace a los que deban regular las condiciones de trabajo de los trabajadores. Por ejemplo, el art. 10 de la LETT considera que son los convenios colectivos, de sector o de empresa, de las ETT los competentes para establecer condiciones de contratación y garantías de empleo, mientras que el art. 11 admite que otros convenios (de aplicación en las empresas usuarias) puedan ser los que determinen las condiciones esenciales de trabajo de los trabajadores, mientras dura la puesta a disposición, para asegurar de esa forma que se les apliquen las que les corresponderían de haber sido contratados directamente por las empresas usuarias para ocupar el mismo puesto.

Por otra parte, una vez producida por mandato convencional la subrogación, el TS ha defendido que se activen los efectos del art. 44 ET cuando, como consecuencia de la previsión del convenio, se asume una parte significativa de la plantilla (STS 27 de septiembre de 2018, rec.2747/2016). De esta forma, consumada la sucesión, salvo pacto en contrario establecido mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa saliente (art. 44.4 ET). La cuestión es cómo articular esta previsión con lo dispuesto en el art. 42.6 ET. Por ejemplo, si la empresa saliente tiene un convenio propio, salvo pacto en contrario, la empresa entrante deberá seguirá aplicando ese convenio a los trabajadores afectados, que desplazará al convenio de sector de la actividad objeto de contrata "hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida". En tal caso, no está claro que la aplicación del convenio propio de la empresa saliente deba estar condicionada por los términos del art. 42.6, tampoco cuál es el margen de actuación que pueda tener ese "pacto en contrario", de que habla el art. 44.4 ET, y en particular si debe sujetarse a las nuevas reglas sobre convenio colectivo aplicable a la empresa contratista.

Con todo, ninguna de estas cuestiones se plantearía si se entiende que estas cláusulas de subrogación convencional han perdido sentido a la vista de las nuevas reglas sobre contratación de trabajadores. Unas reglas que, como se ha dicho, apuestan por la contratación indefinida y, en particular, por el contrato fijo discontinuo para la realización de los trabajos en el marco de contratas, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa. En concreto, el art. 16.4 ET contiene unas previsiones referidas a los periodos de inactividad que se produzcan como consecuencia de la extinción de la contrata, que apuestan por la continuidad laboral de los contratos, con lo que la estabilidad en el empleo ha dejado de depender necesariamente de la subrogación convencional[74]. A partir de ahora, por lo tanto, la sucesión de contratas no tendría por qué acarrear efectos extintivos sobre los contratos de los trabajadores adscritos a la misma, lo que en principio refuerza las opciones del trabajador a mantener su empleo con la empresa saliente si lo desea.

No obstante, al margen de las dudas que puedan surgir al respecto a la vista de su justificación teórica, lo cierto es que en la práctica la mayoría de estas cláusulas convencionales de subrogación han venido extendiendo el derecho a la continuidad en el empleo con la nueva contratista a todos los trabajadores, cualquiera que sea la modalidad de sus contratos, incluidos los indefinidos y fijos

[74] Soriano Cortés, D.: "Negociación colectiva y estabilidad en el empleo", en Cruz Villalón, J. (Ed.) *et al*: *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral. Causa determinante e instrumento de contención*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 571.

discontinuos[75], por lo que cabe pensar que estos cambios normativos en materia de contratación no tendrían por qué afectar a las cláusulas de los convenios colectivo en vigor.

Ha habido quien ha entendido que la nueva habilitación legal expresa a los convenios colectivos sectoriales, en la nueva redacción del art. 16 ET, para determinar un plazo máximo de inactividad entre subcontratas, deja en evidencia la falta de habilitación para establecer otro tipo de medidas, como la subrogación obligatoria de plantilla[76]. No obstante, hasta ahora, la habilitación legal expresa no ha sido necesaria para que la negociación colectiva haya pactado subrogaciones obligatorias más allá del presupuesto del art. 44 ET, por mucho que ello haya merecido alguna crítica por cuanto puede suponer una vulneración de la libertad de empresa[77].

Otro tema es que la aplicación de las condiciones que los convenios colectivos pueden haber pactado, en atención a las características del sector[78], para delimitar el presupuesto de esa subrogación empresarial[79], aplicadas a la luz de las nuevas reglas sobre duración de los contratos de trabajo, pueda terminar limitando el alcance real de la asunción obligatoria de personal. Así puede suceder, por ejemplo, si la cláusula convencional de subrogación considera como trabajadores adscritos a la contrata, a efectos de subrogación obligatoria, solamente a aquellos en activo que además de acreditar una cierta permanencia previa, sea cual sea la naturaleza o modalidad de su contrato de trabajo, vayan a quedar desvinculados laboralmente al finalizar la contrata o concesión[80], puesto que conforme a la nueva normativa será excepcional el número de los que vayan a quedar desvinculados de la empresa saliente al producirse la sucesión de contratas. En esos casos, además, las restricciones al alcance subjetivo de la cláusula subrogatoria prevista en convenio pueden tener otras consecuencias sobre los efectos mismos de la subrogación cuando, al afectar en cantidad a la asunción de personal, se deje de asumir una parte significativa de la plantilla en los términos de número y de competencias que determinan la aplicación del régimen legal de transmisión y subrogación laboral[81].

5. CUESTIONES PENDIENTES TRAS LA REFORMA DE 2021

La reforma no ha afectado sustancialmente a los dos primeros apartados del art. 42 ET, pese a ser los que han concentrado la mayor parte de las dudas interpretativas que ha suscitado la aplicación

[75] Soto Rioja, S.: "Sucesión de empresas y de contratas: puntos críticos de la regulación legal y del tratamiento convencional", en Cruz Villalón, J. (Ed.) *et al*: *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral. Causa determinante e instrumento de contención*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 661 y ss. Aguilera Izquierdo, R.: "Sucesión de contratas" en Pérez de los Cobos Orihuel, F. (Dir.) *et al*: *Contratación temporal, empresas de trabajo temporal y subcontratación en la negociación colectiva,* Madrid, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010, p. 281.

[76] Vicente Palacio, A.: "La supresión del contrato de obra o servicio determinado y el nuevo papel del contrato fijo-discontinuo en el ámbito de las contratas", *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum,* núm. 2, 2022, p. 91.

[77] Pérez de los Cobos Orihuel, F.: "Naturaleza jurídica de las normas reguladoras de los supuestos estudiados", en Pérez de los Cobos Orihuel, F. (Dir.) *et al*: *Contratación temporal, empresas de trabajo temporal y subcontratación en la negociación colectiva,* Madrid, Comisión Consultiva nacional de convenios Colectivos, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010, pp. 44-45.

[78] Que hasta ahora al menos no se han visto cuestionadas por la jurisprudencia, como señala Olarte Encabo, S.: "Cláusulas convencionales sobre subrogación de plantillas; el posible escenario ante una doctrina europea garantista ya acogida por el TS", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 10, 2019, p. 990, a propósito de algunos de los condicionamientos convencionales (como la exclusión de determinados grupos de trabajadores del efecto subrogatorio o la limitación de este a los trabajadores con una antigüedad mínima)

[79] Soriano Cortés, D.: "Negociación colectiva y estabilidad en el empleo", en Cruz Villalón, J. (Ed.) *et al*: *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral. Causa determinante e instrumento de contención*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 573.

[80] En estos términos art. 64 del Convenio Colectivo Provincial de Trabajo de transporte de viajeros por carretera de Almería y su provincia (BO. Almería 2 de marzo de 2017).

[81] STS 27 de septiembre de 2018, rec.2747/2016.

del precepto. Esas dudas han afectado al supuesto de hecho, tanto en lo relativo a la precisión del tipo de contratación entre empresas que activa las garantías del art. 42 ET, como a la concreción de lo que debe entenderse por propia actividad de la empresa que contrata o subcontrata. Un concepto clave para la aplicación del apartado 1, puesto que la obligación de comprobación que en el mismo se establece solo está referida a las empresas que contraten o subcontraten la realización de obras y servicios correspondientes a la propia actividad.

Los defectos que plantea la construcción y redacción del precepto legal han sido, en algunos casos, abordados y resueltos por la jurisprudencia del TS[82], según la que ha de estarse al tipo de actividad asumida por la empresa auxiliar en beneficio de la principal para determinar si existe el fenómeno descrito por el artículo 42 ET cuando habla de "empresarios que contraten con otros la realización de obras o servicios" (STS 933/2016, de 8 noviembre, rec.2258/2015)[83]. De acuerdo con esa misma jurisprudencia, si el art. 42 ET «exige que las obras y servicios que se contratan o subcontratan deben corresponder a la propia actividad empresarial del comitente, es porque el legislador está pensando en una limitación razonable que excluya una interpretación favorable a cualquier clase de actividad empresarial». Por ello, si la finalidad de esta opción legislativa es reducir los supuestos de responsabilidad del empresario comitente, debe acogerse "la interpretación que entiende que propia actividad de la empresa es la que engloba las obras y servicios nucleares de la comitente" (STS 15 de diciembre de 2015, rec.2614/2014)[84].

[82] Del mismo modo que fue la jurisprudencia de Sala 3ª del TS la encargada de clarificar las dudas que también planteó la falta de precisión conceptual sobre las distintas empresas en juego (principal, contratistas y subcontratistas) y sobre el papel que juegan cada una de ellas, lo que había llevado a discutir si resultaba necesaria la presencia de tres sujetos como presupuesto de la responsabilidad del primer empresario. En este sentido, unos años antes de que la Ley 12/2021 resolviera la incoherencia terminológica que suponía que el apartado 1 del art. 42 ET hablara de empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellas, cuando el apartado 2 limitaba las responsabilidades solidarias del empresario principal en materia de Seguridad Social a "obligaciones… contraídas por los subcontratistas", dejando claro que esa responsabilidad solidaria alcanza también a las obligaciones contraídas por los contratista, el TS aclaró que el art. 42 ET resultaba de aplicación tanto cuando el primer empresario, empresario principal, contrata con otro empresario, contratista secundario que ya no es principal ni dueño de la obra, como cuando en la relación aparece un tercero secundario, que sí será subcontratista, y respecto del que el contratista que hemos llamado secundario asumiría también funcionalmente la posición y responsabilidad de principal. STS cont-adm 20 de junio de 1997 rec.9372/1990, que reitera doctrina contenida en la STS cont-adm 12 de julio de 1994, rec.9559/1990, según la que el inciso "o subcontraten" que contiene el art. 42.1 ET demuestra que la norma no contempla necesariamente la presencia de tres sujetos, sino también la posibilidad de un juego a dos, como supuesto de hecho de la responsabilidad del primer empresario que el precepto establece.

[83] STS 933/2016, de 8 noviembre, rec.2258/2015, según la que "el precepto del ET establece garantías a favor de los trabajadores implicados en ciertos procesos de colaboración interempresarial, pero no está limitando o precisando la naturaleza del vínculo existente entre la empresa principal y la auxiliar. Ese negocio jurídico entre la empresa principal y la auxiliar no aparece tipificado o restringido desde la perspectiva de la norma laboral: podría ser de Derecho Público o de Derecho Privado; temporal o permanente; a título oneroso o gratuito; abarcando obras o servicios; tipificado o atípico; referido a un aspecto nuclear o a una cuestión colateral del proceso productivo; comunicado a la clientela o mantenido en reserva; etc. En contra de lo que apuntan los recursos, no existe una correspondencia entre la "subcontratación de obras y servicios" contemplada por el legislador laboral y los contratos iusprivados de arrendamiento de obra".

[84] Sobre el concepto de propia actividad, la STS 29 de octubre de 2013, rec.2558/2012 recuerda la doctrina de la Sala IV (recogida entre otras en las SsTS de 15 de noviembre y 12 de diciembre de 2012, rec.191/12 y 4272/11) según la que "para delimitar este concepto de "propia actividad", la doctrina mayoritaria entiende que son las "obras o servicios que pertenecen al ciclo productivo de la misma, esto es, las que forman parte de las actividades principales de la empresa", en concreto las que son inherentes a la producción de bienes y servicios específicos que se propone prestar al público o colocar en el mercado excluyendo las tareas "complementarias o no nucleares" (STS 30 de octubre de 2008, rec.1675/2007), de manera que "nos encontraríamos ante una contrata de este tipo cuando, de no haberse concertado esta, las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial" (SSTS 18 de enero de 1995, rec.150/94, 24 de noviembre de 1998, rec.517/98-, 22 de noviembre de 2002, rec.3904/01, y 11 de mayo de 2005, rec.2291/04); y que referida a una actividad pública se corresponde con aquellas prestaciones que se hallan necesariamente integradas en la función

También ha resultado controvertido determinar la finalidad de esa obligación de comprobación que deben llevar a cabo las empresas que contraten o subcontraten la realización de obras y servicios correspondientes a la propia actividad, consistente en recabar por escrito en la TGSS certificación negativa de descubierto. En concreto, sobre esta particular cuestión, se ha discutido el alcance liberatorio de esas certificaciones. El problema se ha planteado porque el art. 42.1 ET establece que el empresario que cumple con esa obligación de comprobación queda exonerado de responsabilidad en caso de silencio administrativo, esto es, cuando la TGSS no libra dicha certificación en el término de treinta días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Sin embargo, no se prevé el mismo efecto, o al menos no de forma expresa, para el caso de que la certificación sea negativa, pese a que la comprobación se habrá hecho igualmente.

Sobre el particular se ha pronunciado la STS (cont-adm) 124/2021, de 3 de febrero, rec.2584/2019, que mantiene que la emisión de certificados negativos por la TGSS no exonera al empresario principal de la responsabilidad de que habla el precepto legal, salvo que, atendiendo a las circunstancias del caso, pueda deducirse que la TGSS, al tiempo de librar la certificación solicitada, estaba en condiciones de ofrecer una información coincidente con la realidad del estado de los débitos del contratista o subcontratista. De ello va a depender, por tanto, el alcance liberatorio del certificado de descubierto. Por esta razón, el TS sostiene que ese deber de comprobación que pesa sobre el empresario principal no se agota en la solicitud a la TGSS de la emisión del correspondiente certificado, sino que puede o debe completarse por otros medios, como son los boletines de cotización sellados o cualquier otro justificante de ingreso, en supuestos en los que los certificados negativos se limitan a indicar que las empresas contratistas "no tienen pendiente de ingreso ninguna reclamación por deudas ya vencidas", básicamente porque esta circunstancia (no tener pendiente de ingreso ninguna reclamación por deudas) no equivale a que no las haya[85].

En definitiva, lo relevante para que actúe la exoneración de que habla el precepto es que la actuación de la empresa principal permita acreditar que ha empleado la diligencia debida en la comprobación que impone el precepto. Así lo mantuvo en su momento la STS cont-adm 6 de marzo de 2002, rec. 2741/1997, en un supuesto en el que no constaba que se hubiese exigido la certificación a que hace referencia el art. 42.1 ET, pero sí había quedado acreditado que se había recabado la presentación de los boletines de cotización debidamente sellados por una entidad bancaria colaboradora autorizada para actuar como oficina recaudadora, que al menos formalmente acreditaban el ingreso de las cuotas debidas. Esta resolución se apoyó en el artículo 62 del entonces vigente Reglamento de Recaudación (RD 716/1986) según el que los justificantes de pago expedidos por dichas entidades colaboradoras tienen el mismo valor liberatorio que si el ingreso se hubiese efectuado en la Tesorería de la Seguridad Social. Una regla que en términos similares se contiene actualmente en el art. 25.5 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio.

Muy relacionada con esta obligación de comprobación está la determinación de las responsabilidades a las que afectaría esa eventual exoneración de que habla el art. 42.1 ET. De acuerdo con el tenor del precepto, es claro que esa responsabilidad debe vincularse con los descubiertos que surgen cuando un empresario no está al corriente en el pago de las cotizaciones, a los que se refiere en definitiva el deber de comprobación. Lo que no está tan claro es si este primer apartado del precepto alude únicamente a los descubiertos anteriores, esto es, a aquellos que estuvieran pendientes en el momento en que se formaliza la contrata, o a los que nacen durante la ejecución de la contrata. La duda surge a la vista de la salvedad que introduce el arts. 42.2 ET, referida "al transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social", para concretar la responsabilidad solidaria que asume

que tiene encomendada y sin cuya actuación no se entendería cumplida esa función (STS 23 de enero de 2008, rec.33/07).

[85] STS 6 de marzo de 2002, rec 2741/1997.

el empresario principal respecto de las obligaciones de Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el periodo de vigencia de la contrata, que inevitablemente conduce a poner en relación ambos apartados. En nada ayuda que la norma tampoco haya precisado el momento en que ha de solicitarse la certificación, en concreto, si ha de hacerse únicamente al formalizar la contrata o si esa comprobación debe mantenerse durante toda la vigencia de la misma.

Como se sabe, estas cuestiones han dado lugar a diversas interpretaciones doctrinales, y requerido la intervención de la jurisprudencia, que tampoco ha sido del todo clara[86]. Así, en relación al alcance de la exoneración de responsabilidades de que habla el art. 42.1 ET ha habido alguna resolución de la Sala 3ª del TS (SsTS 27 de junio de 1991, rec. 2679/1988 y 28 de octubre de 1996, rec.777/1991) que entendió que la virtualidad exoneradora de la certificación negativa que establece el apartado 1 del art. 42 ET, se refiere a la responsabilidad por las cantidades que pudieran adeudarse a la Seguridad Social con anterioridad a la adjudicación de la subcontrata, únicas que se podían certificar por la TGSS, y no a la responsabilidad por cotizaciones nacidas durante la contrata, a las que se refiere el apartado 2 del mismo precepto. En el mismo sentido se pronunció la Sala de lo Social del TS, STS 22 de diciembre de 2000, rec.4069/1999, según la que el apartado primero del art. 42 habla de la obligación del contratista principal de comprobar que la persona o entidad con la que se contrata está al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social; determina la forma del cumplimiento de este deber, con el que se persigue la protección del trabajador; se compele a quien aspire a la contrata al cumplimiento de sus obligaciones en relación con la cobertura que proporciona la Seguridad Social a sus trabajadores; y, por último, se establece también en qué momento se produce la exoneración de responsabilidad respecto de esas cuotas, "que están referidas indudablemente a período anterior a la contrata ya «que tiene que comprobar que está al corriente en el pago de cuotas»".

Sobre esa posibilidad de reclamar a la empresa principal, con base en el art. 42.1 ET, la responsabilidad por esos descubiertos en las cotizaciones, en caso de insolvencia del obligado principal, volvió a pronunciarse la STS cont-adm, 6 de julio de 2005, rec.451/2004, que consideró acertada la tesis de que, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria exigible en los supuestos concretos del artículo 42.2, subsiste la subsidiaria, proclamada para caso de insolvencia del obligado, en el supuesto de descubiertos en el pago de las cotizaciones debidas por Seguridad Social a cargo del empresario subcontratado, se trate o no de contratas de la propia actividad. Se reconoce así un régimen de responsabilidad complementario del previsto en el art. 42.2 ET, al tiempo que se rechaza que la diferencia entre la responsabilidad solidaria del art. 42 y la subsidiaria proclamada en el TRLGSS (actualmente en los arts. 18, 142 y 168 TRLGSS) esté en que en un caso se refiera a contratas de la propia actividad y en el otro no. De acuerdo con esta doctrina, también en las contratas de la propia actividad, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria exigible en los supuestos concretos del artículo 42.2, subsiste la subsidiaria, proclamada para caso de insolvencia del obligado, en el supuesto de descubiertos en el pago de las cotizaciones debidas por Seguridad Social a cargo del empresario subcontratado.

Sin embargo, este no es exactamente el planteamiento que sigue la STS (cont-adm) 124/2021, que se limita al señalar que de los descubiertos anteriores a la contrata "no responde solidariamente el empresario principal", sin perjuicio de la responsabilidad administrativa en que pueda incurrir como consecuencia de la infracción del art. 22.11 TRLISS (más bien referida a no comprobar la afiliación o alta de los trabajadores que ocupen el contratista o subcontratista que incorporó el art. 5 del Real Decreto-ley 5/2011, actualmente en el art. 16 TRLGSS). Una interpretación que se apoya en el tenor del art. 42.2 ET, que al prever la exigibilidad de su responsabilidad durante los tres años siguientes a la finalización de la contrata o subcontrata, se refiere a "las obligaciones contraídas por los contratistas

[86] Mercader Uguina, J.: "Subcontratación de obras y servicios", en Goerlich Peset, J.M. (Ed.) *et al*: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores: libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 799-810.

y subcontratistas durante el periodo de vigencia de la contrata". Pero, esa remisión a la eventual responsabilidad administrativa que pueda surgir por la falta de comprobación por parte del empresario principal, como la única responsabilidad que se activaría respecto de los descubiertos anteriores, hace dudar de si realmente se está descartando que entre en juego la responsabilidad subsidiaria por esos descubiertos anteriores a la contrata, en lo que sería un cambio de criterio.

Como se ha dicho, no se ha precisado el momento (o momentos) en que ha de hacerse la comprobación exigida por el art. 42.1. El precepto habla del empresario principal que contrate o subcontrate, lo que puede llevar a interpretar que la obligación de comprobación debe llevarse a cabo en el momento en que se va a formalizar la contrata. Pero el art. 42.2 introduce, como se ha dicho, una salvedad que conecta este apartado con el anterior y parece dejar abierta la puerta a que esa comprobación se mantenga durante la vigencia de la contrata (mes a mes o al previo vencimiento de la contrata) si se quieren evitar las posibles responsabilidades en materia de Seguridad Social exigibles de acuerdo con este precepto legal[87]. Una interpretación que hace coincidir la dinámica de esta obligación referida a las cotizaciones, con la prevista en el art. 16 TRLGSS respecto del deber de comprobación de las obligaciones de encuadramiento, que se extiende a toda la vigencia de la contrata y no solo al periodo inicial[88].

En conclusión el régimen jurídico del art. 42 ET sigue planteando numerosos problemas y dudas interpretativas[89], que ponen en entredicho que con la reforma del 2021 se haya alcanzado el pretendido objetivo de "modernización de la contratación y subcontratación de actividades empresariales"[90]. No queda claro que las nuevas reglas sean suficientes para asegurar un uso adecuado de la externalización productiva "en los supuestos que mejoran la actividad productiva", ni para desincentivarlo "en aquellos en que es un mero instrumento de reducción de costes", como se pretendía. Y, aunque probablemente algo se ha avanzado en la equiparación de condiciones de las personas trabajadoras subcontratadas, es más que dudoso que se haya reforzado la responsabilidad de las empresas contratistas o subcontratistas, puesto que las reglas sobre responsabilidad no se han modificado ni se han precisado. Por lo tanto, queda mucho por hacer si lo que se pretende realmente es, como mantiene el preámbulo del Real Decreto-ley 32/2021, "una regulación precisa que garantice el equilibrio entre agilidad y flexibilidad (en trabajos especializados, asociados a un proyecto determinado, etc.) y un nivel adecuado de protección a las personas trabajadoras de las subcontratas, en relación con los trabajos que desarrollan".

6. BIBLIOGRAFÍA

Aguilera Izquierdo, R.: "Sucesión de contratas" en Pérez de los Cobos Orihuel, F. (Dir.) *et al*: *Contratación temporal, empresas de trabajo temporal y subcontratación en la negociación colectiva,* Madrid, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010.

[87] Trillo García, A.: "Responsabilidades en la subcontratación en materia de Seguridad Social", en VV.AA.: *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, Cinca, 2018, p. 133.

[88] No obstante, esta interpretación también ha sido rechazada por algún autor al considerar que "nada en el tenor legal indica que deba realizarse más de una solicitud, ni librarse más de una certificación". En este sentido, Camps Ruiz, L.: "La obligación empresarial de comprobar la solvencia del contratista y subcontratista: significado y consecuencias", en VV.AA.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas: estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 245.

[89] Como señala Ballester Pastor, M.A.: *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022, p. 165, se trata de un precepto que "hace mucho que dejó de reflejar la realidad del sistema de relaciones entre empresas".

[90] Objetivo que figura dentro del paquete de reformas estructurales que deben llevarse a cabo para promover el crecimiento sostenible, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia para el desarrollo de los fondos europeos de recuperación Next Generation EU, aprobado por el Gobierno en abril de 2021.

Arastey Sahún, M. L.: "Sucesión de contratas y subcontratas de obras y servicios", en AEDTSS (Ed.) *et al*: *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial,* XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, Cinca, 2018.

Ballester Pastor, M.A.: *La reforma laboral de 2021. Más allá del a crónica*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022.

Blasco Pellicer, A.: "Convenio colectivo y sucesión de contratas", en López Balaguer, M. (Coord.): *Descentralización productiva y transformación del Derecho del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

Cavas Martínez, F.: "Determinación del convenio colectivo aplicable en las contratas y subcontratas", *Revista de Jurisprudencia Laboral,* núm. 1, 2022, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2022-00000001601

Camps Ruiz, L. M.: "La obligación empresarial de comprobar la solvencia del contratista y subcontratista: significado y consecuencias", en VV.AA.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas: estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

— "La subcontratación de obras y servicios tras el Real Decreto Ley 5/2001, de 2 de marzo", en Albiol Montesinos, I., Camps Ruiz, L. M. y Goerlich Peset, J. M., (Ed.) *et al*: *La reforma laboral en el Real Decreto-ley 5/2001*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

De Castro Marín, E.: "La reforma del art. 42 del ET y su necesaria contextualización ¿decepción o baño de realidad?", *Diario La Ley*, núm. 9986, 2022.

De la Puebla Pinilla, A.: "El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratas y subcontratas. Convenio colectivo aplicable y régimen de contratación laboral", *Trabajo y Derecho*, núm. 88, 2022.

Esteve Segarra, A.: *Externalización laboral en empresas multiservicios y redes de empresas de servicios auxiliares,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

— "La selección del convenio colectivo en empresas multiservicios. A propósito de la STS de 17 de marzo de 2015, rcud.1464/2014, *Revista de Información Laboral,* núm. 9, 2015.

Fernández López, M. F.: "Las responsabilidades empresariales en el ámbito del trabajo en contratas", en Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Ed.) *et al*: *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* , Cinca, 2018.

Gala Durán, C.: "La relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajan en los centros especiales de empleo", *Temas Laborales*, núm. 55, 2000.

López Terrada, E. y Nores Torres, L. E.: "La función delimitadora del concepto de «propia actividad» en el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores", en Blasco Pellicer, A. (Coord.) *et al*: *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al prof. Camps Ruiz con motivo de su jubilación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

Martín Valverde, A.: "Informe español", en Marzal, A. (Dir.) *et al*: *Empresa y Derecho Social*, Bosch, ESADE-Facultad de Derecho, 2001.

— "Artículo 42", en Monereo Pérez, J.L. (Dir.) *et al*: *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 2011.

Martínez Gayoso, M.N.: "Novedades sobre los derechos de información y facilidades para los representantes de los trabajadores en supuestos de subcontratación", *Revista de Dirección y Administración de Empresas,* núm. 11, 2007.

Martínez Moreno, C.: *Claves prácticas. Reforma Laboral,* Francis Lefebvre, 2022.

Mercader Uguina, J.R. y Nieto Rojas, P.: "Objeto, ámbito de aplicación y definiciones en la Ley de subcontratación en el sector de la construcción", en Mercader Uguina, J. (Coord.) *et al*: *Contratas y subcontratas en el sector de la construcción*, Valladolid, Lex Nova, 2008.

Mercader Uguina, J.R.: "Subcontratación de obras y servicios", en Goerlich Peset, J.M. (Coord.) *et al*: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016

Merino Segovia, A. y Grau Pineda, C.: "La subcontratación de obras y servicios en el RD-L 32/2021: a propósito de la realidad social y laboral de las camareras de piso", *Revista de Derecho Social,* núm. 96, 2021.

Merino Segovia, A.: *Comentarios a la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción,* Granada, Bomarzo, 2006.

— "El sistema legal de negociación colectiva tras el RD.L 32/2021. Nuevas orientaciones en la estructura negocial, determinación del convenio colectivo aplicable y restitución de su vigencia ultraactiva", *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social,* núm. 152, 2022.

Monereo Pérez, J.L.: "Empresario, empresa y centro de trabajo", en VV.AA.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco,* Goerlich Peset, J.M. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

Nores Torres, L.E.: "La reforma del art. 42 en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre", *Labos,* Vol. 3, 2022, Número extraordinario "La reforma laboral de 2021".

Olarte Encabo, S.: "Cláusulas convencionales sobre subrogación de plantillas; el posible escenario ante una doctrina europea garantista ya acogida por el TS", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 10, 2019.

Pérez Guerrero, M. L.: "Subrogación de los trabajadores en el ámbito de la sucesión de contratas en la Administración Pública. Subrogación ex pliegos de condiciones de tratas y concesiones administrativas", *Temas Laborales,* núm. 149, 2019.

— "La reforma de la subcontratación: una reforma de mínimos", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado* - Monográfico, 2022.

Pérez de los Cobos Orihuel, F.: "Naturaleza jurídica de las normas reguladoras de los supuestos estudiados", en Pérez de los Cobos Orihuel, F. (Dir.) *et al*: *Contratación temporal, empresas de trabajo temporal y subcontratación en la negociación colectiva*, Madrid, Comisión Consultiva nacional de convenios Colectivos, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010.

Ramos Quintana, M.: "Salarios y negociación colectiva sectorial: el impacto de la reforma laboral de 2021", NET21, núm. 8, enero de 2022, https://www.net21.org/salarios-y-negociacion-colectiva-sectorial-el-impacto-de-la-reforma-laboral-de-2021/

Rojas Rivero, G. P.: "Negociación colectiva y convenio colectivo aplicable en las empresas multiservicios", ASEDTSS (Ed.) *et al*: *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial,* XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, Cinca, 2018.

Sala Franco, T. y Pedraja Moreno, A.: "Los problemas laborales de la sucesión de contratas", en Blasco Pellicer, A. (Coord.) *et al*: *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al prof. Camps Ruiz con motivo de su jubilación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

Sempere Navarro, A. V.: "Fenómenos empresariales y el nuevo Libro de registro tras el Real Decreto-Ley 5/2006: un esquema", *Aranzadi Social*, núm. 7-8, 2006.

— "La reforma laboral de 2021 y los convenios colectivos", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 251, 2022.

Soriano Cortés, D.: "Negociación colectiva y estabilidad en el empleo", en Cruz Villalón, J. (Ed.) *et al*: *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral. Causa determinante e instrumento de contención*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

Soto Rioja, S.: "Sucesión de empresas y de contratas: puntos críticos de la regulación legal y del tratamiento convencional", en Cruz Villalón, J. (Ed.) *et al*: *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral. Causa determinante e instrumento de contención*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

Trillo García, A.: "Responsabilidades en la subcontratación en materia de Seguridad Social", en Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Ed.) *et al*: *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,*, Madrid, Cinca, 2018.

Valdés Dal-Ré, F.: "Contratas y subcontratas: las reformas pendientes", *Relaciones Laborale*s, núm. 2, 2007.

Vicente Palacio, A.: *Empresas multiservicios y precarización del empleo. El trabajador subcedido,* Atelier, 2016.

— "La supresión del contrato para obra o servicio determinado y el nuevo papel del contrato fijo-discontinuo en el ámbito de las contratas", *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, núm. 2, 2022.

Vila Tierno, F.: *Cuestiones actuales en materia de negociación colectiva. Al hilo de la reforma laboral del RDL 32/202, de 28 de diciembre,* Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

nº 4 (3er Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

La negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna. Panorama tras el RDl 32/2021[1]

Collective bargaining as an instrument of internal flexibility. Overview after RDl 32/2021

Francisco Vila Tierno — *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad de Málaga
https://orcid.org/0000-0001-5718-4160

Raquel Castro Medina — *Investigadora predoctoral*
Universidad de Málaga
https://orcid.org/0000-0003-0604-6045

Cita Sugerida: VILA TIERNO, F. y CASTRO MEDINA, R. "La negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna. Panorama tras el RDl 32/2021". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. núm. 4 (2022): 71-96.

Resumen

En un ambiente reformista como en el que nos vemos inmersos, el legislador muestra, nuevamente, especial atención a una parcela de nuestro ordenamiento jurídico-laboral tan sumamente significativa como es la negociación colectiva. Bajo esta coyuntura, el presente escrito propone una visión crítica y global destinada a esclarecer ciertos aspectos clave sobre la materia sin perder de vista que nos encontramos ante todo un proceso de transición que continuará su cauce en aras de garantizar el trabajo decente.

Palabras clave

Negociación colectiva; flexibilidad interna; reforma laboral; ultraactividad

Abstract

In a reformist environment such as the one in which we are immersed, the legislator shows, once again, special attention to a part of our legal-labor system as highly significant as collective bargaining. Under this situation, this paper proposes a critical and global vision aimed at clarifying certain key aspects of the matter without losing sight of the fact that we are above all in a transition process that will continue its course in order to guarantee decent work.

Keywords

Collective bargaining; internal flexibility; labor reform; ultraactivity

En materia de gobierno todo cambio es sospechoso, aunque sea para mejorar

Francis Bacon

[1] El presente estudio se enmarca en el ámbito de los siguientes proyectos de investigación:
Proyecto de Investigación en Programa Estatal de I+D+i «Retos Investigación» Orientada a los Retos de la Sociedad, RTI2018-094696-B-I00, titulado Retos, reformas y financiación del sistema de pensiones: ¿sostenibilidad versus suficiencia?;
Proyecto P18-RT-2585 "Los mayores en el contexto del empleo y la protección social: un reto para el crecimiento y desarrollo económico. Un análisis de la realidad andaluza"; concesión de ayudas a proyectos de I+D+i, destinadas a las universidades y entidades públicas de investigación calificadas como agentes del Sistema Andaluz del Conocimiento, en el ámbito del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI 2020). Convocatoria 2018;
Proyecto de Investigación "Las nuevas tecnologías y el impacto en el ámbito laboral y de la seguridad social: el impacto socio-económico de la economía digital", del Programa de Investigación de la Junta de Andalucía, con financiación con fondos FEDER, Ref. UMA18 FEDERJA 028;
Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía (SEJ 347), Políticas de Empleo, Igualdad e Inserción social.

Fecha Recepción: 19/06/2022 - Fecha Revisión: 13/09/2022 - Fecha Aceptación: 13/09/2022
Pags. 71-96

1. A MODO DE REFLEXIÓN INICIAL: EL LARGO CAMINO FLEXIBILIZADOR DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Si bien en los últimos tiempos hemos vivido, y continuamos viviendo, acontecimientos que han avivado el interés por algunos extremos de la negociación colectiva, admitir la complejidad holística que caracteriza a la figura como un todo debe constituir el punto de partida sobre el que cimentar cualquier estudio sobre la materia. A pesar de ello, la atención privilegiada de la que gozan algunas de sus vertientes no es sino consecuencia directa de la propia concepción que recibe cual Sistema[2] y, aunque tal afirmación aparenta ser contradictoria en sus propios términos, no resulta incoherente, sino todo lo contrario. Y, es más, partiendo de este reconocimiento, cualquier modificación, cambio, adaptación o interpretación significativa que sufran tales elementos va a repercutir en el resto puesto que su funcionamiento, finalidad, ordenación y efectos, quedan vinculados entre sí. Con todo, y la multitud de incógnitas que rodean al mencionado sistema, continúa siendo una parcela de nuestro ordenamiento jurídico-laboral que ha sufrido relativamente escasos cambios destacables. Sin embargo, debido al papel esencial que se le brinda en la ordenación de nuestras relaciones laborales, cuando éstos se producen son de intenso calado, generando, en la mayoría de los casos, un auténtico *tsunami* de amplio alcance.

En este contexto, parece evidente que cualquier análisis de la negociación colectiva exige una reflexión previa de los cambios normativos que se han ido produciendo desde la reforma del año 2012 y sus inmediatos precedentes, pero partiendo de la evolución de las posiciones sobre el parámetro de la flexibilidad desde su formulación en aquellos momentos hasta la redacción actual del Título III ET. Recuérdese, al respecto, que la UE ha situado en el centro de sus formulaciones, de manera ya muy consolidada, la idea de la flexibilidad, pero a partir del concepto de *flexiseguridad*[3]. Concepto que ha predeterminado la ordenación interna del mercado de trabajo según el peso que se le diera a cada uno de los componentes de ese término complejo. Y así, si a la reforma de 2012 se la ha querido vincular, de manera absoluta, con el primero de ellos -fruto de las modificaciones en 2010, 2011 y 2012-, habría que señalar cuál ha sido, finalmente, el enfoque de la reforma de 2021, si se ha apartado de aquella flexibilidad, si se mantiene, o si se ha rebajado…

Para llevar a cabo, una aproximación a la última reforma laboral y a su finalidad, se parte, de la construcción que ya realizamos en anteriores trabajos, distinguiendo lo que denominamos articulación específica por materias -relaciones ley-convenio en diferentes preceptos del ET y que atienden a diversos elementos, de lo que se entiende como articulación general -como la referida a las reglas de articulación y concurrencia del Título III ET[4]. Siendo éstas dos vías para desarrollar aquella flexibilidad, pero desde caminos diferentes -hay tantos como tantas fórmulas de flexibilidad existentes-.

Siguiendo esta línea, puede afirmarse que esta última reforma laboral de 2021, aborda tanto a una como a otra, si bien, es especialmente significativa la que se vincula a la articulación general, por haber sido ésta la que ha supuesto un cambio real y significativo de la negociación colectiva. Precisamente, el debate sobre la ordenación definitiva del Título III ET, ha sido uno de los caballos de batalla que más ha dificultado llegar a un acuerdo en el seno del diálogo social, por la disparidad de planteamientos y enfoques de los agentes sociales respecto a esta parte esencial de nuestra normativa

[2] *Vid*. v.gr. para un estudio del conjunto: Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N. y Tomás Jiménez, N. (Coords.) *et al*: *El sistema de negociación colectiva en España: estudio de su régimen jurídico*, Aranzadi, 2013.

[3] *Vid*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Hacia los principios comunes de flexiguridad: más y mejores puestos de trabajo mediante la flexibilidad y la seguridad {SEC (2007) 861} {SEC (2007) 862} / * COM / 2007/0359 final * /

[4] Vila Tierno, F.: *Cuestiones actuales en materia de negociación colectiva: Al hilo de la reforma laboral del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2022.

laboral. Y es que el diseño de los elementos configuradores del Sistema respecto a la fuente de mayor importancia funcional de nuestra disciplina, la negociación colectiva, -y, por tanto, la concreción de su estructura y la forma en que los diferentes instrumentos negociales se relacionan entre sí- representa no solo la configuración de un modelo de aquella, sino una auténtica forma de entender el conjunto de nuestro ordenamiento laboral.

Siendo así, es, como decíamos, especialmente significativo el rol que se le otorga a la negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna dentro del contexto de la *flexiseguridad*. Ya que, comúnmente, el legislador la ha utilizado como respuesta frente a situaciones coyunturales desfavorables de crisis económica para solventar las deficiencias o dificultades que surgen entorno al empleo. Es más, tal es la abusiva recurrencia legislativa de esta medida que, crisis tras crisis, sin importar sus particularidades, se han planteado las mismas soluciones de siempre, las mismas fórmulas que reforma tras reforma han ido restructurando nuestro ET desde que viese la luz en año 1980[5]. Son, de hecho, nada más ni nada menos que 42 años de existencia del ET sometidos a la incesante presión flexibilizadora que alcanza en la actualidad unos niveles considerablemente elevados. Así pues, por ejemplo, no resulta en absoluto sorprendente la extendida y estrecha identificación entre la anterior reforma laboral efectuada en 2012 y esta medida.

Igualmente, en paralelo, el recorrido normativo de la negociación colectiva no supone una excepción respecto a esta tendencia puesto que evidencia ajustes dirigidos a introducirla como otra herramienta más para conseguir la perseguida finalidad flexibilizadora. En esa línea, se formulan en los años 2011 y 2012, importantes cambios que afectan a nuestro sistema de negociación colectiva como medida reductora (o al menos paliativa) de lo que se postulaba, desde diversos ámbitos, como un problema del mercado de trabajo español: la cuestionable rigidez en la regulación de nuestras relaciones laborales[6]. Prueba de esta clara voluntad legislativa, es lo establecido en la EM de la Ley 3/2012[7] que, entre otras cuestiones indica que las "modificaciones operadas en estas materias responden al objetivo de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa".

Por otro lado y al margen de reformas precedentes (de entre las cuales la efectuada en 1994 fue un claro ejemplo del mencionado ejercicio flexibilizador[8]) este camino se dibuja en tiempos más

[5] Rivero Lamas, J.: "La flexibilidad del trabajo en España" en VV.AA. *Direito do Trabalho. Estudos em homenagem ao Prof. Luiz de Pinho Pedreira da Silva*, Guimaraes Carvalho Ribeiro, L. y Pamplona Filho, R., Erditora Ltr. Sao Paulo, 1998, pp. 143 y ss.

[6] Argumento ya clásico que se remonta en el tiempo y que justifica actuaciones anteriores del legislador. Vid. sobre este particular, las consideraciones de Recio Andreu, A. "Flexibilidad laboral y desempleo en España (reflexiones al filo de la reforma laboral)", *Cuadernos de relaciones laborales*, núm. 5, 1994, pp. 57 y ss.: "La búsqueda de explicaciones a la prolongada persistencia del desempleo masivo ha conducido a la aparición de nuevos temas de debate en el análisis del mercado laboral, entre los que ha alcanzado un papel fundamental el de la flexibilidad laboral. Se trata de un concepto nuevo, tal cómo han señalado Standing (1986) o Bruno (1989), definido de forma ambigua, que tiende a presentarse como la capacidad de adaptación de la fuerza de trabajo a los cambios en el ambiente económico. Su contraria, la rigidez, constituiría una de las causas básicas del desempleo. Esta línea argumental se utiliza, por ejemplo, para explicar los mayores niveles de desempleo que padece la Unión Europea, y en especial, España, frente a otros países capitalistas desarrollados como Japón o Estados Unidos. Esta rigidez vendría producida por el particular conjunto de instituciones que regulan el mercado laboral, las cuales estarían promoviendo comportamientos personales y pautas de actuación colectiva que impedirían adaptar la actividad productiva a los cambios del momento. Por esta razón se consideraría que la reforma de estas instituciones, eufemísticamente denominadas «reformas estructurales», constituiría un elemento clave a la hora de promover la reducción del desempleo" (p. 57).

[7] *Vid*. Sobre el contenido de la EM del RDL 3/2012: Urrutiketxea Barrutia, M.: "El preámbulo del RDL 3/2012, o las retóricas de la manipulación", *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012, pp. 19 y ss.

[8] *Vid*. v.gr. Casas Baamonde M.E. y Valdés Dal-Ré, F. (Coord.) *et al*: *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Wolters Kluwer, 1994, especialmente: Palomeque López, M.C.: "El nuevo reparto funcional de territorios

actuales a partir de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo -en lo sucesivo Ley 35/2010- en la que ya se anunciaba la "inminente" reforma de la negociación colectiva. Dicha enmienda transformativa se materializó en una doble vertiente encauzada en primer lugar por el RDL 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva -en adelante RDL 7/2011- y, en segundo lugar, por el RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral -en adelante RDL 3/2012-, posteriormente reemplazado por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral -en adelante Ley 3/2012[9]- que desembocaron en una mayor flexibilización[10] de la regulación de las condiciones de trabajo y empleo hasta el punto de eliminar, en gran medida, la función garantista que se reconocía a la negociación colectiva con topes infranqueables de protección que no habían podido ser ignorados.

Nos encontramos, de este modo, frente a una inexplorada hasta entonces ordenación de la estructura de la negociación colectiva[11] que quedó inserta en el marco de la flexibilidad interna en ambos cuerpos normativos. En suma, se podría calificar como una "nueva y extensa reforma laboral, por tanto, superior en extensión e intensidad a la operada en 1984 [basta sustituir la fecha, bien por 1994, bien por 2010] y que, como aquélla, marca el cierre o final de una etapa, por lo demás no estática, sino de acusada transformación"[12]. Una vez más, las razones que motivaron dichos procesos, todos ellos sin distinción, quedaron claras y no eran otras que las de superar una crisis económica con una destrucción masiva de empleo. Se pensaba que si la empresa no sobrevivía el trabajador no es que tuviera garantizado unos derechos laborales, es que no conservaría ninguno. Se produce, de este modo y al amparo de este planteamiento, uno de los cambios de mayor calado y de más trascendencia en la legislación laboral para conseguir las cotas de flexibilidad empresarial más elevadas que en cualquier momento anterior rompiendo así con la estructura inicial de la negociación colectiva como pilar garantista de nuestro sistema.

Como decimos, y en los términos adelantados, la finalidad del legislador tanto en el año 2011 y como en el 2012 era la de reducir la rigidez de nuestro sistema de negociación colectiva[13] que, hasta ese entonces se basaba, de manera destacada, en la regla general del mantenimiento de lo primero pactado en el tiempo (art. 84 ET). Ahora bien, el problema no era tanto la rigidez que desprendía el precepto, sino que las excepciones al mismo no impedían -según se expresa en la EM Ley 3/2012- la falta de dinamismo y adaptación de los convenios colectivos a la realidad empresarial[14]. Ello exige,

normativos entre la ley y el convenio colectivo", pp. 246-256; Valdés Dal-Ré, F.: "Algunos aspectos de la reforma del marco de la negociación colectiva", pp. 257-291; Casas Baamonde, M.E.: "La estructura de la negociación colectiva y las nuevas reglas sobre competencias y concurrencia de los convenios colectivos", pp. 292-321.

[9] *Vid*. al respecto Vila Tierno, F.: "La flexibilidad interna a través de la reformulación de la estructura de la negociación colectiva tras las sucesivas reformas laborales del real decreto ley 7/2011 a la ley 3/2012 (de las razones y los efectos)", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 33, 2013.

[10] Sempere Navarro, A. V. y Martín Jiménez, R.: "La reforma de la negociación colectiva en Claves de la Reforma Laboral de 2012", Thomson Reuters Aranzadi, pp. 121 y ss. González Ortega, S.: "La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo", *Temas Laborales*, núm. 115, 2012, pp. 85 y ss.

[11] Rodríguez-Piñero, M., Valdés Dal-Ré, F. y Casas Baamonde, M. E.: "La nueva reforma Laboral", *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2012, p. 7 en relación a la intensidad de la misma que la sitúa en paralelo con la reforma de 1994.

[12] Casas Baamonde, M. E.: "Mercado de trabajo y ordenamiento laboral: el alcance de la reforma" *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 1994, pp. 35- 43.

[13] Merino Segovia, A.: "La reforma de la negociación colectiva en el RDL. 3/2012: las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos", *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012, pp. 249 y ss. En sentido más general Urrutikoetxea Barrutia, M. op. Cit. p. 23.

[14] Merino Segovia, A. op. cit. p. 252. Ello supone, además que, entre otras, otorgar el lugar prevalente al convenio empresarial y la pérdida de protagonismo de los convenios colectivos provinciales, uno de los principales instrumentos de regulación de condiciones de trabajo y empleo anteriores a la reforma, pero que constreñían la adaptabilidad al establecer condiciones uniformes al margen de las necesidades específicas de cada empresa.

según a criterio del legislador, una mayor flexibilidad, y más concretamente una mayor flexibilidad interna. Esta iniciativa motiva que la modificación legislativa centre sus esfuerzos en tres esferas de actuación: 1) descuelgue convencional, 2) articulación y concurrencia (en especial la prioridad aplicativa del convenio de empresa) y, 3) duración (y contenido) de los convenios.

Llegados a este punto, conviene detenernos y prestar especial atención al hecho de que esta configuración, efectuada como es sabido al margen del diálogo social, inspiró las directrices de la actual reforma laboral efectuada en 2021. Es por ello que insistimos en su análisis, habida cuenta no podemos entender la vigente si no se conocen las grandes líneas de la regulación anterior, muy especialmente en lo que atañe a su composición.

Ahora bien, no debemos finalizar nuestro estudio una vez realizada esa enumeración de los diferentes elementos que configuran a la negociación colectiva, sino que será altamente recomendable analizar el juego generado entre ellos siendo preciso profundizar sobre aquellas reglas encaminadas a disciplinar las formas en las que se relacionan entre sí y respecto a la ley. Más aún cuando la premisa por excelencia para determinar el nivel de flexibilidad en nuestra regulación es el grado de remisión o articulación en cascada que se hace hacia instrumentos de ámbito más reducido (de ley al convenio o de los convenios entre ellos). Todo ello, debido a que los cambios legislativos incidentes en esta estructura y en su articulación ordenada tienen una razón de ser, que no es otra que la de incrementar la reiterada flexibilidad interna[15].

En cualquier caso, no conviene olvidar que la ambición última perseguida por la fórmula enunciada no deja de estar supeditada al logro de una mayor adaptabilidad a las necesidades del mercado y, es por ello, que se deja en manos de las partes negociadoras la regulación, por vía convencional, de un amplio número de materias[16]. Así pues, aquella flexibilidad no aparece encorsetada en un perfil único, sino que se presenta abierta a una pluralidad alternativas respaldadas por multitud de medios para la consecución de sus fines. De este modo, y en consecuencia, se incentivó el diseño de un amplio entramado de acuerdos colectivos de diverso alcance con el objeto de situar la regulación de cada materia dentro de los ámbitos que se considere más idóneos en función de su capacidad (o incapacidad) para responder a las necesidades empresariales y facilitar la adaptación de la ordenación de las relaciones laborales a los requerimientos del mercado.

Como vemos, este postulado germina de una idea nítida y contundente que, además, ha condicionado al resto de objetivos encomendados a la reforma laboral de 2012 en su empeño por hallar soluciones a una crisis económica acompañada de una crisis laboral. Ciertamente el pensamiento mayoritario giraba en torno a la convicción de que cuanto más realista o cercana a las demandas empresariales sea la iniciativa ofrecida mayores serán las posibilidades de generar empleo. Bajo esta lógica, en la búsqueda de un resultado esperanzador, la regulación convencional ad hoc se presentaba como una alternativa sumamente recomendable siempre y cuando las fórmulas utilizadas permitieran incorporar reiteradamente ese necesario grado de adaptabilidad y, en definitiva, fueran capaces de admitir la posibilidad de someter su regulación a escenarios de negociación colectiva de un ámbito reducido. Cuestión distinta es pararse a juzgar si se ha conseguido o no generar empleo y combatir la adversidad que golpeó con crudeza nuestro mercado laboral (una vez más) o si, a la larga, ha supuesto una reducción de las condiciones laborales.

[15] Valdés Dal-Ré, F.: "Hacia un derecho común de la flexibilidad interna", *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 18, octubre 2012, Tomo II, Editorial La Ley, pp. 1-20.

[16] Vila Tierno, F.: "La flexibilidad interna a través de la reformulación de la estructura de la negociación colectiva tras las sucesivas reformas laborales: del RDL 7/2011 a la Ley 3/2012", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 33, 2013 (on line).

Aun así, sin ambición por pronunciarnos, en esta ocasión, sobre el tema, resulta esclarecedor al respecto el hecho de que las propuestas dibujadas por la emergente reforma del 2021 se centraron en este último aspecto. Después de todo, la reflexión final esbozada en los párrafos anteriores nos da una visión amplia y detallada de como las sucesivas reformas laborales, mediante una formulación de urgencia, han optado por priorizar la ocupación a costa de introducir rebajas legales. De hecho, ese ha sido el nexo de unión entre todas ellas al intentar atajar las susodichas crisis mediante actuaciones flexibilizadoras tendentes a potenciar la adaptabilidad en función de las necesidades empresariales.

En esta línea, la remisión a la negociación colectiva es variada en cuanto a su forma, situándonos frente a diversos escenarios. Escenarios que dieron pie tanto a una articulación general acogedora de la heterogénea diversidad de planteamientos mediante los cuales poder relacionarse con los convenios colectivos, como a una articulación específica enfocada en determinadas materias. Y, así, junto a la posibilidad de recurrir a esta segunda vía, nacía la facultad de establecer relaciones distintas respecto a dichas materias bien a favor del convenio colectivo sectorial, empresarial o al acuerdo de empresa entre otras muchas más alternativas. Como resultado, este alcance pese a que incrementaba la complejidad, ya de por sí elevada, también ampliaba las opciones flexibilizadoras por la utilización indistinta de unas y otras[17].

Precisamente, las sucesivas reformas laborales abanderadas de los esquemas flexibilizadoras[18], tienden a favorecer la aplicación de la supletoriedad (o en su caso de la suplementariedad), con suerte de que lo dispuesto en ámbitos superiores sólo resultaría aplicable en defecto de otra regulación completamente distinta en una esfera inferior. A decir verdad, la pérdida de rigidez es incuestionable; lo que antes era una norma imperativa absoluta, una norma de derecho necesario y que escapaba de la ordenación de mano de otras instancias, cede a favor de la posibilidad concedida a las partes negociadoras de regular en ámbitos cada vez más reducidos. Aunque, ello no se consigue exclusivamente a través de la articulación específica, sino también, mediante la reconfiguración de las reglas de articulación y concurrencia generales (art. 84 ET y sus excepciones)[19] en segunda instancia. Además, acompañando a todo lo anterior se encontraba otra de las medidas estrella como fue la ultraactividad legal limitada en el tiempo (supletoria a la convencional), que se suponía que iba a dinamizar los procesos negociadores, impidiendo la petrificación de las unidades negóciales.

En fin, este es el panorama que se encontró el legislador para abordar la empresa reformista en 2021. A partir de aquí debe construir el diseño con el que corregir las nuevas (y/o antiguas y persistentes) disfunciones (re)descubiertas en una reforma que nació para solventar las anteriores. Qué se hace entonces y cómo son interrogantes a los que nos someteremos a continuación.

2. ALGUNOS ELEMENTOS DE CONTRADICCIÓN RESPECTO A LA FLEXIBILIDAD EN LA REFORMA LABORAL DE 2021

Ya desde sus comienzos, el gobierno de coalición PSOE-Podemos apuntaba hacia unas metas legislativas ambiciosas en el ámbito laboral, con la vista puesta en la reversión de los cambios

[17] Si ponemos como ejemplo, la referencia del art. 34.2 ET (tiempo de trabajo) al acuerdo de empresa, éste, como fruto de la negociación colectiva -que incluye, ciertamente todos los acuerdos entre empleador y representantes de los trabajadores- puede regular, de igual manera, materias específicas, si bien, como es sabido, no hay una concreción mínima del acuerdo de empresa, salvo cuando, como acuerdo de reorganización productiva, se regula, v.gr., en el marco del art. 41 o 51 ET. Lo importante es que aquellos acuerdos constituyen parte de esa negociación colectiva de la que se analiza su contenido.

[18] V.gr. Preciado Domènech, C.H.: "La flexibilidad interna tras la Ley 3/2012, de 6 de julio", *Temas Laborales*, núm. 118, 2013. P. 14. *Vid*., también, Vila Tierno, F.: "La flexibilidad interna a través de la reformulación…" op. cit.

[19] *Vid*. de manera global el alcance de la reforma en Piñero, M., Valdés Dal-Ré, F. y Casas Baamonde, M.E.: "La nueva reforma Laboral", *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2012.

instados durante la reforma de 2012[20]. Así lo declaraban expresamente a finales de diciembre de 2019 en un documento conjunto que, como acuerdo para la legislatura[21], pusieron en conocimiento de la ciudadanía. Sobre aquel documento programático, configurado también a modo de texto-guion para la acción del gobierno, comenzaban a idearse un nuevo marco normativo futuro, así como una modificación, por fases, en el Estatuto vigente[22]. Reforma que, entre otras cuestiones, incluía propuestas concretas de cambio en materia de negociación colectiva.

En primer lugar, el referido programa reformista planteaba una nueva redacción del art. 86.3 ET respecto a la denominada ultraactividad del convenio colectivo.

Huelga decir que, sobre esta figura, se han ido sucediendo a lo largo del tiempo varias propuestas e incesantes modificaciones, lo cual nos obliga, irremediablemente, a remontarnos hasta el puente de diciembre de 2010 para disponer de una visión más amplia y global que nos permita comprender las incidencias acaecidas por las ulteriores reformas reflejada en la actual. Por aquel entonces, la regulación laboral establecía que, en caso de denuncia del convenio y con el objeto de evitar vacíos normativos, se estaría a lo ya pactado y, en su defecto, se seguiría aplicando la parte normativa del mismo. De facto, la consecuencia directa de ese planteamiento pasaba por mantener la regulación de las condiciones laborales que hubieran estado vigente mientras no se consiguiera pactar un nuevo convenio.

Con posterioridad, si avanzamos en la línea temporal propuesta, la reforma acontecida en 2011 pasó, a priori, casi desapercibida puesto que tras introducir unos tímidos topes temporales al proceso de negociación (cuyo reflejo quedaba comprendido en el marco procedimental del art. 89 ET), concluía con un efecto absolutamente contrario de absolutamente significativo. Y, es que, si se alcanzaba la extensión máxima del período de negociación[23] y no había solución vía intervención de terceros establecida por el propio precepto[24], los efectos se concretaban en el mantenimiento

[20] Con algunas previsiones a modo de eslogan que requieren, como se ha visto, una concreción más técnica en cuanto a su contenido real: "Derogaremos la reforma laboral. Recuperaremos los derechos laborales arrebatados por la reforma laboral de 2012. Impulsaremos en el marco del diálogo social la protección de las personas trabajadoras y recuperaremos el papel de los convenios colectivos.
En concreto y con carácter urgente…
…Derogaremos las limitaciones al ámbito temporal del convenio colectivo, haciéndolo llegar más allá de las previsiones contenidas en el mismo, tras la finalización de su vigencia y hasta la negociación de uno nuevo.
Derogaremos la prioridad aplicativa de los convenios de empresa sobre los convenios sectoriales..."

[21] *Coalición Progresista. Un nuevo acuerdo para España*. https://static.ecestaticos.com/file/b31/69e/9dd/b3169e9dda137e496f727965da00a505.pdf

[22] En el apartado 1 del Acuerdo - "Consolidar el crecimiento y la creación de empleo de calidad" -se compromete a la elaboración de "un nuevo Estatuto de los trabajadores del siglo XXI", con el objetivo, señalado expresamente, de derogar la reforma laboral de 2012 y la recuperación "urgente" de derechos laborales "arrebatados" por aquella. A tal efecto se preveía la creación de la Comisión de Expertos que ya estaba prevista en la DA 1ª del RDL 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo.

[23] El art. 89.2 establecía que "Denunciado un convenio, en ausencia de regulación en los convenios colectivos de acuerdo con el artículo 85.3, se procederá conforme a lo dispuesto en este apartado.
En el plazo máximo de un mes a partir de la recepción de la comunicación, se procederá a constituir la comisión negociadora; la parte receptora de la comunicación deberá responder a la propuesta de negociación y ambas partes establecerán un calendario o plan de negociación, debiéndose iniciar ésta en un plazo máximo de quince días a contar desde la constitución de la comisión negociadora.
El plazo máximo para la negociación de un convenio colectivo será de ocho meses cuando la vigencia del convenio anterior hubiese sido inferior a dos años o de catorce meses en los restantes convenios, a contar desde la fecha de pérdida de su vigencia".

[24] "Mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83, se deberán establecer procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso de los plazos máximos de negociación sin alcanzarse un acuerdo, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia jurídica que

de la vigencia del convenio colectivo. Ya a primera vista, sin ahondar demasiado, se aprecia la transcendencia que acompaña a esta supuesto, en tanto que podría haber ocasionado la extensión del convenio hasta su sustitución por otro posterior. Es más, de la propia redacción dispositiva así se dilucidaba al enunciar que: "En defecto de pacto, cuando hubiera transcurrido el plazo máximo de negociación sin alcanzarse un acuerdo y las partes del convenio no se hubieran sometido a los procedimientos a los que se refiere el párrafo anterior o éstos no hubieran solucionado la discrepancia, se mantendrá la vigencia del convenio colectivo".

No cabe, sin embargo, hacer una lectura literal de aquel contenido, puesto que, precisa ser matizado al amparo de la rúbrica que abre el apartado concreto de ese precepto: "Durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo…". Realizar este ejercicio, nos permite ponderar en cierto modo todo lo anterior de forma que, a pesar de que los plazos establecidos para negociar hubieran vencido, se podría mantener dicha negociación, aunque los efectos de la ultraactividad se concretaban en ese mantenimiento indefinido. Pero ¿qué significaba en este contexto, ese alcance indefinido?

Pues bien, para darle respuesta al anterior interrogante precisamos tener presente que, tanto antes como después de la reforma de 2012, era obligada la distinción entre ultraactividad convencional (preferente) y ultraactividad legal (supletoria). Dicha diferenciación permitía que las partes, en respeto a lo preestablecido por el art. 86 ET, fijaran la duración que estimaran oportuna en todos los procesos negociales y solo a falta de ese acuerdo se atendería a lo previsto en la Ley. Pero, ello suponía como efecto más destacable que si se pactaba una duración indefinida -o ésta era de esa naturaleza antes de las reformas operadas-, el anterior convenio solo se mantenía mientras siguiera vivo el proceso negocial, tal y como se había reconocido en el Orden Social.

En segundo lugar, con la actual reforma se planteaba la derogación del anterior art. 84.2 ET[25] y, con ello, la supresión de la prioridad aplicativa otorgada a los convenios de empresa sobre los sectoriales. Sin embargo, al menos formalmente, es el RDL 7/2011 y no la reforma de 2012, la que introduce esta prioridad aplicativa, de manera que si se dice que se quiere derogar esta última ¿qué pasa con la ordenación de la primera?

Ante todo, si atendemos a los elementos diferenciadores entre una y otra veremos que, mientras la regulación de 2011 establecía la opción de excluir este escenario mediante un acuerdo nacional o autonómico según art. 83.2 ET, la vigente en 2012 suprimía la remisión a dichos acuerdos. De ahí que, pareciera más acorde reanudar la legislación anterior a la reforma de 2011- aunque no se dijera expresamente-, derogando una norma que en su momento había regulado un Gobierno del mismo signo, lo que supondría, en tal caso, que la contrarreforma iría más allá de lo previsto en el año 2012.

Sensu contrario, y en tercer lugar, otro de los cometidos reformistas que conforman la presente enumeración: la modificación del art. 82.3 ET -el denominado descuelgue convencional-, si aparenta querer volver a la dirección marcada en el citado RDL 7/2011 por cuanto se ve circunscrito al "descuelgue salarial vinculado a causas económicas graves". En efecto, se planteó suprimir la

los convenios colectivos y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91. Dichos acuerdos interprofesionales deberán especificar los criterios y procedimientos de desarrollo del arbitraje, expresando en particular para el caso de imposibilidad de acuerdo en el seno de la comisión negociadora el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral por las partes; en defecto de pacto específico sobre el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio".

[25] "La regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior" (respecto a una serie de materias).

facultad de modificar cuestiones como el tiempo de trabajo, mejoras voluntarias, etc. pero nada se decía frente a la posibilidad de descolgarse del propio convenio de empresa -en el 2011 y antes solo era respecto al sectorial-, ni si las causas económicas graves son las contempladas o definidas en aquel RDL 7/2011 que es, al fin y al cabo, lo inmediatamente anterior a la reforma de 2012.

Por último, pero no menos importante, merecen ser nombradas dos cuestiones indirectamente influyentes en la negociación colectiva. De un lado, la modificación del art. 42.1 ET para limitar la subcontratación "a servicios especializados ajenos a la actividad principal de la empresa". Presumiblemente con la intención de evitar fenómenos como los sufridos por las camareras de pisos subcontratadas en el sector hotelero o más popularmente conocidas como las "Kellys". Y, es que, lamentablemente, a este colectivo con anterioridad a la legislación de 2021, se le venía aplicando un convenio distinto al de la empresa en la que se prestaban sus servicios, generalmente con cuantías salariales reducidas. Cuestión que algunos pronunciamientos judiciales habían esquivado estableciendo la equiparación salarial -v.gr. Sala de lo Social del TSJA/Málaga[26], con doctrina ahora rectificada-.

De otro lado, resulta notoria la declaración de intenciones recogida en la siguiente afirmativa: "Limitaremos la capacidad de modificación unilateral de las condiciones del contrato por parte de la empresa", cuya representación práctica quedó comprendida en el art. 41 ET, expresamente su apartado 1.5.2 cuando expresa su afán por "Recuperar los derechos laborales en los procesos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, revisando las causas y el procedimiento, garantizando su reversibilidad y su carácter negociado". Lo cual parecía que iba en dirección a limitar la posibilidad última de decidir unilateralmente otorgada a la empresa que, a su vez, supondría un refuerzo de la siempre olvidada figura de los Acuerdos de Empresa. Aunque finalmente, durante el proceso de diálogo social, esta previsión se ha quedado por el camino.

En síntesis, los cambios que se han producido, respecto a la negociación colectiva como instrumentos de flexibilidad, se han centrado sobre el sistema de articulación general, dejando casi a un lado el reparto de contenidos de la articulación específica por materias.

3. ALGUNOS SUPUESTOS DE ARTICULACIÓN ESPECÍFICA POR MATERIAS

Sin entrar de manera directa en las reglas propias del Título III ET, esto es, en el núcleo duro del Sistema de Negociación Colectiva, el legislador ha ido introduciendo elementos de flexibilidad en el convenio colectivo sigue siendo protagonista, pero mediante la dimensión que el ordenamiento laboral le reconoce a través de las formas clásicas de relación entre normas laborales -suplementariedad, supletoriedad y complementariedad frente a la exclusión-. Ello permite que, atendiendo a cada materia especifica, se va regulando un mayor o menor grado de decisión de los agentes sociales, con un más o menos pronunciado campo de actuación para la ordenación convencional. De este modo, se desciende del contexto de lo legal, a ámbitos más reducidos, en los que se tendrán más o menos opciones adaptativas para las partes negociadoras del marco de acción que la ley le reconozca a la autonomía colectiva, pero no ya de un modo general, sino a través de la ordenación de cada una de las materias o aspectos que componen la relación laboral y que disponen de un tratamiento separado en el ET.

Se configura así un ordenamiento flexible, que pretende situar cada una de las referidas materias en el nivel que se considera más adecuado para responder a los umbrales de adaptabilidad que

[26] *Vid*., sobre esta cuestión: Marcos Ramos, J.M. y Vila Tierno, F.: "¿Constituye el artículo 42 ET una excepción a las reglas de concurrencia de convenios colectivos? (a propósito de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Málaga, número 721/2017, de 19 de abril)", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Iustel, núm. 48, 2018 (on line), p. 6.

el legislador estima óptimos según la percepción que se integra en su ideario de política legislativa. Lo cierto es que la evolución durante muchos años se basó en la consideración de que la falta de mecanismos de flexibilidad o tener ésta muy constreñida conducía a un mercado de trabajo rígido cuya incidencia en el volumen y mantenimiento del empleo se entendía como negativa. No obstante, esta tendencia se ha invertido con la reforma laboral de 2012, con una importante reducción en la cota de flexibilidad, lo que puede, por ejemplo, constatarse de un modo claro, en la reducción de llamadas a la negociación colectiva que puede observarse, por ejemplo, en algunas instituciones como los contratos formativos[27].

Con las diferentes instituciones que admiten esta ordenación, se crea un complejo sistema de reenvíos de la ley al convenio que puede sistematizarse en la siguiente tabla[28] que no pretende ser exhaustiva respecto de lo contemplado en el ET en cuanto a relación ley-convenio, pero sí respecto a los principales elementos de flexibilidad interna en lo que entendemos articulación específica por materias:

Tipo de contrato	Remisión	Tipo de convenio	Referencia normativa
Contrato de formación en alternancia	Tiempo de trabajo Supletoriedad	General[29]	11.2 i)
	Retribución (en su defecto se fijan límites) Supletoriedad		11.2 m)
	Puestos de trabajo Suplementariedad	Sectorial	11.4 e)

[27] Con la reforma del año 2012, el cuadro -a los efectos de una posible comparación- era el siguiente:

Tipo de contrato	Remisión	Tipo de convenio	Referencia normativa
Contrato en prácticas	Determinar puestos de trabajo o grupos profesionales objeto de este contrato (adecuados) Complementariedad	Sectorial estatal o, en su defecto, en los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior	11.1 a)
	Duración del contrato (con límites de seis meses a dos años) Suplementariedad		11.1 b)
	Duración del período de prueba (en defecto de convenio 1 mes) Supletoriedad	Convenio colectivo en general	11.1 d)
	Retribución (en su defecto se fijan límites) Supletoriedad		11.1 e)
Contrato para la formación y el aprendizaje	Duración del contrato (con topes legales) Suplementariedad	Convenio colectivo en general	11.2 b)
	Experiencia profesional (suplementariredad)	No se especifica	11.2 c)
	Actividad a desarrollar	No se especifica	11.2 d)
	Tiempo de trabajo efectivo Doble posibilidad: márgenes superiores inderogables (suplementariedad) que admite, por tanto, regulación convencional hasta ese tope, en relación a la jornada fijada en convenio colectivo	general	11.2 f)
	Salario (suplementariedad)	Convenio colectivo general	11.2 g)

[28] De elaboración propia.

[29] No se remite a ningún tipo de convenio, pero se fija un tope absoluto que debemos entender como margen absoluto, dentro del cual, la negociación colectiva puede fijar un tope distinto.

Contrato para la obtención de la práctica profesional	Duración del contrato (Suplementariedad)	Sectorial	11.3 b)
	Período de prueba (supletoriedad)	General	11.3 e)
	Salario (suplementariedad)	General	11.3i)
	Puestos de trabajo Suplementariedad	sectorial	11.4 e)
Contrato a tiempo parcial	Modo de distribución de jornada	general	12.1
	Interrupción de la jornada laboral (supletoriedad)	general	12.4 a)
	Procedimientos conversión a tiempo completo (complementariedad)	general	12.4 e)
	Acceso a formación profesional para el empleo (complementariedad)	General	12.4. f)
	Topes de horas complementarias respetando los topes legales -30/60%- (suplementariedad) 15/30% (suplementariedad)	general	12.5 c) y g
	Preaviso para la realización de horas complementarias (supletoriedad)	general	12.5 d)
	Topes de jornada	general	12.5 h)
	Reconocimiento de derechos. Proporcionalidad.	general	12.4 d)
	Comunicación de existencia de vacantes indefinidos (complementariedad)	general	12.4 e)
Contrato de relevo	Fomento de la contratación (complementariedad)	general	12.7 e)
Período de Prueba	Duración Supletoriedad Para empresas con menos de 25 trabajadores-Suplementariedad Contratos < 6 meses (supletoriedad)	general	14.1
Circunstancias de la producción	Imprevisible u oscilaciones: Duración (suplementariedad)	sectorial	15.2
Sustitución	Causas de sustitución Y topes de duración para proceso de selección	general	15.3
Contratación temporal y conversión en indefinidos y formación	Criterios objetivos de transformación en indefinidos, planes de reducción temporalidad, criterios generales de proporcionalidad y preferencia (complementariedad) Vías de acceso a formación profesional (complementariedad)	general	15.8
Fijos-discontinuos	Forma y orden de llamada (complementariedad)	general	16.3
	Topes máximos de inactividad entre subcontratas	sectorial	16.4 16.5 16.7
	Posibilidad de celebración a tiempo parcial (complementariedad)		
	Bolsa de empleo (complementariedad)		
	Conversión en indefinidos		
	Mismos derechos de conciliación o inexistencia de perjuicios	general	16.6
Sistema de clasificación profesional	Sistema de clasificación por grupos (complementariedad)	General o acuerdo de empresa	22.1

Salario	Estructura (complementariedad)	General o contrato de trabajo	26.3
	Pagas extras (momento pago y cuantía) Complementariedad	general	31
Jornada	Duración	General o contratos de trabajo	34.1
	Distribución irregular y compensaciones (con topes, suplementariedad, para el máximo de jornada)	General o acuerdo de empresa	34.2 34.3
	Descansos jornadas continuas	General	34.4
	Registro	General y acuerdo de empresa	34.9
Horas extras	Compensación (suplementariedad) Carácter obligatorio de las pactadas	General o contrato general	35.1 y 4
Trabajo nocturno	Retribución	general	36
Vacaciones	Mínimo (suplementariedad), Períodos de disfrute,	General	38
Movilidad funcional	Limitaciones de ascenso/ Por otra parte, respetando el régimen legal puede haber cambios en convencional (aunque no se especifique en la norma)	General	39
Movilidad geográfica	Traslados (mínimos de compensación por convenio) Prioridad de permanencia Por otra parte, respetando el régimen legal puede haber cambios en convencional (aunque no se especifique en la norma)	General Pero lo esencial es la flexibilidad vía acuerdo en Período de consultas	40
MSCT	Respetando el régimen legal puede haber cambios en convencional (aunque no se especifique en la norma)	Lo esencial es la flexibilidad vía acuerdo en Período de consultas	41
Subcontratación	Régimen convencional	Varios	42
Suspensión	Respetando el régimen legal puede haber cambios en convencional (aunque no se especifique en la norma)	General	45
ERTE	Acuerdos en períodos de consultas	Acuerdos	47

Y ello al margen de otras posibilidades no relacionadas en el ET como el contrato indefinido adscrito a obra, el trabajo a distancia…

En términos generales puede decirse que la norma legal concede un amplio margen de acción a la negociación colectiva, cuestión distinta es que ésta aproveche todo el espacio que se le concede. Además, no tiene porqué limitarse a las remisiones explícitas, sino que otros extremos que no han sido expresamente abordadas en la ley podrían ser directamente abordadas por la normativa convencional. Sin embargo, una primera aproximación al contenido de la negociación colectiva, nos lleva a afirmar que, en términos generales, poco establecen como novedoso frente a la ley. Ello no quiere decir, sin embargo, que no exista una ordenación convencional de los elementos de flexibilidad interna, sino que el contenido de la misma, a pesar de lo extenso carece, en su mayor parte, de elementos significativos. Sea como fuere, en cualquier caso, aunque el convenio colectivo se limite a reiterar lo que dice la ley, no debe desdeñarse la función pedagógica y de utilidad práctica que tiene esto para el trabajador que, de este modo, no debe enfrentarse a la dispersión normativa, teniendo como referencia fundamental, en tal caso, la norma que le resulta más cercana.

4. A PROPÓSITO DE ALGUNOS ELEMENTOS CLAVES DE FLEXIBILIDAD INTERNA EN EL MARCO DE LA ARTICULACIÓN GENERAL

4.1. La nueva regulación de la ultraactividad

La influencia final de la reforma laboral de 2021 operada sobre esta institución ha de ser tratada como uno de los hitos más destacados de las propuestas legislativas impulsadas por la misma. Cuestión bastante destacable ya que, a fin y al cabo, en términos generales, las modificaciones en ella recogidas suelen ser tratadas como "laxas" o "descafeinadas" si entramos a compararlas con el decisivo efecto derogador que informa en su conjunto a la reforma de 2012. Pese a ello, atendiendo a este particular en concreto, como apuntamos, la actual reforma si ha superado las expectativas infundadas. Tanto es así que no solo ha rescatado parte de lo promulgado en el año 2011 sino que además, finalmente, lo ha superado hasta el extremo de reconducir y reformular la regulación de la ultraactividad de un modo absolutamente diferente.

En este sentido, se ha mantenido la regulación legal como supletoria frente al acuerdo convencional. De esta forma se dota de continuidad, aún con grandes modificaciones, a la separación establecida entre la misma en diferentes apartados con la intención, al menos en apariencia, de deslindar sus efectos. Además, se ha establecido como consecuencia última que "en defecto de pacto, cuando hubiere transcurrido el proceso de negociación sin alcanzarse un acuerdo, se mantendrá la vigencia del convenio colectivo". A partir de esta nueva disposición, que requiere, no obstante, un análisis más profundo, comienzan a surgir matizaciones proyectadas aquellas respuestas jurisprudenciales que venían interpretando las consecuencias de una ultraactividad en sentido genérico. Las cuales, por cierto, nunca habían sido tan categóricas respecto al mantenimiento de la vigencia del convenio *sine die*.

De cualquier forma, confesada la complejidad del asunto, simplemente adelantaremos la que nos parece una reflexión más decisiva y que no podemos pasar por alto puesto que sobre ella se fundamentaremos el resto de nuestro examen. Concretamente queremos subrayar lo ya acontecido y, es que, puede que se haya transformado la propia naturaleza de la institución – queda dicho– de forma que la pervivencia del convenio simula no estar sometida al requisito de la continuidad de la negociación enfrentando así las tesis defendidas hasta ahora. Queda entonces al descubierto un renacido reclamo que nos obliga a reflexionar sobre el propio concepto y naturaleza de la institución, ya que, en este proceso de cambio puede que se haya terminado por denominar o incluir, vía interpretativa, algo que no forma parte de la misma.

4.1.1. Sobre la naturaleza y la regulación formal de la institución de ultraactividad

Tradicionalmente se ha asimilado la ultraactividad con "una prórroga provisional y de carácter excepcional, cuya finalidad legal no es otra que salvar el vacío normativo temporal, desde la denuncia, en tiempo y forma, de un convenio colectivo, hasta la adopción de un nuevo acuerdo"[30]. A partir de esta definición salen a luz los siguientes aspectos de especial interés sobre los que nos detendremos más delante:

a) Su explotación para la prórroga en la aplicación del convenio.

b) Nos referimos a un instrumento de aplicación, exclusivo, respecto a los convenios colectivos, por lo que su configuración es fruto de la propia negociación colectiva

[30] López Sánchez, C.: "Pérdida de vigencia de los convenios y crisis económica", *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 5, núm. 8 (Dic), 2012, pp. 113 y ss.

y, de forma supletoria, de la regulación legal[31], teniendo en cuenta, al respecto, la interpretación judicial;

c) Lo anterior insta a puntualizar dos cuestiones derivadas de ello. Primero, que la duración prolongada vía ultraactividad dependerá de lo que establezcan los mismos negociadores. Y, segundo, que la consecuencia determinada por ley, eran, con la normativa anterior, la aplicación del convenio colectivo de ámbito superior[32], mientras que en su redacción actual, el precepto estatutario determina que, en defecto de pacto entre las partes, se garantiza el mantenimiento o vigencia del convenio en los términos que determina el mismo legislador.

En cualquier caso, resulta complejo querer aplicar una institución que carece de definición legal. Es más, tal concepto ni se menciona por el legislador -que se limita a reconocer unos efectos que situamos dentro de la esfera de aquella-. A partir, no obstante, de la regulación legal, se puede concluir que estamos ante un instrumento que tiene una finalidad concreta, la de garantizar la supervivencia de un marco normativo para evitar una laguna en la ordenación de las relaciones laborales. Es, en consecuencia, una figura que se regula como una norma especial, frente al derecho común -y la teoría general de los contratos- y que responde a la especial caracterización del convenio colectivo como híbrido norma-contrato. En este sentido, cuando una de las partes denuncia, de manera unilateral, el convenio -en este caso con alma de contrato-, lo hace con el ánimo de su decaimiento, de poner fin a la duración del contrato colectivo, a diferencia de la prórroga, en la que no concurre dicho ánimo, sino el de su supervivencia, si bien, la intención de la parte que denuncia, suele ir unida al ánimo de sustitución del convenio por otro posterior. En ese período temporal, se permite la extensión en la aplicación del anterior, en tanto no exista un nuevo marco convencional. Eso es lo que se entiende por ultraactividad. Lo que ha ido cambiando es su alcance y efectos.

Por su parte, la tarea de regular, de forma completa, la vigencia -entendida, entonces, en sentido amplio- del convenio colectivo[33] queda encomendada al art. 86 ET. A la par, como quiera que éste el convenio, se trata de una institución a la que se ha reconocido su doble naturaleza como norma y como contrato, por lo que este precepto defiende simultáneamente la libertad con la que ha dotado el legislador a las partes para fijar el ámbito temporal del mismo. Es más, su aplicación, como consecuencia directa de la eficacia normativa y general desprendida, se extenderá, durante el tiempo que expresamente hayan pactado las partes, a todos los sujetos que queden dentro del ámbito dispuesto mientras no sea derogado el susodicho convenio por otro posterior.

Queda, por tanto, supeditada a los intereses de los negociadores la oportunidad de acordar una duración temporal[34] distinta cuya fecha de vencimiento debería suponer el decaimiento del convenio colectivo. Sin embargo, el legislador se aparta de este efecto por varias razones. En primer lugar porque la doble naturaleza del convenio colectivo como norma y como contrato determina una regulación específica dista a las de las reglas generales. Además, esa peculiar cualidad le permite, en función de la voluntad de las partes, optar tanto por asignar duraciones diversas a las distintas partes

[31] Cruz Villalón, J.: "Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 12, 2013, pp. 199 y ss.

[32] Martínez Moreno, C.: "La vigencia del convenio colectivo estatutario. Problemática general y análisis en particular de la ultraactividad" en Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N. y Tomás Jiménez, N. (Coords.) *et al*: *El sistema de negociación colectiva en España: estudio de su régimen jurídico*, Aranzadi, 2013, pp. 587-625.

[33] En sentido amplio y de forma ya tradicional, *vid*. v.gr. Rodríguez Sañudo Gutiérrez, F.: "Vigencia de los convenios colectivos de trabajo", en *Comentario a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, tomo XII, volumen 2.º, Edit. Revista de Derecho Privado, 2.ª edición, Madrid, 1995.

[34] González Ortega, S.: "Vigencia y ultraactividad de convenios colectivos", *Temas Laborales*, núm. 76, 2004, p. 158.

del convenio como por revisar en cualquier momento lo pactado aún vigente el mismo. Facultad que configura a la duración del convenio, en sí misma, como un importante mecanismo de flexibilidad. Y, en segundo lugar, con mayor prominencia si cabe, el legislador rechaza el hecho de que la fecha de vencimiento pueda quedar determinada al momento en que decae el convenio con independencia de la circunstancia que recubra el caso. A su vez, esa fecha marca el instante exacto a partir del cual comienza a correr el periodo de tiempo en el que se puede cometer, o no, la la denuncia de la norma convencional de modo que según acontezca o no ese acto, se descaderaran unos concretos efectos, a saber:

a) si no hay denuncia, entonces, se prorroga anualmente el convenio un número indefinido de veces.

b) *a sensu contrario*, si se da tal denuncia, expresamente se constata la voluntad de poner fin a la aplicabilidad de aquel convenio o de sustituirlo por otro, aunque, mientras llega ese efecto, continúa siendo aplicable el vigente por intermediación de la ultraactividad.

En cualquiera de las alternativas nombradas, el instrumento de la denuncia condiciona la materialización definitiva de la duración del convenio de un modo mucho más decisivo que su propia fecha de vencimiento. Sobre dicho efecto son dos las disposiciones estatutarias que servían de referencia. Por un lado, el art. 85.3 d) ET alude tanto a la propia denuncia como a los plazos y formas en que puede producirse, compeliendo, por añadidura, a los interesados a incluirla como contenido mínimo del convenio colectivo. Por otro lado, y de no cumplirse el requerimiento anterior, operarán los efectos señalados en el art. 86.2 ET mediante el siguiente enunciado: "salvo pacto en contrario, los convenios colectivos se prorrogarán de año en año si no mediara denuncia expresa de las partes".

De la lectura de ambos postulados resalta el reconocimiento de la prórroga como un mecanismo que actúa siempre en régimen de supletoriedad para los casos en los que rechazamos u obviamos la idoneidad de la denuncia. En efecto, desde esta óptica, las partes pueden replantearse acudir a dicha prórroga a la vista de los efectos que se atribuyen hoy a la ultraactividad legal en defecto de la convencional. Junto con esta premisa, es importante tener presente que el convenio se denuncia con una finalidad concreta que, en algunos casos será única y exclusivamente el deseo de que el convenio entre en ultraactividad o de que este decaiga (vid. jurisprudencia). Entonces… ¿desaparece esta posibilidad? ¿se vincula ahora necesariamente la denuncia a la sustitución de un convenio por otro?

Hasta ahora, la duración fijada inicialmente en el convenio y la fecha de expiración, tenían un papel esencial. Este no era otro que el facultar a las partes para decidir si dar continuidad al convenio o plantear su decaimiento, ya sea mediante la prórroga o mediante la ultraactividad. Nos encontramos en este punto ante una contraposición de intereses. En un extremo queda la apuesta por el mantenimiento del convenio para evitar un vacío normativo provocado por la pérdida de su vigencia y, en el otro extremo, de manera absolutamente contrapuesta, se sitúa la oposición a la llamada petrificación de la negociación colectiva, con el propósito de huir de la permanencia continuada del fruto de la negociación. Surge, además, la posibilidad de hacer más ágil la transición entre convenios -anterior y posterior-, provocando la desaparición del que ha sido objeto de denuncia, ha sido interpretado como una variable que contribuye a la flexibilidad en aplicación del art. 86.3 del ET"[35].

Pero, no es menos cierto que la continuidad del marco legislativo de aplicación contribuía a la seguridad jurídica, y ello se conseguía mediante el mantenimiento de los instrumentos que forman

[35] González Ortega, S. 2004, op. cit. p. 136.

parte del orden normativo en tanto no se aplicara el principio de modernidad. Lo que tenía su máxima expresión a través de la ultraactividad.

4.1.2. En atención a los cambios operados por la reforma del 2021

Como vemos, a partir de los cambios sustanciales propuestos por la reforma laboral del pasado año 2021, la legislación actual de esta institución bien podría decirse que, tal y como advertíamos, estamos ante una verdadera derogación de los aspectos más relevantes de la reforma de 2012, retornando, por tanto, a la regulación de 2011 mejorada. Sobre este particular podemos terminar de definir, de forma esquemática como ejercicio comparativo y a modo de resumen, las principales características de esta institución tras los cambios sufridos.

a) Quedan delimitado el contenido de los efectos provocados por la denuncia del convenio subdivididos en dos apartados, cada uno con una función distinta. El primero de ellos se limita a regular la ultraactividad "tradicional" dejando al segundo las consecuencias desencadenadas tras la misma. Se utiliza, en este sentido, la misma fórmula (aunque de diferente contenido) que en 2012, con la peculiaridad de haber contemplado epígrafes separados para dotarles de mayor autonomía, al menos, formalmente.

b) Nuevamente, se describe la repercusión de la ultraactividad mediante el uso de la conocida fórmula encaminada a priorizar el pacto sobre los efectos desprendidos del convenio colectivo y, en su defecto, lo contemplado en el precepto legal. En otras palabras, se regula una ultraactividad convencional (prevalente) y una ultraactividad legal (supletoria) y, además, continúan las restantes posibilidades de ultraactividad convencional mediante la opción de celebrar acuerdos parciales.

c) Queda suprimida la delimitación inicial de un marco temporal sobre el que encuadrar a la ultraactividad y que se corresponda con el periodo de negociación. No obstante, continuamos apreciando un periodo temporal para la ultraactividad legal.

d) Igualmente, se extingue la obligación de que los Acuerdos, estatales o autonómicos, del art. 83 ET en materia de solución extrajudicial de conflictos conflictos -v.gr. SERCLA-, recojan procedimientos (como por ejemplo el arbitraje) para tratar de solventar los problemas que susciten la falta de acuerdo una vez transcurrido el plazo máximo expresamente establecido para la negociación del convenio. También queda fuera de la regulación actual el que el art. 85.3 ET establezca como contenido mínimo de los convenios colectivos tales medios de resolución aunque, si se incluye una referencia a los mismos que puede ser determinante.

e) Además, en lugar de los plazos máximos para el proceso negocial (arts. 85.3 ET y art. 89 ET) se fijan, en un primer momento, el tope de un año para alcanzar un acuerdo una vez denunciado el convenio. Y, superado ese plazo, nace la obligación de acudir a la mediación (art. 83 ET) o arbitraje si estuviera previsto. De este modo, de forma indirecta también se está acotando la duración de la ultraactividad que viniese vinculada a la concurrencia del proceso previo a la negociación. Límite que nuevamente se establece en un año. Lamentablemente no queda del todo claro las consecuencias derivadas de su incumplimiento, ni si cabe o no, la posibilidad de simultanear las sesiones propias de los medios alternativos de resolución de conflictos con nuevos reintentos de negociación. Por fortuna, lo que si establece con

claridad es que, o bien en ausencia de éxito de aquel procedimiento, o bien si llegado el término no hubiera acuerdo aplicaremos el efecto final previsto por el legislador.

f) Por último, se estipula, al igual que en el 2011, el mantenimiento de la vigencia del convenio. Consecuencia que, según se considere puede ser para la ultraactividad o para la post-ultraactividad. Pese a ello, en la actualidad ya no depende del fracaso de la vía de solución de conflictos o *si han transcurrido los plazos máximos de negociación,* sino como expresamente se indica, del hecho de que *"hubiere transcurrido el proceso de negociación sin alcanzarse un acuerdo"* y de que no hubiera pacto en otro sentido -ultraactividad convencional prevalente-.

Observadas estas novedades, las dudas suscitadas germinan sobre este último punto en torno a qué se quiere decir cuando se estipula que "*hubiere transcurrido el proceso de negociación*" puesto que, obviamente, no podemos asimilarlo al hecho de agotar los plazos máximos de negociación[36].

En cualquier caso, lo más relevante, es que cambian las reglas de juego, de manera que ahora la ordenación es la siguiente: en primer término, se estará a lo que pacten las partes sobre la duración y régimen de la ultraactividad (convencional o pactada) y, si no hay acuerdo expreso al respecto, de manera supletoria se aplicará el régimen dispuesto en los arts. 86.3 y 4 ET (legal). En este último caso, se prevé que desde la denuncia del convenio se mantiene el convenio (salvo las cláusulas de paz laboral), hasta que transcurra un año desde aquel momento. Llegado ese punto, existe la obligación legal de acudir al mecanismo de solución de conflictos que pudiera resultar aplicable (acuerdos del art. 83 ET). Mientras que se genera o no una solución por esta vía y, a falta de la consecución de un acuerdo transcurrido el procedimiento de negociación -al que se ha hecho referencia durante un año y mientras no se alcanza una solución el procedimiento extrajudicial o no se consigue- se mantendrá la duración indefinida del convenio colectivo denunciado, pero, entendemos, que esto no quiere decir una duración eterna, sino que, conforme a la naturaleza y finalidad de la ultraactividad, eso debe ser mientras el proceso de negociación no ha fracasado de manera absoluta y se mantiene viva la unidad de negociación (conforme a la doctrina jurisprudencial). Esto supondría rescatar las soluciones que los órganos de justicia ya venían dando al respecto y, en caso de acreditarse la ruptura definitiva de la negociación, veían como vía más plausible, acudir al convenio colectivo de ámbito superior (si lo hubiere) -v.gr. STS de 20 de junio de 2012- Esta fórmula que fue la que adoptó la reforma laboral de 2012 (pero con la obligatoriedad de ponerla en marcha un año después de la denuncia), nos llevaba a que, a falta de aquel convenio de ámbito superior, operaba la contractualización de las condiciones laborales -v.gr. STS 18 de octubre de 2016-, efecto que se daría ahora en las mismas circunstancias. El cambio, por tanto, es que ahora, la regla general es el carácter indefinido de la duración de la ultraactividad tras el paso por un procedimiento de solución de conflictos, obligatorio, a un año de la denuncia, pero esa regla general no debe, ni tiene, porqué afectar a la naturaleza y finalidad de una institución que es para lo que es: mantener un convenio vigente, mientras se negocia el siguiente. Si se constata la posibilidad de esto último, desaparece la razón de ser de esta solución que no deja de ser temporal -aunque de duración indeterminada- y se aplicarán las respuestas que nuestra doctrina judicial daba al respecto[37].

En este sentido, cobran especial importancia elementos fácticos como, coloquialmente, no levantarse de manera definitiva de la mesa de negociación o el contenido de las actas de las reuniones,

[36] En un caso se agota el proceso en sí, en otro, únicamente los plazos. Mientras que éstos últimos pueden superarse y verse sobrepasados, si el proceso ha finalizado, no cabe opción alternativa para darle continuidad.

[37] Vila Tierno, F.: "Unas Mínimas Reflexiones En Materia De Contratos Y Negociación Colectiva En La Reforma Laboral 2021 (RDL 32/2021)", *TRABAJO, PERSONA, DERECHO Y MERCADO, Nuevos retos del mercado laboral: Pobreza en el trabajo, economía colaborativa y envejecimiento*, http://grupo.us.es/iwpr/2022/01/14/unas-minimas-reflexiones-en-materia-de-contratos-y-negociacion-colectiva-en-la-reforma-laboral-2021-rdl-32-2021/

que será determinante, en su caso, para concretar la posible ruptura de la negociación (por ejemplo, por posturas obstruccionistas anteriores).

Por último, con relación a la ultraactividad una última duda. La relativa a la relación entre ésta y concurrencia a la luz de la relativamente reciente STS de 5 de octubre de 2021. Si, en virtud del fallo de esta resolución, la concurrencia entre convenios no se extiende a los períodos de ultraactividad, se podría entender que, denunciado el convenio, desaparece la prohibición de concurrencia para negociar convenios que pudieran invadir ámbitos cubiertos por la unidad negociadora de aquel convenio denunciado o, lo que en la práctica podría traducirse en que, un convenio de empresa podría negociarse, denunciado el sector, sin los límites de la prioridad aplicativa del art. 84.2 ET. En cualquier caso, hemos manifestado, y seguimos haciéndolo, que dicha sentencia no se puede interpretar en esos términos de manera absoluta, porque nos llevaría al absurdo de posibilitar de que, en pleno proceso de negociación para obtener un nuevo convenio, hubiéramos visto como una parte de aquél, ha sido objeto de regulación por otro, sin que se respetara la vigencia de la unidad de negociación del anterior. Y, ello supondría, por ejemplo, que habría que actuarse de manera un tanto forzada. Esto es, se tendría que negociar el nuevo convenio sin abrir formalmente un proceso de negociación, sin que se denunciara (porque parece que la prórroga si podría mantener la concurrencia) o durante la vigencia del anterior y, solo cuando se tuviera el acuerdo cerrado, proceder a la denuncia e inmediata firma del nuevo. En cualquier caso, no compartimos la interpretación de esa STS 958/2021, de 5 de octubre, porque la propia Sala de lo Social del TS había venido interpretando lo contrario en otras resoluciones (v.gr. STS 1045/2018, de 12 diciembre) y estamos seguros de que, más pronto que tarde, se cambiará esta doctrina judicial[38].

4.2. Los relevantes cambios en materia de prioridad aplicativa del convenio de empresa

Reiteradamente se venía, y se continúa, diciendo que la intencionalidad de la reforma era restituir al convenio colectivo sectorial como eje principal del sistema. Y, si fuera así, para ello debía quedar silenciada la prevalencia del convenio colectivo de empresa. Por esta vía, la flexibilidad resultante supondría una diferenciación transcendental entre las condiciones laborales de los/las trabajadores/as de un sector y los de una empresa en particular con la misma actividad y que hubiera negociado las condiciones conforme con los permitido por el art. 84.2 ET. "Derogaremos la prioridad aplicativa de los convenios de empresa sobre los convenios sectoriales", con estas palabras transmitían dicho empeño las propuestas recopiladas por el Gobierno de coalición. Sin embargo, a pesar de la contundencia originaria, el resultado final ha sido demasiado suave y contenido limitándose a eliminar la referencia a la cuantía salarial. Aun cuando los principales problemas se estaban produciendo por la rebaja de las condiciones que ese mismo art. 84.2 ET introducía en el marco de las subcontratas y el propio art. 42 ET.

Independientemente, y sin pasar por alto el escaso calado de tales cambios, para solventar estas deficiencias, se reformula el régimen de articulación de convenios recurriendo a dos posibles vías: de un lado, precisar como convenio de referencia el del sector de la actividad desarrollada (sin obviar la elección de otro distinto conforme al Título III del ET) y, de otro lado, dejando claro que, si el contratista o subcontratista ostentara su propio convenio este se aplicaría sin la posibilidad de rebajar la cuantía salariar marcada en el convenio sectorial (en virtud del art. 84 ET).

4.2.1. La excepción a la regla general de concurrencia

La rigidez o firmeza característica de la regla general de concurrencia, piedra angular de todo el entramado en su conjunto, aún conserva intacta su redacción inicial de 1980. Por ese entonces el

[38] *Ibídem*.

enunciado del art. 84 ET rezaba lo siguiente: *"Un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto, salvo pacto en contrario…"*. Este imperativo que se mantiene en la actualidad informa de que en caso de concurrencia entre convenios de distinto ámbito, se aplicará el primero en el tiempo -*prior in tempore, potior in iure*-. Por ello, cuando un convenio colectivo se propone regular una materia excluye al anterior motivado con la misma empresa. No obstante, si se lograra eludir la prohibición de concurrencia y se negociara al margen de esta un segundo convenio en el tiempo que invade la unidad de negociación del primero, tendría como resultado únicamente la inaplicación en el ámbito coincidencia sea cual sea la dimensión de uno u otro. Esto es, además, consecuencia directa derivaba del establecimiento de un mismo rango para todos los convenios estatuarios desechando jerarquías[39].

Queda así establecida bien la imposibilidad de generar nuevas unidades de negociación y de negociar, por tanto, nuevos convenios, o bien, la inaplicación del convenio negociado en segundo lugar. A tenor de la literalidad de la exigencia marcada, la imposibilidad de negociar un convenio colectivo si hay otro vigente de un ámbito superior es correcta. Mientras que, por el contrario, si el que existe es de ámbito menor y se quiere negociar otro de ámbito superior debe producirse una inaplicación en el ámbito de concurrencia.

En la práctica, esta contención a la hora de crear nuevos escenarios que permitiesen elaborar de unidades de negociación adicionales para respetar lo previamente pactado, era categorizada como el principal elemento responsable de la rigidez del sistema. Lo cual explica que la segunda parte del precepto invitase, desde aquella regulación primaria, a establecer, como toda regla general, sus excepciones. Aunque bien es cierto que en su primera ordenación en el año 80 se limitaba a la posibilidad prevista en el art. 83.2 ET.

Con el tiempo, paulatinamente, se va ampliando la esfera de acción sobre la que tienen cabida las citadas excepciones con el objeto de introducir cierta flexibilidad. Así pues, con la reforma operada por la Ley 11/1994 ya comenzaban a aflorar los primeros brotes que permitían la posibilidad de negociar en ámbitos superiores a la empresa aun cuando estuviera vigente un convenio en ese mismo ámbito. Claro está, para ello, debían cumplirse ciertos requisitos consistentes en una reserva de materias no negociables por ese segundo convenio y "siempre que dicha decisión obtenga el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la Comisión Negociadora en la correspondiente unidad de negociación".

Seguidamente, esos primeros brotes fueron agarrando forma potenciados con la llegada del el art. 1 RDL 7/2011 -"*Estructura de la Negociación colectiva y concurrencia de los convenios colectivos*"- por la que se le da una configuración a los arts. 83 y 84 ET. Estructura muy similar a la que finalmente se establece en 2012 y se repite en 2021 con el régimen transitorio que al efecto se regula[40].

---

[39] López Aniorte, M.C.: "Concurrencia de convenios y atomización de la negociación colectiva", Murcia, Laborum, 2015. https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/45173/1/Lopez%20Aniorte_Concurrencia%20de%20convenios%20y%20atomizacion%20de%20la%20negociacion%20colectiva.pdf

[40] "Disposición transitoria sexta. Aplicación transitoria de la modificación del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores prevista en esta norma.
1. Sin perjuicio de la preferencia aplicativa dispuesta en el artículo 84.1, la modificación operada en el apartado 2 de dicho precepto por el presente real decreto-ley resultará de aplicación a aquellos convenios colectivos suscritos y presentados a registro o publicados con anterioridad a su entrada en vigor una vez que estos pierdan su vigencia expresa y, como máximo, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de este real decreto-ley.
2. Las modificaciones operadas en el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores no podrán tener como consecuencia la compensación, absorción o desaparición de cualesquiera derechos o condiciones más beneficiosas que vinieran disfrutando las personas trabajadoras.

Se procede, entonces, a una fórmula a priori equivalente -"*salvo pacto en contrario, negociado conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del art. 83 y salvo lo previsto en el apartado siguiente*"-, pero que abre paso a una enumeración más amplia de excepciones a esa regla general primaria. De esta forma, se hace un llamamiento a los convenios colectivos o acuerdos del art. 83.2 ET para que así, fijen una estructura negocial que, al mismo tiempo, queda completa con las reglas descentralizadoras del art. 84 ET[41], las cuales tienen como único objeto de remisión directo desde la regla general, la prioridad aplicativa del convenio de empresa[42].

4.2.2. El funcionamiento de la excepción

De entre las reglas de flexibilidad interna previstas en el art. 84 ET la más significativa por su alcance, utilización y transcendencia es, sin duda, la prioridad aplicativa del convenio de empresa. La finalidad del cambio venía para hacer frente a lo que se venía reconociendo en la EM del RDL 32/2021, cuando se afirmaba que "*las empresas, en lugar de utilizar los mecanismos de flexibilidad interna concebidos para afrontar situaciones coyunturales cambiantes, han utilizado los convenios colectivos, instrumentos negociados con una determinada vocación de permanencia, como convenios empresariales de descuelgue que más que crear una unidad de negociación nueva se han comportado como un sucedáneo de la citada inaplicación o descuelgue*".

Este hecho ha suscitado que, a pesar de preservar en 2021 la prevalencia en términos absolutos del listado de materias que conforman el marco de aplicación que se adoptó con la reforma de 2012, sin condicionantes asociados a la posible limitación por convenio colectivo o acuerdo marco del art. 83.2 ET, se elimina, como ya señalamos anteriormente, la relativa a la remuneración salarial. Este cambio puntual, va a tener una enorme transcendencia, hasta el punto de "*Fortalecer la negociación colectiva sectorial como instrumento de gestión de la política salarial, favorecedora de un cambio de la especialización productiva menos centrada en un uso intensivo de trabajos descualificados y poco remunerados. La clave de la preferencia del convenio empresarial, que facilitaba en las microempresas la devaluación salarial, viene corregida con el simple expediente de eliminar dicha preferencia respecto de la cuantía de la retribución. Ello va a permitir un papel protagonista a los convenios sectoriales, esperemos sobre todo de los estatales, de modo que los mismos marquen la evolución general de los salarios de modo homogéneo, conjurando los riesgos de prácticas de competencia desleal en costes salariales y modelos basados en la baja productividad y escasa innovación tecnológica. La recuperación de la ultraactividad del convenio puede coadyuvar a este resultado*"[43].

3. Los textos convencionales deberán adaptarse a las modificaciones operadas en el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores por la presente norma en el plazo de seis meses desde que estas resulten de aplicación al ámbito convencional concreto, de conformidad con lo previsto en el apartado primero de esta disposición".

[41] Vila Tierno, F.: "La reforma de la negociación colectiva", *Miramar*, núm. 187, 2011, p. 27. Gorelli Hernández, J.: "Las nuevas reglas sobre concurrencia de convenios", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, IUSTEL, núm. 28, 2012, pp. 24 y ss.

[42] Pero ello nos lleva, necesariamente, a plantearnos una cuestión: ¿pueden los convenios colectivos libertad absoluta para regular lo que quieran y cómo quieran? Precisamente las excepciones a aquella regla general determinan más de una materia que puede ser ordenada convencionalmente (v.gr. 84.2 ET). Pero, de igual forma, existe una remisión a la negociación colectiva constante a lo largo del Estatuto de los Trabajadores a través de la que hemos llamado articulación específica por materias (es, por ejemplo, bastante significativa la diferente ordenación respecto a la contratación temporal en el art. 15 ET).

De lo anterior puede deducirse, por tanto, que cuando un convenio colectivo dispone una regulación sobre cualquier materia, en los márgenes legales que el legislador le ha concedido, queda excluida cualquier otra posterior durante su período de vigencia como consecuencia de la prohibición de concurrencia, salvo las excepciones tasadas. De este modo, en combinación con la articulación específica, lo que interesara es a qué tipo de convenio se remite la norma legal -sector, sector estatal, empresa…- y, como a partir de la misma se estructura de un modo más o menos flexible la regulación de una materia concreta.

[43] Cruz Villalón, J.: "Una reforma estructural con futuro", Diario El País, 29 de diciembre de 2021, https://elpais.com/economia/2021-12-29/una-reforma-estructural-con-futuro.html.

O dicho de otro modo "*rompe*(r) *la espiral de devaluación salarial como instrumento para obtener una ventaja competitiva (especialmente, en aquellos sectores de escasa productividad*)"[44].

Pero, hay que llamar la atención de que no se modifica la regla general de concurrencia de convenios del art. 84.1 ET, por lo que un convenio colectivo de empresa podrá seguir manteniendo una retribución inferior si es más antiguo que el de sector[45].

4.3. El mantenimiento, en los mismos términos, del descuelgue convencional

Finalmente, de forma un tanto sorpresiva, el precepto no se ha visto afectado, repercutiendo, en la práctica, en la facultad de las empresas de poder establecer la prioridad aplicativa de sus convenios propios en materia salarial. En cambio, si les quedará permitido descolgarse de lo previsto al respecto en el convenio colectivo sectorial, incluso por la vía de las comisiones ad hoc del art. 41.4 ET que permanece inamovibles.

En esta línea, a pesar de que era una de las directrices programáticas propuestas por la contrarreforma, la negociación en el marco del Diálogo Social forzó cesiones y atribuciones por parte de cada uno de los agentes sociales y de los parámetros de flexibilidad que la UE exigía conservar. Esta realidad, ha conducido a una reforma basada en un equilibrio de poderes, éxitos y concesiones. En consecuencia, las modificaciones en materia de negociación colectiva producidas sobre eliminación de la materia salarial en la prioridad aplicativa de los convenios de empresa, de un lado y, de otro, las variaciones sobre el alcance de la ultraactividad conllevan, en contrapartida "*deroga*(r) *el mecanismo de inaplicación de convenios. El mantenimiento de la inaplicación está en línea con una de las directrices de esta nueva legislación, el fortalecimiento de la flexibilidad interna en perjuicio de la externa, la más utilizada hasta ahora por el legislador laboral. La inaplicación se conserva al igual que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la movilidad geográfica, por lo que las empresas conservan importantes instrumentos de adaptación, con algunos cambios que no son de calado. Se les reconocen otros, pensados en términos de flexiguridad para asegurar a las empresas alternativas a los despidos colectivos…*"[46].

Para cumplir con este propósito se requiere de dos elementos, uno de fondo y otro de forma. Aunque el proceder sea el mismo y pase por dilucidar la existencia de una condición de trabajo objeto de modificación, cuya modificación sea sustancial, y la concurrencia de una causa justificativa[47]. Se exige entonces, tanto una causa económica, técnica, organizativa o de producción[48] como la obligación

[44] Beltran De Heredia, I.: "La nueva reforma laboral 2021 (RDLey 32/2021): Impacto en contratas y subcontratas y el «trabajo externalizado» (primeras valoraciones sobre los nuevos arts. 42.6, 84.2, 15 y 16 ET)", Blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales,* https://ignasibeltran.com/2021/12/29/la-nueva-reforma-laboral-2021-rdley-32-2021-impacto-en-contratas-y-subcontratas-y-el-trabajo-externalizado-primeras-valoraciones-sobre-los-nuevos-arts-42-6-84-2-15-y-16-et/

[45] Vila Tierno, F.: "Unas mínimas reflexiones…", *loc. cit.*

[46] Rodriguez-Piñero Royo, M. C.: *et altri* en "Así es la reforma laboral (análisis general)", Actualidad Jurídica Derecho laboral - 30 de diciembre de 2021, PwC.

[47] . De un modo más completo se desarrolla en Bodas Marín, R. "La flexibilidad interna: de la Ley 35/2010 al RDL 7/2011, primer balance sobre el despliegue de ambas normas (1)". *Revista Aranzadi Social Doctrinal* 10, Febrero 2011, p. 242.

[48] Las causas se clarifican expresamente en el art. 82.3 ET (en la redacción dada por la Ley 3/2012): "Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de perdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior. Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción

de seguir un procedimiento concreto[49] dirigido llegar a un acuerdo o recurrir, a falta de este, a una vida de solución extrajudicial.

Estos no son, en cualquier caso, requisitos complejos en cuanto a su cumplimiento, lo que es consecuencia directa del esfuerzo flexibilizador para facilitar, todo lo posible, la adaptabilidad a cada situación empresarial. Es más, en lo referente los requisitos de fondo o la existencia de una causa, se introduce una importante rebaja de las exigencias de razonabilidad para aplicar esta medida, en relación con lo previsto en las instituciones precedentes. En suma, lo que establece el legislador nos genera la potestad de establecer casi un paralelismo con las causas del despido colectivo del art. 51 ET, planteando la figura del descuelgue como una antesala del mismo o como una medida menos traumática que aquél. Nos invita así a reflexionar sobre si se trata de un instrumento para incentivar el acuerdo de descuelgue o, si por el contrario, da lugar a propiciar una decisión unilateral extintiva. Este enfoque sugiere a preguntarse porqué exigir un acuerdo cuando se está tratando de facilitarlo de todos los modos imaginables. Cuestión más compleja si se tiene presente que si no hay pacto en este sentido y no ha concurrido un medio extrajudicial de los que expresamente dispones el propio art. 82.3 ET, no es posible el descuelgue[50].

De una parte, la propia figura y su posición sistemática en el ET[51] y, de otra, la finalidad de la institución que permite inaplicar un convenio colectivo y, por tanto, de una norma jurídica, todo ello queda condicionado a la existencia de un pacto posterior. A fin de cuentas, el resultado negociado en sede colectiva exige que se modifique en el mismo ámbito de lo colectivo, ya sea haciendo uso de la renovación del convenio dispuesta en el art. 86 ET, o bien siguiendo el procedimiento expresamente previsto en el art. 41.4 ET. Siendo este último mucho más simple en cuanto a los requisitos de legitimación, pese a exigir un período de consultas que finalice con un acuerdo o con una solución

y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado"

[49] En este sentido, dos son también los elementos en aquella doble regulación que merecen una llamada de atención desde el punto de vista del enfoque flexibilizador y que giran en torno a la necesidad de alcanzar un acuerdo para llevar a cabo el descuelgue: la posible creación de una comisión ad hoc y los mecanismos que tienden a facilitar dicho acuerdo. Estas previsiones son las que de un modo más evidente están destinadas a garantizar la flexibilidad interna.

[50] Se sigue manteniendo la necesidad de acuerdo con los representantes de los trabajadores (o la vía arbitral) para proceder al descuelgue. Sin embargo, si la modificación es de carácter individual no requiere acuerdo alguno sino seguir el procedimiento correspondiente. Nos encontramos así con tres "tipos" de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo que tampoco se han modificado: las individuales, las colectivas y las que afectan a lo establecido en convenio colectivo estatutario (descuelgue). Las dos primeras se diferencian, exclusivamente, en función del número de trabajadores vinculados -antes de la reforma de 2012 también respecto al origen de la condición objeto de modificación- y la última, por su repercusión sobre lo pactado en la negociación colectiva. Desde el momento en el que la modificación adquiere el carácter colectivo, sea por el número de trabajadores, sea por el origen convencional de la condición (así se puede señalar que se establece un doble rasero de medida: el número de trabajadores en las modificaciones del art. 41 ET y el origen de la condición en el descuelgue del art. 82.3 ET), va a requerir el acuerdo colectivo para su desarrollo.

[51] Delimitación de la naturaleza jurídica de tal institución que justificaría su configuración, su delimitación formal y su finalidad. El legislador opta por reconocerlo como una excepción a la eficacia general de los convenios, ya que, propiamente no puede hablarse de concurrencia de convenios y de excepción a la regla general del art. 84, por cuanto no se trata de dos convenios que concurren, sino de un convenio aplicable que dejaría de serlo en un ámbito determinado por la apreciación de unas causas y la aplicación de un procedimiento. El porqué de la elección del legislador en este lugar y no en el 41.6 ET, teniendo en cuenta que la remisión podría haber sido justo a la inversa -es decir, en el art. 83.2 haberse acogido a lo ya preceptuado en el art. 41.6- parece deberse a una cuestión de lógica formal. Si el Título III del ET regula lo relativo a los convenios colectivos estatutarios, un supuesto de inaplicación de los mismos, debe ser recogido, por coherencia, en el mismo Título, sin que ello afecte a la naturaleza de la Institución que debe seguir siendo reconocida como modificación sustancial de condiciones de trabajo, por su finalidad y caracteres, a lo que ahora se suma el objetivo fundamental de flexibilizar la aplicación de los convenios colectivos con el consabido propósito de eliminar rigideces en nuestro sistema de negociación colectiva De "pasividad" o "bloqueo" nos hablan Sempere Navarro, A.V. y Martín Jiménez, R.: op. cit. *RGDTSS*, núm. 33, 2013, p. 195.

extrajudicial. Y es que, siguiendo esta vía, encontramos que los requisitos de legitimación de los sujetos se suavizan respecto de la regla general de los arts. 87 y 88 ET, regla que puede ser excepcionada cuando no hay representación legal en la empresa[52]. En cualquier caso, debemos concluir que frente al despido que no supone una inaplicación de una norma jurídica (un convenio colectivo aplicable) y, por ello, se puede realizar de manera unilateral, el descuelgue no puede plantearse por la decisión empresarial exclusiva.

5. UNAS MÍNIMAS REFLEXIONES FINALES

El legislador se plantea, durante el largo camino evolutivo del ET desde sus comienzos hasta el momento actual, cuál es el grado de flexibilidad interna más idóneo. Pero ello no tiene una respuesta unívoca. Dependerá tanto de las circunstancias económicas y sociales en las que se conforma una determinada regulación legal, como la propia ideología y posicionamiento del Ejecutivo -impulsor, en última ratio, de los cambios legales- frente a los mecanismos de adaptabilidad o flexibilidad.

Sea como sea, no es menos cierto que la UE no ha dejado de mirar con simpatía estos elementos de flexibilidad, lo que ha condicionado, en gran medida, nuestra propia actuación en el orden interno.

Pero la misma UE modulaba su apuesta por la reiterada flexibilidad, combinándola, como ya advertimos, con el otro concepto al que se le unía, el de seguridad, lo que, indirectamente nos acercaba hacia la flexibilidad interna. En otras palabras, frente a mecanismos que pudieran suponer la pérdida de empleo, en términos individuales o generales, deben potenciarse otros que a la par que garanticen la viabilidad de la actividad empresarial, no supongan la pérdida de aquel empleo.

No obstante, entra en juego aquí un elemento esencial: el trabajo decente. En tanto que, en ningún caso, se puede llegar, por esta vía, a una rebaja de las condiciones labores que suponga situar al trabajador por debajo de los umbrales mínimos que nos lleven a reconocer un trabajo como digno. Y es que, cuando los derechos son rebajados hasta sus extremos, dejan de ser derechos para convertirse en mera apariencia formal.

En este punto, adquiere un especial protagonismo la negociación colectiva, en tanto en cuanto que va a dejar en manos de los propios negociadores fijar el equilibrio entre los intereses empresariales y las garantías sociales. Y, para ello, se establecen los mecanismos de flexibilidad interna a través de las fórmulas más significativas como la articulación general o la articulación específica por materias.

Además de ello, es importante la nueva formulación de instituciones ya clásicas como la ultraactividad que, sin embargo, no parece quererse apartar de soluciones antiguas. Y es que, respecto

[52] Cuando se va a negociar un descuelgue convencional, las reglas de legitimación, en determinados supuestos de PYMES, cambian y se otorgan a una comisión ad hoc por hasta tres trabajadores de la empresa o por los sindicatos más representativos en los términos del art. 82.3 ET, elegida democráticamente por los trabajadores de la empresa. Pero, si se considera una solución adecuada para el descuelgue, la duda es porqué el legislador no ha colocado en una situación paralela los supuestos de negociación en empresas de pequeña dimensión sin representación legal de los trabajadores. Recuérdese que las reglas de los arts. 87 y 88 ET apenas si se han modificado en las sucesivas reformas laborales de los últimos años, quizás porque ello ya habría sido un giro excesivo hacia la flexibilidad, pero que no deja de tener su lógica en una legislación que potencia la negociación a nivel de empresa. El inconveniente es que en muchas empresas, como hemos reiterado, por falta de interlocutores válidos (no hay representantes), no se puede negociar el convenio colectivo. Como consecuencia, con uno, dos o tres trabajadores de la empresa se pueden modificar cualquiera de las condiciones establecidas en convenio colectivo, sea de empresa o sectorial, por la vía del descuelgue convencional. Es más fácil, por tanto, modificar lo pactado en un convenio colectivo que negociar uno nuevo a nivel de empresa, por mucha prioridad aplicativa que se le reconozca. Se permite, de este modo, el descuelgue de su propio convenio aunque éste haya sido negociado en el marco de la misma, cuando lo razonable, en este caso, sería la revisión del convenio anterior en el seno de una comisión negociadora.

a ella, entendemos que, con la redacción actual, el legislador no cierra de un modo definitivo la vigencia "eterna" del convenio denunciado hasta su sustitución por otro posterior en ausencia de pacto expreso -como puede parecer que deba interpretarse-. En este sentido, si se sigue una evolución de los cambios normativos en esta figura -cuyos efectos y definición se encuentran propiamente en el marco jurisprudencial-, puede apreciarse como la regulación legal anterior a la reforma del año 2012, equiparable, en parte a la última redacción, daba pie a una doctrina del TS que sometía el mantenimiento de dicha ultraactividad al mantenimiento o subsistencia de un proceso negocial y a la no desaparición de la unidad negocial. Y esto, hoy por hoy, no se ha eliminado, por más que ésta hubiera sido la intención y de lo que se refleje en la parte dogmática de la norma -sin efectos jurídicos-, por cuanto que, seguimos insistiendo que acreditada formalmente la muerte absoluta de la negociación -no del proceso negocial delimitado ahora por el legislador y acotado temporalmente-, esto es, la definitiva imposibilidad de alcanzar un acuerdo -aunque se hubieran rebasado los plazos observados por el legislador-, en ese caso, y solo en ese caso, la ultraactividad decae.

Por otra parte, la permanencia del descuelgue convencional en sus mismos términos, la reducción del marco de la prioridad aplicativa del convenio de empresa -suprimiendo la cuantía salarial- o las limitaciones en el régimen convencional de las subcontratas respecto de las previsiones iniciales, muestran el esfuerzo, tenaz, en alcanzar un acuerdo basado en el equilibrio entre la flexibilidad y la corrección de elementos que precisaban reajustes.

Ante el nuevo escenario que nos ha traído la última reforma laboral por el RDL 32/2021, los diseños o presupuestos anteriores se han visto claramente superados. Estamos, por tanto, en pleno proceso de transición y de construcción de nuevos contenidos convencionales, el margen es extenso, la responsabilidad de los negociadores no es menor.

Esperemos a ver por dónde nos llevan y citémonos, en un plazo breve, para dar continuidad a este estudio, mediante el análisis de los nuevos contenidos negociales. Es un reto para los negociadores. Es un reto para nosotros…

6. BIBLIOGRAFÍA

Barrutia, M.: "El preámbulo del RDL 3/2012, o las retóricas de la manipulación", *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012.

Beltrán De Heredia, I.: "La nueva reforma laboral 2021 (RDLey 32/2021): Impacto en contratas y subcontratas y el 'trabajo externalizado' (primeras valoraciones sobre los nuevos arts. 42.6, 84.2, 15 y 16 ET)", Blog Una mirada crítica a las relaciones laborales, https://ignasibeltran. com/2021/12/29/la-nueva-reforma-laboral-2021-rdley-32-2021-impactoen-contratas-y-subcontratas-y-el-trabajo-externalizado-primerasvaloraciones-sobre-los-nuevos-arts-42-6-84-2-15-y-16-et/

Bodas Marín, R.: "La flexibilidad interna: de la Ley 35/2010 al RDL 7/2011, primer balance sobre el despliegue de ambas normas (1)", *Revista Aranzadi Social Doctrinal* 10, Febrero 2011.

Casas Baamonde, M.E.: "La estructura de la negociación colectiva y las nuevas reglas sobre competencias y concurrencia de los convenios colectivos", en Casas Baamonde, M.E. y Valdés Dal-Ré, F. (Coords.) *et al*: *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Wolters Kluwer, 1994.

Casas Baamonde, M.E.: "Mercado de trabajo y ordenamiento laboral: el alcance de la reforma", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 1994.

Cruz Villalón, J.: "Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 12, 2013.

Cruz Villalón, J.: "Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 12, 2013.

Cruz Villalón, J.: "Una reforma estructural con futuro", Diario El País, 29 de diciembre de 2021, https://elpais.com/economia/2021-12-29/una-reforma-estructural-con-futuro.html.

González Ortega, S.: "La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo", *Temas Laborales*, núm. 115, 2012.

González Ortega, S.: "Vigencia y ultraactividad de convenios colectivos", *Temas Laborales*, núm. 76, 2004.

Gorelli Hernández, J.: "Las nuevas reglas sobre concurrencia de convenios", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, IUSTEL, núm. 28, 2012.

Hernández, J.: "Las nuevas reglas sobre concurrencia de convenios", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, IUSTEL, núm. 28, 2012.

López Aniorte, M.C.: "Concurrencia de convenios y atomización de la negociación colectiva", Murcia, Laborum, 2015.

López Sánchez, C.: "Pérdida de vigencia de los convenios y crisis económica", *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 5, núm. 8 (Dic), 2012.

Marcos Ramos, J.M. y Vila Tierno, F.: "¿Constituye el artículo 42 ET una excepción a las reglas de concurrencia de convenios colectivos? (a propósito de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Málaga, número 721/2017, de 19 de abril)", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Iustel, núm. 48, 2018 (on linee).

Martínez Moreno, C.: "La vigencia del convenio colectivo estatutario. Problemática general y análisis en particular de la ultraactividad" en Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N. y Tomás Jiménez, N. (Coord.) *et al*: *El sistema de negociación colectiva en España: estudio de su régimen jurídico*, Aranzadi, 2013.

Merino Segovia, A.: "La reforma de la negociación colectiva en el RDL. 3/2012: las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos", *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012.

Palomeque López, M.C.: "El nuevo reparto funcional de territorios normativos entre la ley y el convenio colectivo", en Casas Baamonde, M.E. y Valdés Dal-Ré, F. (Coords.) *et al*: *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Wolters Kluwer, 1994.

Piñero, M., Valdés Dal-Ré, F. y Casas Baamonde, M.E.: "La nueva reforma Laboral", *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2012.

Preciado Domènech, C.H.: "La flexibilidad interna tras la Ley 3/2012, de 6 de julio", *Temas Laborales*, núm. 118/2013.

Recio Andreu, A.: "Flexibilidad laboral y desempleo en España (reflexiones al filo de la reforma laboral)", *Cuadernos de relaciones laborales*, núm. 5, 1994.

Rivero Lamas, J.: "La flexibilidad del trabajo en España" en VV.AA. *Direito do Trabalho. Estudos em homenagem ao Prof. Luiz de Pinho Pedreira da Silva*, Guimaraes Carvalho Ribeiro, L. y Pamplona Filho, R., Erditora Ltr. Sao Paulo, 1998.

Rodríguez Sañudo Gutiérrez, F.: "Vigencia de los convenios colectivos de trabajo", en *Comentario a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, tomo XII, volumen 2º, Edit. Revista de Derecho Privado, 2.ª edición, Madrid, 1995.

Rodriguez-Piñero Royo, M.C. *et altri*: en "Así es la reforma laboral (análisis general)", *Actualidad Jurídica Derecho* laboral - 30 de diciembre de 2021, PwC.

Rodríguez-Piñero, M., Valdés Dal-Ré, F. y Casas Baamonde, M. E.: "La nueva reforma Laboral", *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2012.

Sempere Navarro, A. V. y Martín Jiménez, R.: "La reforma de la negociación colectiva en Claves de la Reforma Laboral de 2012", *Thomson Reuters Aranzadi*.

Urrutiketxea Barrutia, M.: "El preámbulo del RDL 3/2012, o las retóricas de la manipulación", *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012.

Valdés Dal-Ré, F.: "Algunos aspectos de la reforma del marco de la negociación colectiva", en Casas Baamonde, M. E. y Valdés Dal-Ré, F. (Coords.) *et al*: *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Wolters Kluwer, 1994.

Valdés Dal-Ré, F.: "Hacia un derecho común de la flexibilidad interna", *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 18, octubre 2012, Tomo II, Editorial La Ley.

Vila Tierno, F.: "La flexibilidad interna a través de la reformulación de la estructura de la negociación colectiva tras las sucesivas reformas laborales del real decreto ley 7/2011 a la ley 3/2012 (de las razones y los efectos)", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 33, 2013.

Vila Tierno, F.: "La reforma de la negociación colectiva", *Miramar*, núm. 187, 2011

Vila Tierno, F.: "Unas Mínimas Reflexiones En Materia De Contratos Y Negociación Colectiva En La Reforma Laboral 2021 (RDL 32/2021)", *TRABAJO, PERSONA, DERECHO Y MERCADO, Nuevos retos del mercado laboral: Pobreza en el trabajo, economía colaborativa y envejecimiento*, http://grupo.us.es/iwpr/2022/01/14/unas-minimas-reflexiones-en-materia-de-contratos-y-negociacion-colectiva-en-la-reforma-laboral-2021-rdl-32-2021/

Vila Tierno, F.: *Cuestiones actuales en materia de negociación colectiva: Al hilo de la reforma laboral del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2022.

VV.AA.: El sistema de negociación colectiva en España: estudio de su régimen jurídico, Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N., Tomás Jiménez, N. (Coord.), Aranzadi, 2013.

VV.AA.: *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Casas Baamonde M.E. y Valdés Dal-Ré, F. (Coords.), Wolters Kluwer, 1994.

nº 4 (3er Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

El Convenio 190 OIT y la tutela administrativa de la violencia y el acoso en el trabajo[1]

ILO Convention 190 and administrative protection against violence and harassment in the workplace

Juan Antonio Altés Tárrega *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universitat de València. Estudi General*
https://orcid.org/0000-0003-1530-8545

Cita Sugerida: ALTÉS TÁRREGA, J.A. "El Convenio 190 OIT y la tutela administrativa de la violencia y el acoso en el trabajo". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. núm. 4 (2022): 97-121.

Resumen

La ratificación del Convenio 190 OIT por el estado español va a requerir algunas modificaciones en nuestra normativa para cumplir con los estándares marcados en el mismo. Estos cambios no siempre van a tener en mismo calado. En función de la materia concreta, nuestro ordenamiento jurídico ya ha desarrollado un régimen de protección adecuado que, seguramente, requerirá sólo algunos ajustes, sin embargo, en otras ocasiones, será necesario un esfuerzo legislativo mayor.

En este sentido, el presente trabajo pretende, por un lado, analizar la tutela administrativa, esto es, el régimen sancionador laboral que contiene la LISOS en relación con la violencia y el acoso en el trabajo, poniendo de relieve su régimen jurídico y, especialmente sus deficiencias, intentando clarificar los puntos oscuros de la norma; y, por otro lado, al hilo de dicho análisis, determinar qué aspectos de la regulación vigente requieren adaptarse para cumplir con el Convenio 190 OIT.

Palabras clave

Convenio 190 OIT; Violencia y acoso en el trabajo; tutela administrativa.

Abstract

The ratification of ILO Convention 190 by the Spanish state will require some changes in our regulations in order to comply with the standards set out therein. These changes will not always have the same scope. Depending on the specific subject matter, our legal system has already developed an adequate protection regime that will probably require only a few adjustments. In this sense, this paper aims, on the one hand, to analyse the protection provided by administrative labour regulations in relation to violence and harassment at work and, on the other hand, to determine which aspects of the current regulations need to be adapted in order to comply with ILO Convention 190.

Keywords

ILO Convention 190; Violence and harassment at work; Administrative protection

1. INTRODUCCIÓN

La lucha frente a la violencia y el acoso en el trabajo requiere actuar y prestar atención a varias cuestiones.

En este sentido, por un lado, hay que fijar el foco en las medidas preventivas, desde las campañas de sensibilización, formación e información sobre estas conductas y sus consecuencias, a las medidas concretas que, tras los correspondientes diagnósticos de situación sobre la empresa

[1] Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PGC2018-094912-B-I00 (VITRAGE), financiado MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y "FEDER Una manera de hacer Europa".

Fecha Recepción: 28/07/2022 - Fecha Revisión: 05/09/2022 - Fecha Aceptación: 05/09/2022
Pags. 97-121

y su estructura organizacional, se implementan en los planes de prevención de las empresas para evitarlos. Se trata, sin duda, de los instrumentos más eficaces para avanzar en la erradicación del acoso y la violencia, pero los más infrautilizados. Durante mucho tiempo, y aun hoy, la ausencia de una regulación expresa sobre los riesgos psicosociales y su prevención han provocado que en una materia tan protocolizada como es la prevención de riesgos laborales los empresarios no hayan incorporado este tipo de medidas y, lo que aún es peor, que no se haya llevado un control sobre dicho incumplimiento.

Ahora bien, por otro lado, la normativa debe implementar igualmente medidas de carácter reactivo, pues son igualmente importantes para conseguir entornos laborales exentos de violencia y acoso. De hecho, este tipo de protección tiene también un elemento preventivo en relación con futuras conductas, pues, efectivamente, sancionar adecuadamente estos comportamientos advierte y disuade a los potenciales sujetos infractores de cometerlos.

Pues bien, estas medidas reactivas se proyectan en tres planos distintos. Así, por una parte, a nivel interno, nos encontramos con las acciones disciplinarias que la empresa tome en relación con los sujetos que cometan violencia y acoso. Por otra parte, fuera de este entorno privado, las instituciones públicas actúan sobre los agresores de dos maneras: imponiendo sanciones y resarciendo los daños de las víctimas.

En este trabajo nos vamos a centrar en el *ius puniendi* del estado, en concreto en las sanciones administrativas previstas para castigar la violencia y el acoso en el trabajo desde estas dos perspectivas: prevención y reacción.

De esta manera, se analizan de forma crítica las infracciones establecidas en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) en relación con el acoso sexual y los acosos discriminatorios en el trabajo, así como otras infracciones de carácter más genérico que pueden aplicarse a otras situaciones de violencia y acoso en la empresa; y, en segundo lugar, se justifica y valora jurídicamente la aplicación a estos supuestos de las infracciones previstas en dicha norma por el incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales.

Además, este análisis se completa con las previsiones que en esta materia incorpora el Convenio 190 OIT, sobre violencia y acoso de 21 de junio de 2019, al cual ya se ha adherido España, si bien no entrará en vigor hasta el 25 de mayo de 2023[2], con el fin de valorar la adecuación de la normativa española al mismo y, en su caso, definir qué actuaciones legislativas pueden resultar necesarias.

2. EL CONTROL ADMINISTRATIVO DE LA VIOLENCIA Y EL ACOSO EN EL CONVENIO 190 OIT

El Convenio 190 OIT, sobre violencia y acoso en el trabajo establece un concepto de violencia y acoso único, que se define como "*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, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género*" (art. 1.a), que, a su vez, se define como la "*violencia y el acoso que van dirigidos 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*" (art.1.b). Esta definición omnicomprensiva implica una resaltable novedad,

[2] Instrumento de adhesión al Convenio sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, hecho en Ginebra el 21 de junio de 2019 (BOE-A-2022-9978)

toda vez que las situaciones de violencia y acoso se han venido conceptualizando como categorías distintas dentro del fenómeno de la violencia laboral, lo que no quiere decir, obviamente, que los actos de acoso no sean manifestaciones de conductas violentas. Es decir, el concepto de violencia laboral hace referencia a dos realidades distintas: es, por una parte, una noción compleja que engloba diversas manifestaciones que, además, tienden a regularse de forma diferenciada; y, por otro lado, a una categoría concreta que suele distinguirse del acoso por el elemento de reiteración en la conducta que califica a este último[3].

Es cierto que el Convenio permite que los países que se adhieran al mismo incluyan en su legislación nacional un concepto único o bien ambos de forma separada, siendo esta la opción por la que entendemos que se decantará el legislador español, pues no en vano ya existen construcciones jurídicas sobre el concepto de acoso[4]. En cualquier caso, esta concepción tendrá repercusiones sobre la actual normativa en sus distintas vertientes, incluida la tutela administrativa que se dispensa a las mismas.

En relación con el control administrativo laboral de las situaciones de violencia y acoso en el trabajo se sienta un principio fundamental que obliga a los países que ratifiquen el Convenio a "*garantizar que existan medios de inspección e investigación efectivos de los casos de violencia y acoso, incluyendo a través de la inspección del trabajo o de otros organismos competentes*" (art. 4.2.h).

En este mismo sentido, en el art. 10.h del Convenio se determina que deberán establecerse medidas para "*velar por que la inspección del trabajo y otras autoridades pertinentes, cuando proceda, estén facultadas para actuar en caso de violencia y acoso en el mundo del trabajo (...) a reserva de cualquier recurso judicial o administrativo que pueda prescribir la legislación*".

Sobre esta base en los apartados siguientes vamos a analizar la potestad sancionadora de la administración en materia de violencia y acoso en nuestro país, al tiempo que vemos si se acomoda o no a los postulados establecidos en el Convenio 190 OIT.

3. INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS EN RELACIÓN CON LA VIOLENCIA Y EL ACOSO EN EL TRABAJO

La tutela administrativa de la violencia y el acoso en el trabajo se centra en la responsabilidad empresarial frente a estas conductas y tiene dos vertientes.

Así, por un lado, esta tutela da lugar a una serie de infracciones laborales en materia de relaciones laborales y, por otro lado, a diversas infracciones en materia de prevención de riesgos laborales. En las primeras la sanción se articula sobre la violencia y el acoso que sufren los trabajadores en la empresa y, por tanto, constituyen una reacción a estos ilícitos; en las segundas la sanción no requiere que se hayan consumado las conductas, pues bastará que no se hayan previsto diligentemente como riesgos para la salud de los trabajadores.

[3] Altés Tárrega, J.A.: *El acoso del trabajador en la empresa (consideraciones al hilo de la Ley 62/2003 de Medidas Fiscal y la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

[4] Se trata de las contenidas en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, para ciertos acosos discriminatorios; en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, para el acoso sexual y por razón de sexo; y en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que amplia los motivos de acoso discriminatorio. Sobre los conceptos de los distintos tipos de acoso en el ordenamiento jurídico español y su relación con el Convenio 190 OIT me remito a Pons Carmena, M.: "Aproximación a los nuevos conceptos sobre violencia y acoso en el trabajo a partir de la aprobación del Convenio 190", *Labos*, núm. 2, 2020, pp. 30-60.

3.1. Violencia y acoso como infracciones administrativas en las relaciones laborales

La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, de aplicación a las relaciones de trabajo por cuenta ajena (art. 3) tiene como uno de sus objetivos incluir en esta matera un régimen de infracciones y sanciones aplicable en todos los ámbitos, pues, como se reconoce en el Preámbulo de la norma, actualmente sólo existía en determinados ámbitos como el laboral. En este sentido, este régimen sancionador no sustituye al recogido en la refundida LISOS, pues, de hecho, la norma expresamente indica que, en el orden social, el régimen aplicable será el regulado por la LISOS. Así, existe complementariedad entre ambas normas, lo que, no obstante, provoca algunas disfunciones a las que me referiré más adelante en los apartados correspondientes.

Por lo demás, es importante destacar que la sanción administrativa de las conductas de violencia y acoso que se producen en la empresa se recoge sólo expresamente en relación con el acoso sexual y los denominados acosos discriminatorios, por lo que el resto de manifestaciones de estas conductas ilícitas se han de incardinar en otros tipos genéricos recogidos en la LISOS y en la Ley 15/2022, lo que provoca una situación de ambigüedad que puede dar lugar a que muchas conductas no obtengan la sanción correspondiente.

3.1.1. La infracción de acoso sexual en el trabajo

La tipificación como infracción del acoso sexual en el trabajo tiene su origen en la Ley 50/1998 de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Esta norma añadía un nuevo apartado 14 al entonces vigente art. 96 ET, que consideraba como infracción muy grave "*el acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial*". Posteriormente, a partir del año 2000, está infracción se ubicó en el art. 8.13 LISOS, añadiendo al texto anterior, que la responsabilidad nace "*cualquiera que sea el sujeto activo de la misma*".

3.1.1.1. La conducta ilícita

En el momento en que se tipificó el acoso sexual como una infracción no existía en nuestro ordenamiento un concepto que describiera este ilícito, más allá del art. 4.2.e ET vigente entonces[5], que contemplaba como un atentado contra la dignidad de los trabajadores "*las ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual*". Por ello, el hecho de que no se describiera ni detallara la conducta infractora fue objeto de crítica por parte de la doctrina científica que estudiaba esta materia[6].

El panorama, aunque ha mejorado, no es muy distinto hoy en día. El ET establece en el reformado art. 4.2.e la obligación empresarial de proteger al trabajador frente al acoso sexual y el resto de acosos por motivos discriminatorios, pero no los define. Por tanto, se hace necesario acudir a la definición de este ilícito que la LO 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI) recogió de la normativa comunitaria, considerando el acoso sexual como "*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*. No podemos desgranar aquí el alcance de este concepto, con perfiles intencionalmente indeterminados para favorecer la integración de las distintas manifestaciones de estas conductas.

[5] Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

[6] Lousada Arochena, J.F.: "La sanción administrativa del acoso sexual laboral tras la ley 50/98, del 30 de diciembre", *Revista de Derecho Social*, núm. 10, 2000, p. 99; y Altés Tárrega, J.A.: *El acoso sexual en el trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 161 y 162.

Baste decir que engloba todas las modalidades de chantaje sexual o acoso de intercambio y de acoso sexual ambiental, es decir, usando las palabras del Tribunal Constitucional, se prohíbe no sólo el acoso sexual, "*en el cual el sometimiento de la mujer o el hombre a tales requerimientos no queridos ni pedidos de empleadores o compañeros, que se erige en un peligro de la estabilidad en el empleo, la promoción, o la formación profesional o cualesquiera otra condiciones en el trabajo o en el salario, sino también el acoso sexual consiste en un comportamiento de carácter libidinoso no deseado por generar un ambiente laboral desagradable, incómodo, intimidatorio, hostil, ofensivo o humillante para el trabajador*" (STC 224/1999, de 13 de diciembre).

3.1.1.2. El sujeto infractor/responsable y su relación con los sujetos de la infracción conducta ilícita

De acuerdo con el art. 2.1 LISOS, el sujeto responsable de las infracciones cometidas en la relación laboral es el empresario, lo que es consecuencia de la ubicación de la protección frente a estas conductas entre los derechos subjetivos que el trabajador ostenta frente al mismo (art. 4.2.e ET). Así, en relación con estos comportamientos se ha optado por no sancionar administrativamente a otros sujetos que pueden participar activamente en la conducta ilícita, como los trabajadores, cuyas responsabilidades deberán depurarse en otros ámbitos del derecho privado (responsabilidad laboral y civil) y público (responsabilidad penal en caso de que la conducta sea constitutiva de delito).

Ahora bien, el precepto deja muy claro que la responsabilidad empresarial no sólo nace de actos propios (cuando el acoso lo comete el empresario o las personas que lo representan), sino también por actos de terceros.

Efectivamente, hasta la promulgación de la Ley 50/1998, el acoso se venía considerando sancionable de acuerdo con el actual art. 8.11 LISOS que tipifica como infracción muy grave *"los actos del empresario que fuesen contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores"*. Por ello, parte de la doctrina defendía que el empresario sólo debía responder cuando el sujeto activo fuera él mismo o la persona que le represente[7], poniendo en duda el alcance real de esta responsabilidad al ser muy numerosos los casos en los que la conducta la lleva a cabo un sujeto distinto al empresario.

Esta discusión doctrinal comenzó a clarificarse con la inclusión de un ámbito objetivo de responsabilidad empresarial, identificado funcionalmente con aquél al que "*alcanzan las facultades de dirección del empresario*" y se cerró definitivamente cuando, como hemos señalado, en su refundición, la LISOS incluyo la responsabilidad de la empresa por la conducta constitutiva de acoso sexual "*cualquiera que sea el sujeto activo de la misma*".

Por lo demás, la integración de este ámbito funcional, no limitado espacialmente a la empresa, permite atribuir responsabilidad al empresario, no solo por las conductas de acoso cometidas por terceros en dicho ámbito, sino también las que recaen sobre otros sujetos presentes en la organización empresarial que carecen de una relación contractual directa con la misma. Así ocurriría en supuestos

[7] Escudero Rodríguez, R. "El acoso sexual en el trabajo", *Relaciones Laborales,* 19932, p. 473; y Molero Manglano, C.: "El acoso sexual: elementos sustantivos y problemas procesales. A propósito de la STC de 13 de diciembre de 1999", *Actualidad Laboral*, núm. 15, 2000, p. 245. No se trataba en cualquier caso de una postura pacífica, pues en otros sectores doctrinales no se dudaba de la responsabilidad administrativa de la empresa por las acciones de acoso sexual realizadas por sus trabajadores -en este sentido, Del Rey Guanter, S.: "Acoso sexual y relación laboral", *Relaciones Laborales*, núm. 34, 1993, 108; De Castro Fernández, L.F.: "O acoso sexual no traballo", *Revista Galega de Dereito Social*, núm. 8, 1993, pp. 82 y 83; y Lousada Arochena, J.F.: *El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual*, Granada, Comares, 2006, p. 260; y "La sanción administrativa…, ob. cit., p. 98.

de cesión de trabajadores en el marco de grupos de empresa, en contratos de puesta a disposición entre las empresas de trabajo temporal y la empresa usuaria y en el caso de contratas y subcontratas.

El precepto sanciona al empresario en cuyo ámbito de dirección y control se produce el ilícito sin importar el hecho de que la víctima, el agresor o, incluso, ambos mantengan una relación laboral directa con el mismo. El objetivo es compeler a los empresarios a preservar un entorno laboral exento de acoso sexual y dicha obligación nace indistintamente de quien sea el concreto trabajador acosado y de quien sea el sujeto infractor. En otro caso podría llegarse al absurdo, por ejemplo, de sancionar a un empresario en cuyo ámbito locacional se ha producido un acoso perpetrado por un trabajador cedido (más cuando la víctima tampoco sea trabajador interno), cuando no tiene atribuidas competencias disciplinarias o de organización que le permitieran evitar o reaccionar ante el suceso y, a la vez, exonerar de responsabilidad a la empresa de trabajo temporal que no reacciona debidamente ante el aviso de la usuaria, porque ha cedido el poder de dirección; o de exonerar a la empresa principal en cuyas dependencias se produce un acoso por un trabajador de la empresa contratista, bajo el inadmisible argumento de que aquélla no ostenta poder de dirección ni de organización sobre el agresor[8]. Otra cosa será que el empresario pruebe que adoptó todas las medidas posibles para prevenir y sancionar el acoso sexual en cuyo caso no se darían los requisitos suficientes para que naciera la acción de responsabilidad.

Por otro lado, la expresión utilizada permite incluir otras situaciones que se desarrollan fuera de los márgenes temporales y locacionales señalados, integrando el acoso sexual que repercute directa o indirectamente sobre la relación laboral.

En este sentido, la infracción recogida por la LISOS se adapta a los dictados del Convenio 190 que, al delimitar la laboralidad de las conductas de acoso, utiliza un sentido amplio de dicha calificación.

Así, en primer lugar, debe tenerse bien presente que el ámbito subjetivo de protección del Convenio 190 se extiende a los "*los trabajadores y a otras personas en el mundo del trabajo*" (art. 2.1), lo que incluye, como ha señalado la doctrina que ha analizado esta cuestión, situaciones que van más allá de la relación formal de trabajo dependiente y por cuenta ajena[9]. La expresión se refiere a los trabajadores asalariados -atendiendo al concepto establecido en la legislación y práctica de cada país-, "*así como a las personas que trabajan, cualquiera que sea su situación contractual*". Ello permite integrar en la protección a los trabajadores autónomos y también a ciertos colectivos muy sensibles a estas conductas, como son las personas que trabajan en entornos domésticos y que muchas veces están excluidos del derecho del trabajo o realizan su prestación en el ámbito de la economía sumergida.

Además, el texto del Convenio 190 menciona expresamente a otras personas que realizan prestaciones de trabajo distintas a la relación laboral: "*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 la autoridad, las funciones o las responsabilidades de un empleador*". Con esta última mención se menciona expresamente la protección frente a las conductas de violencia y acoso vertical.

[8] Así se ha señalado en Sánchez, E.; Larrauri, E.: *El nuevo delito de acoso sexual y su sanción administrativa en el ámbito laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 62.

[9] Pons Carmena, M.: "Aproximación a los nuevos conceptos…", ob. cit., p. 51.; Yagüe Blanco, S.: "Convenio núm. 190 de la OIT sobre violencia y acoso: delimitación de su ámbito de aplicación ante la posible ratificación por España", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 57, 2020, pp. 530 y 531.

Por su parte, el art. 2.2 determina la aplicación del Convenio "*a todos los sectores, público o privado, de la economía tanto formal como informal, en zonas urbanas o rurales*", reafirmando que es trabajador quien realiza un trabajo y no quien tiene un contrato de trabajo, bien porque no se cumplen los requisitos para su formalización, bien porque se evita la misma. Así, se engloban todas aquellas situaciones de huida del derecho del trabajo (falsos autónomos, trabajo parasubordinado, trabajos llevados a cabo en la economía sumergida), aunque no se mencionen expresamente en la norma. Por otro lado, la inclusión del trabajo en zonas rurales "responde a que el trabajo agrícola en la economía rural suele tener en muchos países una cobertura limitada en la relación laboral y, además, está compuesto por colectivos que se enfrentan a un alto nivel de exposición a la discriminación y el acoso, como mujeres e inmigrantes"[10].

En segundo lugar, el art. 3 del Convenio 190 extiende la cobertura "*a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo que ocurren durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo*". Por tanto, la protección no se restringe al ámbito espacial y temporal en el que se lleva a cabo la prestación laboral, sino que, en el sentido ya advertido, se extiende a las conductas que tienen una conexión con el trabajo o que son resultado del trabajo, independientemente de dónde y cuándo se producen.

El propio Convenio 190, en relación con esta concepción, enumera una serie de supuestos en los que las conductas se considerarán violencia y acoso en el trabajo. Junto con el lugar de trabajo se incluyen "*los espacios públicos y privados cuando son un lugar de trabajo*" (art. 3.a), por lo que no cabe duda de que la protección se extiende al trabajo a distancia y al trabajo doméstico. Además, se menciona expresamente "*el alojamiento proporcionado por el empleador"* (art. 3.e), lo que permite extender la protección a ciertos trabajados domésticos o de cuidados que se realizan en régimen interno. También se alude a los espacios de la empresa o del centro de trabajo que no están destinados a la realización de la prestación de servicios, esto es, "*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*" (art. 3.b). Y queda igualmente incluida la violencia y el acoso que ocurre "*en los desplazamientos, viajes, eventos o actividades sociales o de formación relacionados con el trabajo*" (art. 3.c), que sucede, por tanto, en momentos distintos al tiempo de trabajo, e, igualmente, la que acaece en "*los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo*" (art. 3.f).

Finalmente, resulta ciertamente plausible la incorporación de la violencia y el acoso que se da "*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 un contexto en el que cada vez cobra más importancia el trabajo digital, en el que existe poco o nulo contacto presencial, esta alusión permite recordarnos que estos nuevos contextos no están exentos conductas de este tipo, si no que más bien al contrario, las propician, auspiciadas precisamente en la falta de contacto físico. De esta manera, se incluye en el ámbito de protección el denominado ciberacoso independientemente del medio utilizado para llevarlo a cabo (correo electrónico, mensajería, comunicaciones telefónicas, difusión de contenidos digitales sexuales, humillantes o vejatorios para el trabajador), incluso más allá del ámbito estrictamente laboral[11].

3.1.1.3. La posible exoneración de la responsabilidad administrativa de la empresa

Con carácter general, la imputación de responsabilidad al empresario por los incumplimientos en materia de relaciones individuales de trabajo está unida a su posición de contraparte en el

[10] Yagüe Blanco, S.: "Convenio núm. 190 de la OIT…", ob. cit., p. 530.

[11] Pons Carmena, M.: "Aproximación a los nuevos conceptos…", ob. cit., p. 55; Yagüe Blanco, S.: "Convenio núm. 190 de la OIT…", ob. cit., p. 533.

contrato de trabajo. El empresario es el deudor de una serie de obligaciones jurídicas que, en caso de incumplimiento, determinan la imputación de una infracción administrativa y su correspondiente sanción. En estos casos, por lógica, existe una coincidencia entre el autor necesario del incumplimiento y el sujeto responsable del mismo[12]. Por ello, y pese la vigencia del principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador[13] —que, no obstante, la LISOS obvia en la configuración legal de la infracción administrativa[14]— se viene aplicando una suerte de responsabilidad objetiva o de resultado, de manera que la mera inobservancia de la norma y la constatación del ilícito administrativo determina que surja la responsabilidad, que solo decae, por la acreditación de la actuación diligente del sujeto imputado[15] o la demostración de la existencia de error que justifique su actuación[16].

Evidentemente, en los casos en que el empleador o la persona que ejerce las funciones inherentes a la empresa sea el autor del acoso sexual[17] nos encontramos en esta misma situación. Es más, si así ocurre, acreditada la conducta, difícilmente podrá probarse que no hubo culpabilidad, pues la doble consideración objetiva subjetiva del acoso sexual implica que, o bien la conducta en sí es lo suficientemente grave y no cabe exculpar al autor en base a su desconocimiento, o bien que, tratándose se conductas "socialmente toleradas", las mismas se han mantenido en el tiempo, pese que se ha dado a conocer que resultan ofensivas[18]. Sin embargo, como hemos visto anteriormente, la empresa puede ser imputada por actos de terceros y entonces se disocia la autoría de la infracción y la imputación de la responsabilidad que conlleva. Esta situación ha llevado a plantearse en qué medida puede la empresa exonerarse de responsabilidad una vez se ha constatado la existencia de una conducta de acoso sexual en su ámbito de dirección y control[19].

Pues bien, la consideración de la culpabilidad debe permitir la exención de la responsabilidad cuando la empresa acredite que puso todos los medios para evitar el resultado. Deberá por tanto concurrir culpa o negligencia para poder sancionar. En este sentido, los criterios que deben seguirse son, a mi juicio, los mismos que sirven para determinar la responsabilidad civil de la empresa por los actos cometidos por sus empleados. En consecuencia, deberán valorarse parámetros correctores de la responsabilidad empresarial como la adopción por parte de la empresa de un plan de prevención eficaz del acoso sexual en el ámbito de la empresa y la contundente sanción de las conductas una vez producidas. Asimismo, so pena de entender como siempre necesaria la denuncia por parte de

[12] Sobre el tema Valverde Asencio, A.J.: *La responsabilidad administrativa del empresario en la relación laboral*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 2010 y ss.

[13] En un primer momento la jurisprudencia admitió la existencia de una responsabilidad objetiva que determinaba la aplicación por la mera inobservancia de la norma, sin tener a estos efectos en cuenta la intencionalidad o el error en la conducta del sujeto infractor, diferenciando claramente en este sentido el derecho administrativo sancionador y el derecho penal. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha negado que pueda obviarse el principio de culpabilidad en relación con el derecho sancionador administrativo en cuanto que manifestación del *ius puniendi* del Estado en favor de una responsabilidad objetiva que sería inadmisible en nuestro ordenamiento (STC 76/1990, de 26 de abril), lo que ha ido dando lugar a una jurisprudencia en materia de infracciones laborales en las que niega la responsabilidad objetiva y asume el principio de culpabilidad, si bien con perfiles distintos a los del derecho penal. Ambas líneas jurisprudenciales son expuestas en Duréndez Sáez, I.: *La sanción administrativa en el orden laboral*, Murcia, Universidad de Murcia, 2006, pp. 289 y ss.

[14] Rodríguez Escanciano, S.: "La potestad sancionadora de la Administración en el ámbito laboral", *Documentación Administrativa*, núm. 282283, 2009, p. 209.

[15] STS (CA) de 22 de noviembre de 1996, Rec. 7484/1992

[16] En este sentido, por ejemplo, la STS (CA) de 11 de julio de 1997, Rec. 2966/1991

[17] Sobre la justificación para imputar la infracción administrativa cuando derive de las acciones u omisiones de quien ejerce de forma inmediata las facultades directivas Valverde Asencio, A.J.: *La responsabilidad administrativa…*, ob. cit., pp. 220 y ss.

[18] Sobre la doble consideración objetivosubjetiva del acoso sexual *vid.* Altés Tárrega, J.A.: *El acoso sexual…*, ob. cit., pp. 116 y ss.

[19] Altés Tárrega, J.A.: *El acoso sexual…*, ob. cit., pp. 341 y ss.

la víctima, deberá sopesarse las posibilidades que tuvo la empresa de conocer la existencia de una conducta ilícita para actuar frente a ella.

Por otro lado, la doctrina ha defendido que, cuando el acoso sexual se produce en el ámbito de dirección y control de dos o más empresas, existiendo un uso fraudulento de los fenómenos de descentralización productiva o una incorrecta utilización de los poderes empresariales correspondientes, la responsabilidad debe extenderse solidariamente a las otras empresas con trabajadores involucrados en el acto ilícito[20]. Probablemente, se esté pensando en la atribución de responsabilidad solidaria que la normativa sobre prevención de riesgos laborales impone en estos supuestos, conforme al arts. 42.3 LISOS. Sin embargo, creo que dicha responsabilidad solidaria sólo es factible cuando la ley lo establezca expresamente, sin que pueda ampliarse a otros supuestos. Para poder sancionar debe existir culpa o negligencia, lo que impide imponer condenas solidarias sin probar la concurrencia de uno de estos requisitos. Además, la infracción tipificada debe permitir abrir expediente sancionatorio a ambas empresas. En este sentido, en primer lugar, la atribución de responsabilidad administrativa a la empresa usuaria o principal en cuyas dependencias se comete el acoso sexual queda suficientemente amparada por la norma. Al mismo tiempo, la amplia concepción de la sancionabilidad del precepto antes señalada permite, sin retorcer el espíritu de la norma, concretar una sanción a la empresa, sujeta titular de uno o ambos de los sujetos presentes en el acoso sexual, aunque éste no se haya llevado a cabo en su entorno empresarial. La razón estriba en que, si bien el espacio físico donde se perpetra el ilícito no es de su propiedad, el hecho simplemente de que trabajadores suyos presten servicios en él implica que hasta allí alcanza su ámbito de control y dirección por lo que el supuesto de hecho queda enmarcado en la configuración del tipo del art. 8.13. LISOS.

3.1.2. La infracción por acosos discriminatorios

La actuación sucesiva de la Ley 62/2003 y de la Ley Orgánica 3/2007 trajeron consigo la adición de un apartado 13bis al art. 8 LISOS, que configura como infracción muy grave *"el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo"*. Pues bien, en relación con esta infracción aparece la primera disfunción provocada por la Ley 15/2022. Esta norma, que recordemos se aplica al ámbito de las relaciones laborales, amplía notablemente los motivos de discriminación y, por tanto, los del acoso discriminatorio. Efectivamente, en el art. 2.1 se señala que "*nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social"*; y en el 6.4 que "*constituye acoso, a los efectos de esta ley, cualquier conducta realizada por razón de alguna de las causas de discriminación previstas en la misma, con el objetivo o la consecuencia de atentar contra la dignidad de una persona o grupo en que se integra y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo*". Sin embargo, ante la contundente derivación establecida en el art. 46 en materia de infracciones y sanciones en el orden social a la regulación de la LISOS, difícilmente puede mantenerse una interpretación integradora que permita incluir los nuevos motivos de discriminación en el art. 8.13bis o entender que los acosos laborales por estos nuevos motivos son sancionables en atención al art. 47.4.b de la Ley 15/2022 que considera infracciones muy graves "*las conductas de acoso discriminatorio reguladas en el artículo 6"*. Resulta desconcertante que la norma no haya previsto esta situación, cuando es precisamente en el entorno de trabajo donde se producen con mayor frecuencia comportamientos de acoso, dando lugar a una

[20] Sánchez E. y Larrauri, E.: *El nuevo delito de acoso sexual…*, ob. cit., p. 62.

infraprotección respecto de otros ámbitos que hasta ahora no tenían un régimen de infracciones y sanciones propio.

Por lo demás, como puede observarse la regulación del precepto es, en gran medida, similar a la que recibe la infracción por acoso sexual en la empresa anteriormente analizada, por lo que son trasladables a estos supuestos las conclusiones alcanzadas en relación al mismo.

No obstante, existe una drástica diferencia entre una infracción y otra, ya que ahora para que nazca la sanción es necesario que el empresario no sólo conozca los hechos, sino que, además, no actúe contra ellos.

Se trata de un añadido discutible que trae a la luz un entendimiento del acoso laboral que provoca no pocas distorsiones en relación con su persecución y cuyo alcance debe delimitarse claramente para evitar un mal mayor.

Así, en primer lugar, aunque sea obvio, no hay que dejar de significar que esta causa de exoneración sólo entra en juego cuando el autor del ilícito es un sujeto distinto al empresario o persona que ejerce el poder de dirección inherente a la empresa. No cabe entender que se esté poniendo a la víctima en la situación de comunicar en todo caso al empresario agresor que su conducta es indeseada[21]. Por tanto, sólo en los supuestos en que la autoría corresponde a un tercero será exigible que la conducta sea denunciada ante la empresa para que su inactividad perfeccione el tipo infractor.

En segundo lugar, este requisito solo es exigible en relación a esta concreta infracción y no puede extenderse a otros supuestos de responsabilidad empresarial. Me refiero, obviamente, a la ya analizada infracción por acoso sexual, pero también a las posibles sanciones por la falta de adopción de medidas preventivas. Respecto de la primera hay que señalar que en el momento de integrar esta infracción el legislador no opto por modificar el art. 8.13 LISOS, por lo que parece que se pretendió establecer un régimen jurídico diferenciado en cuanto al alcance de la infracción, seguramente en el entendimiento de que los acosos discriminatorios son menos graves que el acoso sexual. En este sentido, hay que recordar que, a la hora de determinar la responsabilidad laboralcivil de la empresa, no se exige este conocimiento fehaciente de la conducta a través de una denuncia formal para que la empresa actúe frente al acoso sexual. Cuando el Tribunal Constitucional ha intervenido vía recurso de amparo en relación con la responsabilidad de la empresa por acoso sexual, ha considerado que no es necesaria una denuncia de los hechos, bastando un mínimo conocimiento de los mismos. Así, en la STC 250/2007, de 17 de diciembre, se establece, en relación con las agresiones sexuales y requerimientos que sufrió una trabajadora en el barco en el que prestaba sus servicios, que, "*constando como hecho probado que las agresiones sexuales y requerimientos «eran conocidas en el barco», no resulta razonable deducir que tal conocimiento se constriñó a los trabajadores del buque y que no alcanzó a ningún responsable empresarial*", por lo que no puede eximirse su responsabilidad. En esta misma línea la STC 74/2007, de 16 de abril, sí eximió a una empresa de responsabilidad por el acoso moral cometido por un trabajador, jefe directo de la víctima, al no acreditarse que la empresa tuviera, "*si no pleno conocimiento, al menos una sospecha fundada de esos comportamientos y, advertidos, al menos los alentara pasivamente al no impedirlos*".

La responsabilidad civil y, por ende, administrativa de la empresa no se exonera por el hecho de no conocer de la conducta, sino que deberá demostrarse que la falta de conocimiento no le es imputable y que se adoptaron las medidas preventivas adecuadas. En este sentido, desde luego, hubiese sido preferible que se configurara la infracción por la comisión de un acoso discriminatorio de forma similar, determinando la culpabilidad desde un patrón de responsabilidad subjetiva, tomando

[21] Altés Tárrega, J.A.: *El acoso del trabajador…*, ob. cit., pp. 27 y 28.

como referencia la existencia y el grado de responsabilidad de la empresa y las posibilidades que tuvo la empresa para conocer la conducta y actuar frente a ella[22].

Por lo demás, incidiendo más en el elemento preventivo al que se acaba de hacer referencia y conectando con la segunda idea que pretendo exponer en cuanto a la limitación de esta causa de exoneración, coincido en la crítica hecha por otros autores a la mencionada doctrina del constitucional por relajar en exceso el deber preventivo del empleador[23]. Efectivamente, aunque sobre esta cuestión volveré más adelante, baste señalar aquí que sería un error y un grave retroceso llegar a entender que, en materia de prevención de violencia y acoso, la empresa cumple cuando, conocidas estas conductas, actúa frente a las mismas, excluyéndose la responsabilidad empresarial por actuaciones de terceros sin denuncia de los hechos.

3.1.3. Otras infracciones laborales en relación con la violencia y el acoso

Como se ha señalado, frente a la concepción omnicomprensiva de la violencia y el acoso en el Convenio 190 OIT, en la LISOS sólo aparecen expresamente mencionados el acoso sexual y los acosos discriminatorios, lo que no impide que otras manifestaciones de estos comportamientos puedan adherirse a algunas de las infracciones recogidas en dicho texto normativo.

De esta manera, en primer lugar, debemos referirnos al denominado acoso laboral, acoso moral en el trabajo o *mobbing* en su acepción inglesa. Este tipo de acoso, cuyas manifestaciones y efectos sobre los trabajadores se pusieron a la luz en estudios prácticamente coetáneos a los que sacaron a la luz el acoso sexual en el trabajo, continua sin tener en España, y en otros muchos países, una regulación expresa en el ámbito laboral y tampoco se recoge como una infracción administrativa. Sí se regula en cambio en el orden penal. El Código Penal recoge en el art. 173 un delito específico por estos comportamientos desde la reforma de la Ley Penal en 2010 (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)[24]. La ausencia de una regulación laboral ha determinado que, partiendo de su consideración como un atentado contra la dignidad de la persona en el trabajo (art. 4.2.e ET[25]), su formulación jurídica y su persecución se haya ido perfilando desde los tribunales y que le hayan sido de aplicación muchas de las medidas establecidas en relación con los acosos expresamente recogidos, minimizando de esta manera este déficit de regulación. En este sentido, el acoso en el trabajo se refiere a los ataques sistemáticos contra la dignidad de la persona, a la tortura psicológica y al hostigamiento moral que sufren los trabajadores en su entorno de trabajo, por actos cometidos por el empresario o por sus propios compañeros de trabajo, siendo ese carácter sistemático, que se manifiesta en la reiteración de los ataques, lo que lo diferencia del conflicto laboral puntual que puede surgir fruto de las tensiones que se generan en una relación laboral. Como señala el Tribunal Constitucional (STC 56/2019, de 6 de mayo), el acoso laboral "*engloba situaciones o conductas muy diversas de estrés laboral que tienen de común que, por su reiteración en el tiempo, su carácter degradante de las condiciones del trabajo o la hostilidad que conllevan, tienen por finalidad o como resultado atentar o poner en peligro la integridad personal del empleado*".

Pues bien, pese a la ausencia de un tipo infractor expreso, estos ilícitos pueden integrarse en el recogido en el art. 8.11 LISOS que considera infracción muy grave "*los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y la consideración debida a la dignidad de los*

[22] Altés Tárrega, J.A.: *El acoso del trabajador*…, p. 78.

[23] Molina Navarrete, C.: "Redes sociales digitales y gestión de riesgos profesionales: prevenir el ciberacoso sexual en el trabajo, entre la obligación y el desafío" [en línea], *Diario la Ley*, núm. 9452, 2019, pp. 13/19 y 14/19.

[24] Sobre la configuración de dicho delito y los problemas que plantea desde una perspectiva laboral me remito a Altés Tárrega, J.A.: "La represión penal del acoso en el trabajo", *Labos*, vol. 2, núm. 1, 2021, pp. 4367.

[25] En función de las circunstancias el *mobbing* puede asimismo implicar una vulneración del derecho a la ocupación efectiva (art. 4.2.a ET) o una discriminación para el empleo (art. 4.2.c ET).

trabajadores"[26]. El mayor problema derivado de este precepto ya ha salido a colación anteriormente. Al referirse a actos del empresario deja fuera de su ámbito de aplicación los posibles actos de acoso moral o *mobbing* llevados a cabo por terceros en el ámbito de dirección y control de la empresa, lo que implica una exención de responsabilidad administrativa respecto de dichas conductas.

En segundo lugar, el art. 8.11 LISOS permitiría integrar otras manifestaciones de violencia en el trabajo que no se manifiestan mediante conductas de acoso, en tanto en que constituyen un atentado contra la dignidad del trabajador, como ciertas conductas de violencia verbal o física en el trabajo.

En tercer lugar, hay que tener igualmente en cuenta que el art.7.10 LISOS establece que constituyen una infracción grave "(…) *los actos u omisiones que fueren contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el artículo 4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, salvo que proceda su calificación como muy graves, de acuerdo con el artículo siguiente"*. Así, se extiende la protección a otros actos de violencia y acoso de menor gravedad, como pueden ser algunos supuestos de acoso ambiental. Está será, de todas maneras, la gravedad mínima con que puedan calificarse estas conductas, que no podrán entenderse en ningún caso como leves[27].

3.1.4. Las sanciones aplicables y su graduación

De acuerdo con lo expuesto en los apartados precedentes, las sanciones aplicables a las conductas de acoso serán las dispuestas para las infracciones graves, esto es "*con multa, en su grado mínimo, de 751 a 1.500 euros, en su grado medio de 1.501 a 3.750 euros; y en su grado máximo de 3.751 a 7.500 euros"* (art. 40.1b LISOS); y para las muy graves: "*multa, en su grado mínimo, de 7.501 a 30.000 euros; en su grado medio de 30.001 a 120.005 euros; y en su grado máximo de 120.006 euros a 225.018 euros*" (art. 40.1.c LISOS).

Antes de comentar como se aplican estas cuantías, quiero dejar constancia de la que a mi juicio constituye la otra gran disfunción provocada por la Ley 15/2022, pues esta norma determina para las infracciones por discriminación sumas más altas que la LISOS. En particular, para las infracciones muy graves, entre las que se encuentra el acoso discriminatorio, se prevén multas, "*en su grado mínimo, de 40.001 a 100.000 euros; en su grado medio, de 100.001 a 200.000 euros; y en su grado máximo de 200.001 a 500.000 euros"* (art. 48). De nuevo se crea una desigualdad en relación con otros ámbitos de aplicación de la norma que carece de sentido, sobre todo si se tiene en cuenta que, seguramente, el ámbito de las relaciones laborales puede considerarse en muchos aspectos pionero en la protección de la igualdad y no discriminación.

Dicho esto, y continuando con lo establecido en la LISOS, la aplicación del grado concreto en cada caso va a depender de cual haya sido el comportamiento del empresario hacia la conducta. Como establece el art. 39.2 LISOS, "*las sanciones se graduarán en atención a la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o conveniencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores o de beneficiarios afectados en su caso, perjuicio causado y cantidad defraudada, como circunstancias que puedan agravar o atenuar la graduación a aplicar a la infracción cometida*". Al respecto, no hay

[26] Así lo viene entendiendo pacíficamente la doctrina. En este sentido, por ejemplo, Velázquez Fernández, M.: "Las posibilidades de actuación de la Inspección de Trabajo frente al acoso moral o *mobbing*", *Lan Harremank*, núm. 7, 2002, p. 162; Salvador Concepción, R.: *Defensa contra el acoso psicológico en el trabajo. Principales Cuestiones y Controversias,* Madrid, Dykinson, 2016, pp. 7376.

[27] Comparto en este sentido la opinión de la doctrina especializada, trasladándola al ámbito de la potestad sancionadora, que niega la posibilidad de calificar el acoso como una infracción laboral leve. En este sentido López Rubia, M.: "Los protocolos de acoso sexual y acoso por razón de sexo", en Pedrosa alquezar, S.I. (Coord.) *et al*: *Diseño e implementación de planes de igualdad en las empresas*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2020, p. 591.

que dejar de mencionar que durante mucho tiempo se mantuvo que el principio de culpabilidad jugaba exclusivamente en relación con la graduación de las sanciones[28].

En este sentido, entiendo que, cuando el acoso haya sido cometido por el empresario o por uno de sus representantes, la sanción vendrá impuesta casi siempre en el mayor de sus grados, aunque deberá tenerse en cuenta la gravedad del acoso. Sin embargo, cuando el acoso haya sido cometido por un trabajador debe valorarse para graduar la sanción la actitud del empresario ante el ilícito y la conducta observada en el caso específico[29]. Parece lógico entender que si el empresario tuvo una conducta pasiva frente al acoso deberá ser sancionado con mayor fuerza que si actuó para poner fin a la situación.

Además, la LISOS establece unas responsabilidades empresariales específicas cuando se cometen las infracciones señaladas en los artículos 8.12, 8.13 y 8.13*bis* LISOS, es decir las relacionadas con la discriminación y el acoso. Así, de acuerdo con el art. 46*bis*.1 LISOS las empresas perderán automáticamente y proporcionalmente al número de trabajadores afectados por la infracción cualquier ayuda y beneficio derivado de los programas de fomento de empleo desde la fecha de la infracción (a) y hasta por un periodo de seis meses a dos años desde la fecha de la resolución que impone la sanción (b).

Además, en los casos de acoso sexual y acoso discriminatorio, la empresa no podrá conmutar estas sanciones por la realización de un plan de igualdad en los términos del art. 46*bis*.2 LISOS, ya que esta posibilidad sólo se permite en caso de las infracciones tipificadas en los arts. 8.12 y 16.2 LISOS.

3.2. Infracciones en materia de salud laboral

Hoy en día está absolutamente asumido que la violencia y el acoso en el trabajo constituyen riesgos laborales encuadrados en los denominados riesgos psicosociales[30].

De hecho, la conexión entre el acoso en el trabajo y la salud laboral ha estado muy presente desde los primeros estudios que profundizaron en estos comportamientos y su repercusión en los entornos de trabajo. Así, por lo que respecta a nuestro país, la doctrina de finales de los años 90 y comienzo del nuevo siglo ya defendía que, en tanto que los daños físicos y morales que se derivan del acoso repercuten sobre la salud laboral del trabajador debían ser considerados como riesgos profesionales[31],

[28] Por ejemplo, Blasco Pellicer, A.: *Sanciones administrativas en el orden social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 32.

[29] *Vid.* Del Rey Guanter, S.: "Acoso sexual…", ob. cit., p. 108; y Lousada Arochena, J.F.: *El derecho de los…*, ob. cit., p. 260.

[30] En 1984 la OIT dio a conocer un informe sobre los factores psicosociales en el trabajo, determinando que los mismos consisten en "interacciones entre el trabajo, su medio ambiente, la satisfacción en el trabajo y las condiciones de su organización, por una parte, y por la otra, las capacidades del trabajador, sus necesidades, su cultura y su situación personal fuera del trabajo, todo lo cual, a través de percepciones y experiencias, pueden influir en la salud y en el rendimiento y la satisfacción en el trabajo" -OIT, *Factores Psicosociales en el Trabajo: Naturaleza, incidencia y prevención. Informe del Comité Mixto OIT-OMS sobre Medicina del Trabajo, novena reunión Ginebra, 18-24 de septiembre de 1984*, Ginebra, 1984. En España, la primera referencia legal a este tipo de riesgos se encuentra en los arts. 34 a 37 del Real Decreto 39/1997 de los Servicios de Prevención, donde aparecen como parte del contenido mínimo del programa de formación de los técnicos en prevención de nivel medio y superior. Sobre la evolución de este tipo de riesgos véase Moreno Jiménez, B.: "Factores y riesgos laborales psicosociales: conceptualización, historia y cambios actuales", *Medicina y Seguridad en el Trabajo*, núm. 57, 2011, pp. 4-19.

[31] Aunque en el derecho comparado hay estudios anteriores en esta línea, entre la doctrina española, se puede mencionar a Pérez Del Río, T.: "El acoso sexual en el trabajo. Su sanción en el orden social", *Relaciones Laborales*, núm. 17, 1990, p. 35; De Castro Fernández, L.: "O acoso sexual...", ob. cit., pp. 75 y 76; Escudero Rodríguez, R. "El acoso sexual...", ob. cit. p. 474; Lousada Arochena, J.F.: *El derecho de los...,* ob. cit., pp. 151 y 152; De Vicente

por lo que, si no se preveían debían aplicarse las sanciones previstas para el incumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, aun sin un tipo infractor específico[32]. Sin embargo, lo cierto es que la ausencia de referencias expresas a estos riesgos en la normativa hacía que, en la práctica, fuera muy difícil imponer sanciones por estos comportamientos, como parte de la doctrina[33] y la propia institución de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social advertían[34].

Sin embargo, en los años siguientes esta consideración fue cambiando al compás que, desde distintas instancias nacionales e internacionales, se acentuaba la correlación entre prevención de riesgos laborales y violencia y acoso en el trabajo. En este sentido, la OIT en un Informe de 2003 adoptaba la lógica de la prevención de riesgos para combatir la violencia y el acoso en el trabajo[35]; y, en el ámbito de la Unión Europea, se aprobó el *Acuerdo marco sobre el acoso y la violencia en el trabajo*, de 26 de abril de 2007[36], que en relación con el deber de protección se remite a la Directiva Marco 89/391/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo.

En España la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI) se convertía en la primera norma en obligar a las empresas a adoptar medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo, si bien, tanto esta Ley, como el Acuerdo Marco UE se refieren fundamentalmente a los sistemas de gestión internos de las quejas y denuncias por acoso en la empresa: los conocidos protocolos de acoso, que son medidas reactivas que se ponen en marcha cuando se han perfeccionado estas conductas.

Esta perspectiva preventiva se acabó de imponer en la UE con la Comunicación de la Comisión Europea de 10 de enero de 2017 sobre Trabajo más Seguro y Saludable para todos ― Modernización de le legislación y las políticas de la UE de salud y seguridad en el trabajo [COM(2017)12]. En ella, tras repasar las distintas opciones legislativas en esta materia de los estados miembros, se ha venido a señalar que, pese a la ausencia de referencias expresa en la mayoría de las normativas nacionales, "de conformidad con las disposiciones existentes a nivel de la UE, la empresa está obligada a proteger a los trabajadores contra los riesgos psicosociales y que estos riesgos deben tenerse debidamente en cuenta en el proceso de evaluación del riesgo".

Pachés, F. *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad,* Madrid, CES, 1998, p. 218; Cabeza Pereiro, J. y Lousada Arochena, J. F.: "El acoso sexual como riesgo laboral. STSJ 24 enero 2000 (AS 2000, 60), *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 1, 2000, pp. 2893-2897; y Pérez Del Rio, M. T. y Ballester Pastor, M.A.: *Mujer y salud laboral*, Madrid, La LeyActualidad, 2000, pp. 106 y ss.

[32] Pérez Del Río, T.: "El acoso sexual en el trabajo...", ob. cit., p 35; Cabeza Pereiro, J. y Lousada Arochena, J.F.: "El acoso sexual como riesgo laboral…", ob. cit.; y Nevado Fernández, M.J.: *El ejercicio del derecho al honor (por el trabajador) en el contrato*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 68.

[33] Altés Tárrega, J.A.: *El acoso sexual en…*, ob. cit., pp. 173 y ss.

[34] En este sentido, la Dirección General de Inspección de Trabajo y Seguridad Social advertía en su *Criterio Técnico 34/2003 sobre "mobbing" (acoso psicológico o moral)*, que "en tanto no se modifique la situación legislativa actual en España, bien por la adopción de iniciativas legislativas propias, bien en el marco de lo que se establezca en el ámbito europeo, las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en esta materia deben de practicarse en referencia a lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores, salvo supuestos muy excepcionales en los que pudiera aplicarse el artículo 13.4 de la LISOS, por infracción muy grave en materia de prevención de riesgos laborales". No obstante, en el cuerpo de inspectores había opiniones discrepantes con esta visión que defendían la aplicación de la normativa sobre riesgos laborales a las situaciones de *mobbing* —Velázquez Fernández, M.; "Las posibilidades de actuación de la Inspección de Trabajo frente al acoso moral o *mobbing*", *Lan Harremank*, núm. 7, 2002, pp. 155170.

[35] OIT: *Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia en el lugar de trabajo en el sector de los servicios y medidas para combatirla*, aprobado en Ginebra en la reunión del 8 al 15 de octubre de 2003

[36] Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo por la que se transmite el acuerdo marco europeo sobre el acoso y la violencia en el trabajo /COM/2007/0686final

De igual manera se entiende que nuestra LPRL, aun sin mencionarlos, da cobertura a los riesgos psicosociales y los incluye en el amplio deber de seguridad del empresario (art. 14 LPRL), por lo que, asume la obligación, entre otras de "*evaluar los riesgos que no se puedan evitar*" (art. 15.1.b LPRL), lo que incluye la preceptiva evaluación de los riesgos psicosociales sobre la totalidad de los puestos de trabajo. Debe tenerse en cuenta al respecto que el art. 4.7 (LPRL) define "*condición de trabajo*" como cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador; y que quedan específicamente incluidas en esta definición (letra d) "*todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador*". Pues bien, la organización, el contenido del trabajo y la propia manera en que se realiza la prestación pueden afectar tanto al bienestar o a la salud (física, psíquica o social) del trabajador, como al desarrollo del trabajo. Trabajar en condiciones psicosociales desfavorables propician la aparición de conductas y actitudes inadecuadas en el desarrollo del trabajo y repercuten perjudicialmente en la salud y el bienestar del trabajador[37]. Además, el art. 12.2 LPRL establece el deber empresarial de "*garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo*", por lo que se incluyen este tipo de riesgos con trascendencia sobre la psique del trabajador.

El Convenio 190 OIT se sitúa en esta misma línea. Es más, esta norma se construye desde el punto de vista preventivo[38], considerando la violencia y el acoso como conductas que tienen "*por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico*" (art. 1.1.a), es decir, que afectan negativamente a la salud en el trabajo, entendido el concepto de salud en un sentido amplio en consonancia con la definición que la OMS ofrece del mismo y que deben erradicarse para conseguir como fin último "*respetar, promover y asegurar el disfrute del derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso*" (art. 4.1). Así, se exige en el art. 9 a todo miembro "*adoptar una legislación que exija a los empleadores tomar medidas apropiadas y acordes con su grado de control para prevenir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, incluidos la violencia y el acoso por razón de género, en particular, en la medida en que sea razonable y factible:*

a) adoptar y aplicar, en consulta con los trabajadores y sus representantes, una política del lugar de trabajo relativa a la violencia y el acoso;

b) 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;

c) 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

d) proporcionar a los trabajadores y otras personas concernidas, en forma accesible, según proceda, información y capacitación acerca de los peligros y riesgos de violencia y acoso identificados, y sobre las medidas de prevención y protección correspondientes, inclusive sobre los derechos y responsabilidades de los trabajadores y otras personas concernidas en relación con la aplicación de la política mencionada en el apartado a) del presente artículo".

[37] INSST NTP 443: Factores psicosociales: metodología de evaluación.

[38] Como señala Pons Carmena, "desde la propia Exposición de motivos del Convenio hasta el último párrafo de la Recomendación, son numerosísimas las indicaciones que se muestran sobre la intención primaria de la normativa y las razones prioritarias que justifican su adopción" -cfr. "Aproximación a los nuevos conceptos…", ob. cit., p. 39.

La adhesión al Convenio 190 por parte de España no tiene especial trascendencia en términos sustantivos para la normativa de prevención de riesgos laborales, pues todas estas medidas están integradas en la misma, pero debe ayudar a superar el déficit que implica la ausencia de mención de los riesgos psicosociales, ya que deberá incluirse expresamente en la misma la protección frente a estos riesgos y, específicamente, frente a la violencia y el acoso, así como crear normas que desarrollen como deberá llevarse a cabo esta protección[39].

Desde esta lógica preventiva, el empresario incumple sus obligaciones por el mero hecho de no prevenir posibles comportamientos de violencia y acoso, aun sin que se concreten, si existe riesgo de que ocurran, como asumió la Inspección de Trabajo en un nuevo Criterio Técnico sobre la violencia y el acoso en el trabajo del año 2009[40].

Sin embargo, el problema de la violencia y el acoso en el trabajo ha venido adoleciendo de la atención necesaria desde un punto de vista jurídico y, por tanto, de las medidas y respuestas adecuadas tanto desde el punto de vista de la seguridad y salud en el trabajo como desde otros ámbitos a los que trasciende[41].

La ausencia de una conceptualización clara en la normativa de los riesgos psicosociales deriva en una deficiencia aplicativa efectiva en el plano empresarial y en su control administrativo y judicial[42]. Por ello, las decisiones judiciales, centradas especialmente en casos de acoso, no siguen siempre estos criterios.

Así, aunque la conexión entre la violencia y el acoso y la salud laboral se asumió tempranamente, calificando las consecuencias de estos comportamientos como accidentes de trabajo (STSJ Navarra de 30 de abril de 2001, Rec. 148/2001[43]), no existe un criterio unitario en la doctrina judicial. Junto con sentencias que optan por aplicar la lógica preventiva de la LPRL y asumen que "*la deuda de seguridad de la empresa con sus trabajadores no se agota en la protección frente a los riesgos objetivos del puesto de trabajo, sino que obliga también a prevenir los riesgos específicos derivados de las características o estado de salud de la persona que lo ocupa, en garantía de su derecho a un nivel de protección adecuado y eficaz en materia de salud y seguridad en el trabajo, con el correlativo deber del empresario de garantizarlo, con una atención y protección específicas*" (STSJ País Vasco, de 20 de febrero de 2007, Rec. 2742/2006), otras se alejan de estos postulados. Los riesgos psicosociales, al estar ligados a factores personales, no pueden prevenirse, por lo que el empresario cumple cuando, una vez conocidos, actúa frente a ellos, lo que impide que se deriven responsabilidades laborales o administrativas cuando no se tiene conocimiento de los mismos.

[39] En el mismo sentido, Molina Navarrete, C.: *El ciberacoso en el trabajo. Cómo identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas,* Las Rozas (Madrid), Wolters Kluwer, 2019, pp. 422 y ss.

[40] DIRECCIÓN GENERAL DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL: *Criterio Técnico 69/2009 sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de acoso y violencia en el trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2009.

[41] Ramos Quintana, M. I.: "Actos de violencia y estrés en el trabajo: análisis jurídico y marco europeo de prevención y protección", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 421, 2018, p. 25.

[42] En este mismo sentido Molina Navarrete, C.: "El recargo de prestaciones por infracción del deber de evaluar los riesgos psicosociales: la doctrina judicial hace «justicia disuasoria». Comentario a la STSJ, Sala Social, Cataluña, 14 de septiembre de 2010" [en línea], *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 89, 2011, p. 3/9 y 4/9.

[43] Siguen esa doctrina, entre otras, la STSJ Navarra de 18 de mayo de 2001, Rec. 134/2001; STSJ Navarra de 15 de junio de 2001, Rec. 220/2001; STSJ País Vasco, de 27 de junio de 2003, Rec. 1320/2003; STSJ Cataluña de 11 de abril de 2008, Rec. 8592/2006; STSJ Cataluña de 22 de octubre de 2013, Rec. 7237/2012; STSJ Galicia de 26 de mayo de 2017, Rec. 4887/2016; STSJ CastillaLa Mancha de 13 de diciembre de 2021, Rec. 1892/2020; STSJ Castilla y León, de 14 de julio de 2021, Rec. 327/2021.

En este sentido, como ya se ha mencionado, la STC 74/2007, de 16 de abril y la STC 250/2007, de 17 de diciembre requieren para desplegar la responsabilidad de la empresa que esta tenga un mínimo conocimiento de la situación de acoso; y amparándose en esta doctrina, pero llegando a un posicionamiento aún más restrictivo, la STS de 15 de diciembre de 1988, Rec. 178/2008 resolvió que la responsabilidad de la empresa no puede basarse "*en los deberes de prevención de riesgos laborales que al empresario le impone la Ley 31/95, de 8 de noviembre, pues las obligaciones empresariales establecidas en los arts. 14 y 15 de dicha ley en materia de prevención de riesgos laborales, evaluación de riesgos, información, consulta y participación y formación de los trabajadores con el objeto de garantizar la seguridad y salud de éstos, se refieren al propio entorno laboral en la que desarrollan su trabajo, es decir, que habrá de hacerse de manera adaptada a las peculiaridades de cada centro de trabajo, a las particularidades de las personas que prestan en él sus servicios y a la concreta actividad laboral que realicen, pero en modo alguno puede abarcar la prevención en un ámbito tan cambiante e impredecible como es el campo de las relaciones humanas entre los trabajadores que coinciden, incluso por azar, en el desempeño de su cometido laboral*".

En otros supuestos se avanza algo más y se imponen responsabilidades cuando se producen estos comportamientos sin que el empresario haya previsto protocolos de actuación en la empresa para canalizar estos conflictos (STSJ País Vasco de 24 de mayo de 2011, Rec. 1003/2011), es decir, cuando se incumplen las medidas preventivas previstas en la LOI y en el *Acuerdo marco sobre el acoso y la violencia en el trabajo*, que, todo sea dicho, tienen un carácter más reactivo que preventivo.

Como he señalado anteriormente, esta concepción de la violencia y el acoso en el trabajo no puede mantenerse. Es evidente que la actuación de las organizaciones no se limita a establecer protocolos y actuar de forma reactiva, sino que tienen un auténtico deber preventivo respecto de estos riesgos, sin que a ello obste, como hemos visto, la ausencia de reconocimiento expreso en la normativa.

Así, hay que resaltar las decisiones judiciales que han venido siguiendo esta interpretación, como la antes mencionada STSJ País Vasco, de 20 de febrero de 2007, Rec. 2742/2006 o la contenida en la STSJ Cataluña, de 10 de julio de 2012, Rec. 5037/2011, confirmada por la STS de 4 de marzo de 2014, Rec. 788/2013, que valida el recargo de prestaciones derivado de la ausencia de medidas de seguridad que causaron daños psicofísicos a una trabajadora, al entender vulnerados los artículos 14.1 y 2 y 4.7 LPRL referido a las condiciones de trabajo que puedan tener influencia significativa en generar riesgos para la seguridad y salud del trabajador y, específicamente, las características del trabajo entre las cuales se incluyen las relativas a la organización y ordenación que incrementen o influyen los riesgos a los cuales esté expuesta la persona trabajadora, al quedar probado que la empresa no tomó ninguna medida de prevención adecuada en relación con los riesgos psicosociales. Igualmente, hay que aplaudir la iniciativa de la Inspección de Trabajo expresada en Criterio Técnico 104/2021, sobre actuaciones en riesgos psicosociales[44], que toma como punto de partida la gestión preventiva de estos riesgos de acuerdo con las disposiciones básicas de la LPRL y el Reglamento de los Servicios de Prevención (Real Decreto 39/1997, de 17 de enero), lo que a buen seguro incrementará el control previo de la violencia y el acoso en el trabajo y del resto de riesgos psicosociales, sin necesidad de que se perfeccionen estas conductas[45].

[44] DIRECCIÓN DEL ORGANISMO ESTATAL INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, *Criterio Técnico 104/2021, sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en riesgos Psicosociales*, Madrid. Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021.

[45] Sobre las medidas preventivas que, en materia de violencia y acoso, debe implementar la empresa en atención a la normativa actual Altés Tárrega, J.A. y Estardid Colom, F.: "Violencia y acoso en el trabajo: plasmación en las empresas y mecanismos de prevención", *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, núm. 101, 2022.

3.2.1. Infracciones por incumplimientos de la obligación de prevenir y evitar la violencia y el acoso en el trabajo

Llegados a este punto, no queda sino ratificar la posibilidad de sancionar administrativamente a las empresas que incumplan con la obligación preventiva de la violencia y el acoso, lo que en atención a los ya mencionados Criterios Técnicos 69/2009 y 104/2021 ITSS puede dar lugar a las siguientes infracciones.

En primer lugar, la empresa incurrirá en infracción grave cuando incumpla con la obligación de evaluación de estos riesgos o de revisar y controlar periódicamente las condiciones de trabajo y actividades que pueden generar violencia y acoso en el trabajo (art. 12.1.b LISOS).

Igualmente, se cometerá una infracción grave cuando, tras llevar a cabo la evaluación e identificación de los posibles riesgos que puedan derivar en situaciones de violencia y acoso en el trabajo, no se planifique la activad preventiva para eliminarlos (art. 12.6 LISOS).

Además, el incumplimiento de las obligaciones de información y formación a los trabajadores sobre los riesgos en el trabajo y sobre las medidas preventivas aplicables que recogen los artículos 18 y 19 LPRL que conectan, a su vez, con la obligación de llevar a cabo campañas informativas y acciones de formación em materia de acoso sexual y acoso por razón de sexo conforme al art. 48 LOI, conllevan una infracción grave (art. 12.8 LISOS)

En segundo lugar, junto con estas posibles infracciones de carácter puramente preventivo, la empresa puede incurrir en otras que se perfeccionan cuando se ha tenido, o debiera haberse tenido, conocimiento de una situación de violencia o acoso en el trabajo y no se actúa diligentemente, lo que conllevaría un incumplimiento por acción u omisión del art. 14.2 LPRL En este sentido, en el Criterio Técnico 69/2009 se pone como ejemplo de estos incumplimientos no implantar en las empresas los sistemas de tramitación de denuncias y resolución de conflictos. Estos mecanismos de intervención empresarial están previstos en nuestra legislación para los casos de acoso sexual y acoso por razón de sexo (art. 48 LOI), pero el Convenio 190 OIT los exige para todos los supuestos de violencia y acoso en el trabajo (art. 10). Estos incumplimientos darían lugar a una infracción leve, grave o muy grave, en función de que este incumplimiento carezca de trascendencia grave para la integridad física o la salud de los trabajadores (art. 11.4 LILOS), dicha trascendencia sea grave (art. 12.16 LISOS) o grave e inminente (art. 13.10 LISOS).

También, aunque el Criterio Técnico 69/2009 no lo señala, si se constata una situación de violencia y acoso y no se adoptan protocolos o no se toman medidas, poniendo a disposición de la víctima los servicios de prevención de la empresa; o cuando se toman de manera equivocada y se actúa sobre las condiciones de trabajo de la víctima, manteniéndola o adscribiéndola a puestos de trabajo incompatibles con sus circunstancias personales o con su estado o situación transitoria causada por la violencia y el acoso en el trabajo, se incumple el art. 25 LISOS[46] y se comete una infracción grave (art. 12.7 LISOS) o muy grave (art. 13.4 LISOS).

Sí se recoge, en cambio, la infracción que puede derivarse de la falta de investigación sobre las causas que han dado lugar a una situación de violencia y acoso que ha afectado a la salud del trabajador, conforme a los arts. 16.3 LPRL y 12.3 LISOS.

[46] Vallejo Costa, R.: Acoso sexual y acoso por razón de sexo: riesgos de especial incidencia en la mujer trabajadora", *Revista de la Asociación Estatal de Centros Universitarios de Relaciones Laborales y Ciencias del trabajo*, núm. 17, 2006, pp. 72 y 73; y Altés Tárrega, J.A.: El acoso del trabajador…, ob. cit., p. 56.

En tercer lugar, en los casos de violencia y acoso ocurridos en centros de trabajo con presencia de trabajadores autónomos o con trabajadores de distintos empresarios puede dar lugar a responsabilidades derivadas de la falta de cooperación y coordinación de riesgos laborales (art. 24 LPRL), subsumibles en las infracciones previstas en el art. 12.13 y 13.7 LISOS.

Las sanciones previstas para el incumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales se encuentran en el art. 40.2 LISOS y son las siguientes:

a) Las leves, en su grado mínimo, con multa de 45 a 485 euros; en su grado medio, de 486 a 975 euros; y en su grado máximo, de 976 a 2.450 euros.

b) Las graves con multa, en su grado mínimo, de 2.451 a 9.830 euros; en su grado medio, de 9.831 a 24.585 euros; y en su grado máximo, de 24.586 a 49.180 euros.

c) Las muy graves con multa, en su grado mínimo, de 49.181 a 196.745 euros; en su grado medio, de 196.746 a 491.865 euros; y en su grado máximo, de 491.866 a 983.736 euros

Como puede observarse las cuantías previstas para los distintos tramos de estas sanciones son notablemente más altos que para los equivalentes en materia de relaciones laborales, lo que tiene consecuencias en caso de concurrencia de infracciones.

3.2.2. El recargo de prestaciones por accidente de trabajo o enfermedad profesional

Aunque no se trata propiamente de una sanción administrativa, resulta conveniente hacer un apunte al recargo de prestaciones por accidente de trabajo o enfermedad profesional. La consideración de la violencia y el acoso como riesgos profesionales psicosociales y sus consecuencias sobre la salud como un accidente de trabajo posibilitan aplicar el recargo previsto en el art. 164 LGSS. De acuerdo con este precepto "*todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por ciento, cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador*". Estamos ante una figura a la que el Tribunal Supremo atribuye una naturaleza compleja que combina aspectos preventivos, sancionadores e indemnizatorios y cuya gestión se articula de manera prestacional (STS de 23 de mayo de 2015, Rec. 2057/2015).

Para que nazca el recargo ha de existir un accidente de trabajo o enfermedad profesional, un incumplimiento previo de las obligaciones preventivas del empresario y una relación causal entre dicho incumplimiento y el resultado lesivo. Teniendo en cuenta que el incumplimiento de la normativa preventiva se ha entendido en un sentido amplio, de manera que basta con el incumplimiento de la obligación general de seguridad (STS de 26 de marzo de 1999, Rec. 1727/1998), no deberían existir excesivos problemas a la hora de aplicar el recargo de prestaciones a las situaciones de violencia y acoso, como han hecho, por ejemplo, la STSJ Cataluña de 10 de julio de 2012, Rec. 5037/2011, la STS de 4 de marzo de 2014, Rec. 788/2013, conformando la anterior o la STSJ Galicia de 26 de mayo de 2017, Rec. 4887/2016[47]. Sin embargo, en muchas ocasiones este reconocimiento ha estado demasiado

[47] La doctrina especializada ha defendido la imposición del recargo de prestaciones en caso de acoso en base al incumplimiento del deber general de prevención. En este sentido Olarte Encabo, S.: "Acoso moral y enfermedades psicolaborales: un riesgo calificable de accidente de trabajo. Progresos y dificultades", *Temas laborales: Revista*

ligado a la existencia de una actuación reactiva de la empresa frente a la situación de acoso y/o al previo conocimiento de la violencia y el acoso, sin tener en cuenta la lógica preventiva que, como hemos dicho, debe imperar en esta materia[48].

3.2.3. La situación de riesgo grave e inminente de violencia y acoso

A modo de segundo apunte, quiero referirme ahora a las distintas reacciones que el ordenamiento jurídico otorga a las personas trabajadoras y a la Inspección de trabajo cuando existe un riesgo grave e inminente de violencia y acoso.

El art 10 del Convenio 190 OIT contiene dos previsiones específicas en relación con estos supuestos graves e inminentes. De esta manera, en el apartado g) prescribe que los Estados deberán "*garantizar que todo trabajador tenga el derecho de alejarse de una situación de trabajo sin sufrir represalias u otras consecuencias indebidas si tiene motivos razonables para considerar que ésta presenta un peligro grave e inminente para su vida, su salud o su seguridad a consecuencia de actos de violencia y acoso, así como el deber de informar de esta situación a la dirección*"; y, en el apartado h), que deberán "*velar por que la inspección del trabajo y otras autoridades pertinentes, cuando proceda, estén facultadas para actuar en caso de violencia y acoso en el mundo del trabajo, incluyendo el dictado de órdenes que requieran la adopción de medidas de aplicación inmediata, o que impongan la interrupción de la actividad laboral en caso de peligro inminente para la vida, la salud o la seguridad de los trabajadores, a reserva de cualquier recurso judicial o administrativo que pueda prescribir la legislación*".

Nuestro ordenamiento recoge estas dos previsiones de forma genérica en relación con cualquier riesgo grave e inminente, incluidos por tanto los riesgos psicosociales que pueden determinar una situación de violencia y acoso en el trabajo, como la propia Inspección de Trabajo y Seguridad Social reconoce en el Criterio Técnico 69/2009, en relación con la orden de paralización, aunque considerándolo un supuesto muy excepcional que deberá tener en cuenta especialmente la particular vulnerabilidad de la víctima ante esas circunstancias, "de acuerdo con los informes o antecedentes médicos de los que el Inspector pueda tener conocimiento".

Así, por un lado, en estos casos se dota al trabajador con un supuesto *ius resitentiae* reconocido legalmente frente al poder de dirección empresarial. de manera que "*el trabajador tendrá derecho a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo, en caso necesario, cuando considere que dicha actividad entraña un riesgo grave e inminente para su vida o su salud*" (art. 21.2 LPRL). Además, la norma consagra una garantía de indemnidad, blindando estas decisiones frente al poder disciplinario del empresario, por lo que el trabajador no podrá "*sufrir perjuicio alguno derivado de la*

andaluza de trabajo y bienestar social, núm. 80, 2005, pp. 65-94; Marcos González J.I. y Molina Navarrete, C.: "El recargo de prestaciones por infracción preventiva y el acoso moral en el trabajo razones para corregir un nuevo 'error judicial'. Comentario al STSJ Cantabria de 27 de febrero de 2006 y a la SJS núm. 4 de Donosti, 27 de octubre de 2006", en Bomblás, M.A. y Fernández Baraibar, M. (Coords.) *et al*: *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, 2007, pp. 1123-1132; García Ortega, J.: "El recargo de prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional: determinación de la falta de medidas de seguridad por riesgo psicosocial (acoso moral horizontal) y la compatibilidad del recargo con la indemnización por daños morales", *Aranzadi Social: Revista Doctrinal,* núm. 2, 2008, pp. 67-72; Azagra Solano, M.: "Recargo de prestaciones: ¿también en los casos de mobbing?", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2010, pp. 67-80; Molina Navarrete, C.: "El recargo de prestaciones por infracción del deber de evaluar los riesgos psicosociales…", ob. cit. p. 7/9; Gómez-Millán Herencia, M.J.: "La incompleta tutela del recargo en supuestos de acoso laboral. Comentario a la STS, Sala de lo Social, de 14 febrero 2012 (RJ 2012, 3764)" [en línea], *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 7, 2012.

[48] Véase un repaso crítico de estas dediciones judiciales en Molina Navarrete, C.: *El ciberacoso en el trabajo…*, ob. cit., pp. 363 y ss.

adopción de las medidas a que se refieren los apartados anteriores, a menos que hubieran obrado de mala fe o cometido negligencia grave" (art. 21.4 LPRL).

Y, por otro lado, el art. 9.1.g LPRL, posibilita a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social "*ordenar la paralización inmediata de trabajos cuando, a juicio del inspector, se advierta la existencia de riesgo grave e inminente para la seguridad o salud de los trabajadores*", concretándose esta actuación en el en el art. 44 LPRL.

Por tanto, en relación con estas prerrogativas, la empresa puede incurrir en infracciones calificadas muy graves cuando, por acción u omisión, se impida "*el ejercicio del derecho de los trabajadores a paralizar su actividad en los casos de riesgo grave e inminente, en los términos previstos en el artículo 21 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*" (art. 13.9 LISOS); o cuando no paralice ni suspenda "*de forma inmediata, a requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, los trabajos que se realicen sin observar la normativa sobre prevención de riesgos laborales y que, a juicio de la Inspección, impliquen la existencia de un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores, o reanudar los trabajos sin haber subsanado previamente las causas que motivaron la paralización*" (art. 13.3 LPRL). Así pues estas actuaciones empresariales se sancionarán pecuniariamente con las cantidades establecidas en el antes mencionado art. 40.2.c LISOS.

4. LOS SUPUESTOS DE CONCURRENCIA DE INFRACCIONES

Finalmente, se ofrece ahora un tercer apunte sobre las reglas que rigen la concurrencia entre infracciones administrativas y entre estas y las infracciones penales.

Pues bien, por un lado, el carácter pluriofensivo de las conductas de violencia y acoso puede dar lugar a que los mismos hechos se integren en más de un tipo de infracción administrativa, de manera que pueden concurrir varías infracciones laborales o, y especialmente, infracciones en materia laboral y de prevención de riesgos laborales laboral. En este último caso, la concurrencia se produce cuando se haya constatado la existencia de una situación de violencia y acoso y, al mismo tiempo, se hayan vulnerado las obligaciones de prevención y protección de la salud de los trabajadores, pero también cuando sea de aplicación el art. 7.10 LISOS, esto es, cuando se hayan producido actos u omisiones que han dado lugar a una situación de violencia, que no puede considerarse muy grave y, al mismo tiempo, la empresa no ha previsto estos riesgos o no ha intervenido frente a ellos adecuadamente.

Estas situaciones se han resuelto aplicando al orden sancionador administrativo los principios que rigen el derecho penal, en especial el principio *non bis in idem*, impidiendo que se "*sancione repetidamente una misa conducta, por entrañar esta posibilidad una inadmisible reiteración en el ejercicio del "ius puniendi" del Estado"* (STC 94/1986, de 8 de julio)[49]. De esta manera, se aplican las reglas sobre concurso de normas que protegen un mismo bien jurídico desde distintas perspectivas y, en su caso, el del concurso ideal de infracciones, por lo que cabe entender que debe penalizarse exclusivamente la sanción más grave[50].

Sobre esta base, cuando concurren infracciones laborales y de prevención de riesgos, generalmente se acudirá a la normativa sobre salud laboral, por ser las sanciones más fuertes en este

[49] La Ley 15/2022 que, como se ha señalado, no resulta de aplicación en materia de infracciones y sanciones en el orden social si señala expresamente en su art. 46.1 la incompatibilidad entre sanciones administrativas.

[50] De Castro Fernández, L.F.: "O acoso sexual...", ob. cit., p. 82; y Lousada Arochena, J.F.: *El derecho de los trabajadores…*, ob. cit., p. 261.

orden. No obstante, puede darse una concurrencia entre infracciones preventivas grave y laborales muy graves, en cuyo caso serán de aplicación estas últimas.

Por otro lado, las conductas de acoso y violencia en el trabajo pueden dar lugar a hechos constitutivos de ilícitos penales en concurrencia con las infracciones laborales y en materia de prevención de riesgos descritas en este estudio. Esto ocurre en los supuestos de lesiones, tanto físicas como psíquicas (art. 147 CP), cuando se ejercen coacciones (art. 172 CP) y, de forma más específica, en los atentados contra la integridad moral y en los supuestos de acoso laboral (art. 173 CP), en relación con el acoso sexual (art. 184 CP) y en los supuestos de discriminación grave (art. 314 CP) e infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales (arts. 316 y 317 CP).

En relación a esta posibilidad el principio *non bis in idem* se desarrolla en la LISOS estableciendo las reglas de concurrencia entre estos dos ordenamientos sancionadores.

De esta manera, se impide que puedan "*sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento*" (art. 3.1 LISOS); y, en los casos, en que se inicie con anterioridad la vía administrativa, si se entiende que las infracciones pueden ser constitutivas de ilícito penal, "*la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia o proseguir actuaciones"* (art. 3.3 LISOS).

La paralización del expediente administrativo sancionador por el inicio de actuaciones penales debe ser acordada cuando haya plena coincidencia de sujetos, hechos y fundamento entre el ilícito penal y la sanción administrativa que se pretende imponer. A estos efectos se debe tener en cuenta que la tipificación de los ilícitos penales no tiene el mismo contenido que las infracciones administrativas en el orden social y que, por regla general, la definición de las conductas infractoras suele ser más amplia y precisa; y que, como ya se dijo, el requisito de dolo y gravedad no tiene la misma trascendencia en las sanciones penales y administrativas, aplicándose durante mucho tiempo como un mero factor agravante de la sanción.

Finalmente, debe tenerse presente que la consideración de las conductas de violencia y acoso como un accidente de trabajo y la posibilidad de que el empresario se vea compelido a incrementar por su cuenta las prestaciones que se deriven de tal consideración, no le eximen de otras responsabilidades, puesto que, a tenor del art. 164.3 LGSS, "*la responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción*". Esta compatibilidad se señala también en el art. 42.3 LPRL, el cual establece que "*las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social que puedan ser fijadas por el órgano competente de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de dicho sistema*".

Sobre esta compatibilidad y la aparente colusión del principio *non bis in idem* que se deriva de la, en parte, naturaleza sancionatoria del recargo de prestaciones debe recordarse que la jurisprudencia ha establecido que esta regla "*no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplen, por ello, desde perspectivas diferentes (por ejemplo, como ilícito penal y como infracción administrativa o laboral)*"; y que "*es indudable que recargo de prestaciones y sanción administrativa no contemplan el hecho desde «la misma perspectiva de defensa social», pues mientras el recargo crea una relación indemnizatoria*

empresario-perjudicado, la sanción administrativa se incardina en la potestad estatal de imponer la protección a los trabajadores" (STS de 2 octubre de 2000, Rec. 2393/1999, recogiendo la doctrina de la STC 159/1985, de 25 de junio).

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Tras este repaso al marco jurídico actual, se pueden poner de relieve algunas consideraciones sobre su compatibilidad con el Convenio 190 OIT. La primera de ellas y, sin duda, muy significativa es que puede afirmarse que nuestro ordenamiento jurídico cumple con las directrices que determina dicho Convenio, lo que no quita que sean necesarias algunas actuaciones precisas por parte de nuestro legislador.

En primer lugar, por una parte, en función de la decisión que se adopte en cuanto a conceptualizar violencia y acoso de forma conjunta o separadamente deberían incorporarse infracciones y sanciones que aglutinaran todas estas situaciones, integrando el acoso laboral o *mobbing*. Lo más natural sería establecer una infracción muy grave por acoso, independientemente de su naturaleza sexual, discriminatoria o de vulneración de la integridad moral del individuo y otras que podrían calificarse como graves y muy graves que recojan otros tipos de violencia en función de cómo se definan los mismos.

Por otra parte, resulta necesario revisar y corregir las disfunciones que ha provocado la Ley 15/2022 en relación con la infracción del acoso discriminatorio y las cuantías de las sanciones relativas a las conductas discriminatorias independientemente de la manera en que se perfeccionen (discriminación directa, indirecta, acoso sexual, discriminatorio o de cualquier otra manera). En otro caso, el ámbito de las relaciones laborales se ve infraprotegido respecto de otros incluidos en la norma mencionada, pese a ser pionero en la regulación de estos ilícitos y sus consecuencias.

Además, en mi opinión, es crucial que se elimine de los tipos infractores toda referencia a la necesidad de que exista un conocimiento del comportamiento por parte de la empresa. No se hace eco la norma de la débil posición en que se encuentran las víctimas de acoso, conviviendo en un entorno hostil en el que reciben muy pocos ánimos, que suelen esconder su situación y que, en ocasiones, reciben tal daño psicológico que llegan a verse como merecedoras de la conducta.

Ahondando en esta cuestión, hay que tener en cuenta que, desde un punto de vista jurídico, se olvida que estamos ante derechos subjetivos de los trabajadores frente a la empresa. Se está, por tanto, ante auténticos derechos de protección que obligan a la empresa a implicarse para que no se produzcan y que, cuando sucedan, se sancionen adecuadamente. La empresa, en consecuencia, no puede mantener una conducta pasiva esperando el momento de actuar[51] y debe actuar preventivamente, evaluando los riesgos de que ocurran estos comportamientos.

Esto enlaza con la segunda y necesaria intervención legislativa, pues esta premisa preventiva está muy presente en el Convenio 190 y, aunque no puede decirse que nuestra normativa en materia de prevención de riesgos no la incluya, habrán de incorporarse a la misma previsiones específicas en esta materia, tanto en la LPRL, incluyendo los riesgos psicosociales y la violencia y acoso, como en la normativa reglamentaria, a fin de establecer protocolos para facilitar a las empresas identificar los riesgos y planificar su prevención e intervenir en caso de que se materialicen. Ello, en fin, permitirá incluir entre las infracciones relativas a la prevención de riesgos laborales referencias a los incumplimientos relativos a los riesgos psicosociales y, en especial, a la violencia y el acoso en el trabajo.

[51] Altés Tárrega, J.A.: *El acoso del trabajador…*, ob. cit., pp. 77 y 78.

6. BIBLIOGRAFÍA

Altés Tárrega, J.A.: *El acoso sexual en el trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

Altés Tárrega, J.A.: *El acoso del trabajador en la empresa (consideraciones al hilo de la Ley 62/2003 de Medidas Fiscal y la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

Altés Tárrega, J.A.: "La represión penal del acoso en el trabajo", *Labos*, vol. 2, núm. 1, 2021.

Altés Tárrega, J.A. y Estardid Colom, F.: "Violencia y acoso en el trabajo: plasmación en las empresas y mecanismos de prevención", *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, núm. 101, 2022

Azagra Solano, M.: "Recargo de prestaciones: ¿también en los casos de mobbing?", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2010.

Blasco Pellicer, A.: *Sanciones administrativas en el orden social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.

Cabeza Pereiro, J. y Lousada Arochena, J.F.: "El acoso sexual como riesgo laboral. STSJ 24 enero 2000 (AS 2000, 60), *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 1, 2000.

De Castro Fernández, L.F.: "O acoso sexual no traballo", *Revista Galega de Dereito Social*, núm. 8, 1993.

De Vicente Pachés, F. *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Madrid, CES, 1998.

Del Rey Guanter, S.: "Acoso sexual y relación laboral", *Relaciones Laborales*, núm. 34, 1993.

Delgado Ruiz, J. "Régimen sancionador de la Ley de Igualdad", en Mercader Uguina, J.R. (Coord.) *et al*: *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

Duréndez Sáez, I.: *La sanción administrativa en el orden laboral*, Murcia, Universidad de Murcia, 2006.

Escudero Rodríguez, R.: "El acoso sexual en el trabajo", *Relaciones Laborales,* 19932.

García Ortega, J.: "El recargo de prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional: determinación de la falta de medidas de seguridad por riesgo psicosocial (acoso moral horizontal) y la compatibilidad del recargo con la indemnización por daños morales", *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, núm. 2, 2008.

Gómez-Millán Herencia, M.J.: "La incompleta tutela del recargo en supuestos de acoso laboral. Comentario a la STS, Sala de lo Social, de 14 febrero 2012 (RJ 2012, 3764)" [en línea], *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 7, 2012.

López Rubia, M.: "Los protocolos de acoso sexual y acoso por razón de sexo", en Pedrosa alquezar, S. I. (Coord.) *et al*: *Diseño e implementación de planes de igualdad en las empresas*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2020.

Lousada Arochena, J.F.: "La sanción administrativa del acoso sexual laboral tras la ley 50/98, del 30 de diciembre", *Revista de Derecho Social*, núm. 10, 2000.

Lousada Arochena, J.F.: *El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual*, Granada, Comares, 2006.

Marcos González J.I. y Molina Navarrete, C.: "El recargo de prestaciones por infracción preventiva y el acoso moral en el trabajo razones para corregir un nuevo 'error judicial'. Comentario al STSJ Cantabria de 27 de febrero de 2006 y a la SJS n.º 4 de Donosti, 27 de octubre de 2006", en Bomblás, M.A. y Fernández Baraibar, M. (Coords.) *et al*: *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, 2007.

Molero Manglano, C.: "El acoso sexual: elementos sustantivos y problemas procesales. A propósito de la STC de 13 de diciembre de 1999", *Actualidad Laboral*, núm. 15, 2000.

Molina Navarrete, C.: "El recargo de prestaciones por infracción del deber de evaluar los riesgos psicosociales: la doctrina judicial hace «justicia disuasoria». Comentario a la STSJ, Sala Social, Cataluña, 14 de septiembre de 2010" [en línea], *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 89, 2011.

Molina Navarrete, C.: "Redes sociales digitales y gestión de riesgos profesionales: prevenir el ciberacoso sexual en el trabajo, entre la obligación y el desafío" [en línea], *Diario la Ley*, núm. 9452, 2019.

Molina Navarrete, C.: *El ciberacoso en el trabajo. Cómo identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas*, Las Rozas (Madrid), Wolters Kluwer, 2019.

Moreno Jiménez, B.: "Factores y riesgos laborales psicosociales: conceptualización, historia y cambios actuales", *Medicina y Seguridad en el Trabajo*, núm. 57, 2011.

Nevado Fernández, M.J.: *El ejercicio del derecho al honor (por el trabajador) en el contrato*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

Olarte Encabo, S.: "Acoso moral y enfermedades psicolaborales: un riesgo calificable de accidente de trabajo. Progresos y dificultades", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social,* núm. 80, 2005.

Pérez Del Rio, M.T. y Ballester Pastor, M.A.: *Mujer y salud laboral*, Madrid, La LeyActualidad, 2000.

Pérez Del Río, T.: "El acoso sexual en el trabajo. Su sanción en el orden social", *Relaciones Laborales*, núm. 17, 1990.

Pons Carmena, M.: "Aproximación a los nuevos conceptos sobre violencia y acoso en el trabajo a partir de la aprobación del Convenio 190", *Labos,* núm. 2, 2020.

Ramos Quintana, M.I.: "Actos de violencia y estrés en el trabajo: análisis jurídico y marco europeo de prevención y protección", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 421, 2018.

Rodríguez Escanciano, S.: "La potestad sancionadora de la Administración en el ámbito laboral", *Documentación Administrativa*, núm. 282283, 2009.

Salvador Concepción, R.: *Defensa contra el acoso psicológico en el trabajo. Principales Cuestiones y Controversias*, Madrid, Dykinson, 2016.

Sánchez, E.; Larrauri, E.: *El nuevo delito de acoso sexual y su sanción administrativa en el ámbito laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

Valverde Asencio, A.J.: *La responsabilidad administrativa del empresario en la relación laboral*, Madrid, Civitas, 1996.

Vallejo Costa, R.: Acoso sexual y acoso por razón de sexo: riesgos de especial incidencia en la mujer trabajadora", *Revista de la Asociación Estatal de Centros Universitarios de Relaciones Laborales y Ciencias del trabajo,* núm. 17, 2006.

Velázquez Fernández, M.; "Las posibilidades de actuación de la Inspección de Trabajo frente al acoso moral o *mobbing*", *Lan Harremank*, núm. 7, 2002.

Yagüe Blanco, S.: "Violencia y acoso en el trabajo: un análisis del nuevo concepto a la luz del 190 Convenio de la OIT", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 57, 2020.

nº 4 (3er Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

El derecho al descanso en la nueva realidad laboral, especial referencia al fenómeno del teletrabajo

The right to rest in the new working reality, special reference to the phenomenon of teleworking

Sheila López Vico *Contratada predoctoral FPU. Universidad de Granada*
https://orcid.org/0000-0002-2608-3436

Cita Sugerida: LÓPEZ VICO, S. "El derecho al descanso en la nueva realidad laboral, especial referencia al fenómeno del teletrabajo". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. núm. 4 (2022): 123-143.

Resumen	Abstract
El presente trabajo tiene como objetivo analizar críticamente el actual marco normativo del derecho a la desconexión digital en España, atendiendo especialmente a la reciente regulación de este derecho contenida en la Ley 10/2021 de trabajo a distancia. Para ello se partirá del análisis del concepto de derecho a la desconexión digital, así como de los principales efectos que se derivan de la vulneración del mismo. Tras ello, se realizará un breve recorrido por la regulación de esta figura en nuestro país, así como también de los principales pronunciamientos existentes en esta materia en el ámbito europeo, comunitario e internacional. Finalmente, se recogerán una serie de conclusiones críticas y propuestas de *lege ferenda*.	The aim of this paper is to critically analyze the current regulatory framework of the right to digital disconnection in Spain, overall in view of the recent regulation of this right by the Law 10/2021 on telecommuting. For this purpose, we will start analyzing the concept of the right to digital disconnection, as well as the main effects derived from its violation. After that, a brief review will be made of the regulation of this figure in our country, as well as of the main existing pronouncements on this matter at the European, community and international level. Finally, a series of critical conclusions and proposals for lege ferenda will be presented.

Palabras clave	Keywords
Teletrabajo; Tecnología; derechos; descanso; desconexión	Teleworking; Technology; rights; break; disconnection

1. INTRODUCCIÓN

Resulta imposible negar, la incidencia que las nuevas tendencias empresariales han tenido en el ámbito laboral. La íntima relación que presentan ambas ramas -derecho y economía-, hace que las tendencias manifestadas en una de ellas, marque inevitablemente la evolución de la otra[1]. Las nuevas condiciones del mercado empresarial, como son la globalización, la hipercompetitividad, la digitalización, robotización, etc., exigen una mayor capacidad de adaptación al entorno por parte de las empresas, lo cual, se ha reflejado a su vez en el Derecho del Trabajo, haciendo que en las últimas modificaciones legislativas se haya potenciado la flexibilización y desregulación[2].

No obstante, la rapidez con la que se han producido dichos cambios, y su incidencia en los derechos de los trabajadores ha hecho que esta tendencia reformista haya dado lugar en muchos

[1] *Vid*. Monereo Pérez, J.L.: *Las reconversiones industriales en el Derecho del Trabajo*, Granada, Universidad de Granada, 1988, p. 14.

[2] Cfr. Monereo Pérez, J.L.: "La gestión integral de riesgos laborales: salud pública ambiental y salud laboral" en Vila Tierno, F., Monereo Pérez, J.L., Rivas Vallejo, M.P. y Álvarez Cortés, J.C. (Dirs.) *et al*: *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19*, tomo II, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p. 48.

Fecha Recepción: 21/03/2022 - Fecha Revisión: 05/09/2022 - Fecha Aceptación: 05/09/2022
Pags. 123-143

casos a una desprotección de los trabajadores[3], especialmente en aquellos casos en los que las nuevas tecnologías juegan un papel protagonista, como es el caso de las plataformas colaborativas y el teletrabajo.

Esta situación se ha visto aún más acentuada como consecuencia de la incidencia del Covid-19 en nuestro sistema político, económico y social[4]. La pandemia ha dado lugar a un crecimiento sin precedentes en nuestro país en la utilización de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (en adelante y para abreviar TICS), al ser estas las únicas que permitían mantener el contacto con otras personas durante el periodo de confinamiento sin riesgo de contagio[5]. Como es evidente, ante esta situación, marcada por la paralización de toda actividad económica no esencial, las empresas, con el fin de evitar consecuencias económicas irreparables, instauraron de manera acelerada la modalidad de teletrabajo en sus organizaciones.

Como ya se ha comentado, los cambios empresariales influyen en la legislación, produciéndose una incidencia bilateral entre ambas ramas, lo cual se reflejó en nuestro país en la aprobación de diversas normativas de emergencia[6] que potenciaron la utilización de las herramientas tecnológicas en el ámbito laboral -como el teletrabajo-, al permitir por un lado, aunar la protección de la salud y seguridad de los trabajadores evitando el contacto entre los mismos, y por otro lado, permitir a las empresas continuar su actividad productiva, reduciendo así la incidencia que la pandemia tuvo en las mismas. No obstante, dichos cambios radicales y precipitados se produjeron en un marco normativo caracterizado por la inexistencia de medidas garantistas suficientes que permitiesen aunar ambos objetivos -flexibilización y protección de los trabajadores-.

En definitiva, la rápida evolución que en los últimos años han experimentado las TICS, junto a la globalización y la pandemia, ha hecho que se tomen medidas -como la instauración del teletrabajo- de manera acelerada y sin el respaldo normativo suficiente. Ello, como no podía ser de otra forma, ha dado lugar a una desprotección de los trabajadores como parte débil de la relación laboral, los cuales han visto como no se respetaban derechos por los que se luchó durante décadas y

[3] En este sentido lo ha recogido Monereo Pérez, J.L.: "La renta mínima garantizada como medida estructural del sistema de seguridad social en la "sociedad del riesgo", *Revista Lex Social,* vol. 10, núm. 2, 2020, p. 432, al disponer que "lo que sí se aprecia son cambios sobre el empleo harto significativo: un empleo menos estandarizado; un empleo más fraccionado e inestable donde tienden a expandirse las plataformas digitales (Cabify, Uber, Airbnb o Upwork, etc., con formas de empleo difusas -zonas grises- entre la autonomía y la subordinación. De ahí su elevada controversia judicial), la llamada economía "colaborativa" (que en general lo es poco por ocultar la realidad de una relación subordinada); el sometimiento de la organización del trabajo y del empleo a transformaciones permanentes y no siempre previsibles, pues suelen estar presididas por la incertidumbre, con la consecuencia de un incremento de la flexibilidad laboral interna y externa; y la tendencia hacia la mercantilización y remercantilización de ámbitos dominados por el empleo público (con flujos y reflujos en este proceso discontinuo).".

[4] Hay autores que han recogido la crisis derivada del Covid-19 como un "hecho social total", ya que la misma impacta y convulsa el conjunto de las relaciones y estructuras sociales, y conmociona a la totalidad de los actores (políticos, sociales y económicos), de las instituciones y de los valores de la sociedad, planteando una exigencia de recomposición de la cohesión social." En este sentido Monereo Pérez, J.L., Ojeda Avilés, A. y Gutiérrez Bengoechea, M.: *Reforma de las pensiones públicas y planes privados de pensiones*, Murcia, Laborum, 2021, p. 31.

[5] Véase al respecto la información estadística ofrecida por el INE: "Indicador de Confianza Empresarial (ICE), módulo de Opinión sobre el Impacto de la COVID-19: segundo semestre de 2020 y primer semestre de 2021", disponible en: https://www.ine.es/daco/daco42/ice/ice_mod_covid_0121.pdf.

[6] Entre ellas, destaca la aprobación del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (a partir de ahora RD 8/2020), el cual dispuso en el segundo párrafo de su artículo 5 que "se establecerán sistemas de organización que permitan mantener la actividad por mecanismos alternativos, particularmente por medio del trabajo a distancia, debiendo la empresa adoptar las medidas oportunas si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado. Estas medidas alternativas, particularmente el trabajo a distancia, deberán ser prioritarias frente a la cesación temporal o reducción de la actividad.".

que ya le habían sido reconocidos[7]. En este sentido, son diversos los derechos a los que podría hacerse referencia, prevención de riesgos laborales, derecho a la intimidad y a la indemnidad[8], protección de datos personales, derechos colectivos, derecho a la igualdad -especialmente desde un punto de vista de género[9]-, etc.

Sin embargo, merece especial atención el derecho al descanso, ante las graves consecuencias que se derivan de su vulneración, no solo para el trabajador, cuya salud puede verse afectada por la ausencia del descanso necesario legalmente establecido, sino también para la propia empresa, especialmente en lo que se refiere a su productividad. Además, este derecho, clásicamente protegido en nuestro ordenamiento, ha sido uno de los derechos que mayores cambios ha sufrido como consecuencia de la digitalización[10].

Para comprender la incidencia que las recientes tendencias empresariales han tenido en el derecho al descanso debe de partirse de un análisis del ámbito social actual al cual se encuentra inevitablemente ligada la evolución del derecho objeto de estudio[11]. El desarrollo tecnológico ha facilitado considerablemente el acceso a estos dispositivos electrónicos, no solo por la gran variedad existente en el mercado, sino también por la reducción de su coste -lo cual permite que esté al alcance de gran parte de la población-. Este hecho, unido a la existencia de una población con mayor grado de formación-especialmente en habilidades digitales- y a la expansión de los trabajos cualificados o de carácter intelectual, ha hecho que actualmente todas las personas dispongan de diversas herramientas tecnológicas.

Estas herramientas, incorporadas como elementos de uso diario tanto en el ámbito personal como profesional, facilitan la comunicación entre trabajadores, clientes, empresarios…, a cualquier hora del día e independientemente de la ubicación física[12]. Es evidente que esta facilidad de conexión se manifiesta no solo por medio de los canales informales de comunicación -con el uso de redes

[7] Así lo recoge Ayala Sánchez, A.: "Un triángulo imperfecto: TICS, empresarios y trabajadores", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 59, 2021, p. 594, al disponer que "no es legítimo que al amparo de la revolución tecnológica 4.0, el trabajador vea mermadas sus garantías laborales en pleno siglo XXI, logradas con no poco esfuerzo durante decenios…".

[8] Al respecto cabe destacar, por su actualidad y detalle, el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid de 30 de diciembre del año 2021, en la cual se declaró procedente el despido disciplinario de una trabajadora por indisciplina y desobediencia en el trabajo, transgresión de la buena fe contractual, y disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo. Ello pese a existir un sistema de control empresarial que "*no cumple con los estándares de respeto del derecho fundamental a la intimidad*" tal y como recoge expresamente dicho Tribunal, al haber instalado la empresa en el ordenador privado de la trabajadora un programa de control que le permitía a la empresa acceder al mismo, comprobando *"lo que la trabajadora hacía en la pantalla y realizar capturas, escuchar las llamadas en línea, grabar las llamadas, controlar los tiempos de línea, pausas, descansos, tiempos y tiempos de codificación*." Pese a lo cual, al haber obtenido la empresa dicha información sin la utilización de dichos medios ilegítimos se concluyó, tal y como hemos indicado, que el mismo era procedente al haber sido además la trabajadora informada y haber autorizado ella misma dichos medios de control.

[9] Una profundización en este sentido puede encontrarse en Garrigues Giménez, A.: "La dimensión preventiva de la COVID-19 y su impacto en la salud laboral de las mujeres. La inclusión -o no- de la perspectiva de género en las medidas de seguridad y salud en el trabajo durante la pandemia" en Vila Tierno, F., Monereo Pérez, J.L., Rivas Vallejo, M.P. y Álvarez Cortés, J.C. (Dirs.) *et al*: *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19*, tomo II, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

[10] En este sentido lo ha recogido el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales de 4 de marzo de 2021 (a partir de ahora PEDS), el cual identifica como uno de los principales retos a afrontar en la digitalización empresarial la limitación del tiempo de trabajo en el teletrabajo, en aras de lograr una efectiva conciliación de la vida laboral y personal.

[11] Cfr. Monereo Pérez, J.L.: "Democracia social y económica en la metamorfosis del Estado moderno: Harold J. Laski", *Revista Jurídica de los Derechos Sociales Lex Social,* vol. 11, núm. 1, 2021, p. 310.

[12] Sánchez Trigueros, C.: "Derecho a la desconexión digital" en Hierro Hierro, F.J., Sánchez Trigueros, C. y Alzaga Ruiz, I. (Dirs.) *et al*: *El trabajo a distancia: una perspectiva global*, Navarra, Aranzadi, 2021, p. 562.

sociales como son WhatsApp, Instagram, Twitter, etc.- sino también a través de canales formales de comunicación -Gmail, Hotmail, Google Meet, etc.[13]-. Todo ello ha dado lugar a una hiperconexión por parte de los trabajadores, generando una difuminación de las líneas que separan el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso[14], ya que es posible recibir información relacionada con el trabajo en cualquier momento del día, en cualquier lugar y a través de diversos canales de comunicación[15].

En esta situación, los trabajadores -como parte débil de la relación contractual-, pese a la existencia del derecho a la desconexión digital -tal y como se verá en el siguiente apartado-, se sienten obligados a responder, ya sea por el temor a perder el trabajo, a no poder promocionar, o a cualquier otra represalia que pueda derivar del ejercicio de su derecho al descanso, o de manera más específica, de su negativa a continuar desempeñando su labor productiva una vez finalizada su jornada legal de trabajo. Este hecho ha sido ya recogido en diversos estudios y encuestas que muestran la cada vez mayor relevancia que está adquiriendo este problema en nuestro ordenamiento jurídico. Así lo recoge Eurofound en su estudio titulado "Derecho a la desconexión: explorando las prácticas empresariales", que recoge como un 28% de los teletrabajadores trabajan en su tiempo libre[16].

La vulneración del derecho al descanso y la continua conexión digital -especialmente en el caso de los teletrabajadores por su mayor exposición a las TICS- repercute de manera significativa en la salud del trabajador, provocando enfermedades específicas como son el síndrome de burnout, tecnoestrés -en sus distintas modalidades-, fatiga informativa[17], etc.

Todo ello hace que no resulte baladí analizar con mayor detenimiento la incidencia que han tenido la TICS en el derecho al descanso, así como las consecuencias y efectos derivados de la vulneración de este derecho.

[13] *Vid*. Ortega Lozano, P.G.: "Problemas jurídico-prácticos derivados de la utilización de las TIC en materia laboral", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 8, núm. 4, 2020, pp. 36-37.

[14] Así lo han recogido, entre otros Domingo Monforte, J. y Salvador Álvarez, N.: "Hiperconectividad digital y salud laboral", *Revista Diario La Ley*, núm. 9.638, 2020 (recurso de acceso digital). En el mismo sentido Trujillo Pons, F.: "Un conveniente repaso al derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral tras la Covid-19", *Revista Trabajo y Derecho,* núm. 79, 2021 (recurso de acceso digital). Muy recientemente ha sido recogido también en el estudio Eurofound (2021), Right to disconnect: Exploring company practices, Publications Office of the European Union, Luxembourg, disponible en: https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef21049en.pdf, pp. 3-4.

[15] Así lo han venido recogido diversos estudios y encuestas. En primer lugar cabe destacar la encuesta Eurofound (2017), Sixth European Working Conditions Survey - Overview report (2017 update), Publications Office of the European Union, Luxembourg, disponible en: https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1634en.pdf, pp. 57-58, que recoge como ya en el año 2015 las personas que regularmente trabajaban desde casa tenían más del doble de posibilidades de superar las 48 horas de trabajo semanales que las personas que trabajan en centros empresariales, teniendo en consecuencia menos posibilidades de descansar un mínimo de 11 horas diarias. Esta encuesta recoge también como los trabajadores que han sufrido dicho aumento del tiempo de trabajo han sido también más proclives a informar sobre el impacto negativo que el mismo estaba teniendo tanto en su salud como en su vida privada. También lo ha recogido en términos similares el estudio denominado "Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral Oficina Internacional del Trabajo" de la Organización Internacional del Trabajo, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_712531.pdf, al disponer que ya en el año 2017 cerca de un 68% de los trabajadores en España recibían "correos electrónicos o llamadas telefónicas fuera del horario de trabajo normal." También en este sentido se encuentra recogido en la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión, disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0021_ES.pdf, al disponer: "según el estudio de Eurofound, el 27 % de los encuestados que trabajaban desde casa informaron de que habían trabajado en su tiempo libre para satisfacer las exigencias laborales.".

[16] Eurofound: "Right to disconnect: Exploring company practices", Publications Office of the European Union, cit., p. 4.

[17] *Vid*. Pedrosa Alquézar, S.I.: "La protección frente al estrés y al tecnoestrés en tiempos de pandemia" en Vila Tierno, F., Monereo Pérez, J.L., Rivas Vallejo, M.P. y Álvarez Cortés, J.C. (Dirs.) *et al*: *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19*, tomo II, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

Por medio de este estudio se pretende analizar la incidencia que la digitalización ha tenido en los derechos de los trabajadores, tomando como referencia el modelo económico-social actual -marcado como ya se ha señalado por la incidencia del Covid-19 y la aceleración en la instauración de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en las empresas como consecuencia del mismo-, centrándonos específicamente en un derecho que se ha visto especialmente afectado como consecuencia de la expansión de las TICS y del teletrabajo, siendo este el derecho al descanso.

Para ello, se analizará en qué consiste el derecho a la desconexión, así como los efectos que se derivan de la vulneración del mismo. Posteriormente, se realizará un breve análisis de la regulación de esta figura en nuestro país, no pudiendo obviar tampoco los principales pronunciamientos existentes en esta materia en el ámbito europeo, comunitario e internacional. Finalmente, se recogerán una serie de conclusiones críticas y propuestas de *lege ferenda* sobre la protección de este derecho en nuestro marco normativo.

El objetivo de este estudio consiste en ofrecer un análisis actual y crítico sobre una figura de nuestro ordenamiento jurídico en torno a la que ha resurgido un debate jurídico y social de gran trascendencia, tanto en el ámbito teórico como práctico, como consecuencia de las nuevas tendencias empresariales y la digitalización. Además, dado el avance de las nuevas tecnologías y su gran expansión en nuestro país, no parece que nos encontremos ante un mero problema transitorio derivado de la pandemia, sino que el mismo tiene vocación de permanencia en nuestra sociedad.

En cuanto a la metodología, se ha seguido una metodología eminentemente jurídica, basada en un análisis de la normativa legal, doctrina y jurisprudencia existente en nuestro país.

2. EFECTOS Y CONSECUENCIAS DERIVADOS DE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL

Una vez introducido el marco socioeconómico y político en el cual se enmarca el análisis de la figura del derecho a la desconexión digital, y con el fin de poder entender la relevancia que presenta este derecho en nuestro sistema -máxime si nos enmarcamos en la modalidad de teletrabajo-, cabe estudiar con mayor detenimiento en qué consiste el derecho a la desconexión digital y cuáles son los efectos derivados de su vulneración, tanto desde el punto de vista del trabajador como desde el punto de vista del empleador.

En primer lugar, debemos partir del análisis del concepto de desconexión digital. La RAE define este concepto como el "derecho de los trabajadores y empleados públicos a que su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como su intimidad personal y familiar no se vean negativamente afectados por el uso de dispositivos digitales que pueda efectuar el empleador." Concretando el Parlamento Europeo en la Recomendación del 21 de enero de 2021 sobre el derecho a la desconexión digital, que el mismo implica "el derecho de los trabajadores a no participar en actividades o comunicaciones laborales fuera del tiempo de trabajo, a través de herramientas digitales, como llamadas telefónicas, mensajes electrónicos u otro tipo de mensajes". Cabría añadir en ambos casos que la negativa del trabajador a contestar a la llamada del empleador cuando este se pone en contacto con el mismo fuera de su jornada laboral no podrá implicar represalia alguna por parte del empleador[18]. La primera cuestión que podemos subrayar es la ausencia de una definición legal expresa

[18] Habría que considerar si el trabajador se encontraba en lo que se conoce como tiempo de disponibilidad, no obstante, no es objeto de este estudio el análisis del concepto de tiempo de disponibilidad, el cual por su complejidad y relevancia merece un estudio específico.

del concepto de desconexión digital en nuestro ordenamiento jurídico, siendo esta una cuestión que se ha ido repitiendo en los diversos pronunciamientos legales en nuestro país[19].

Por lo tanto, para que se vulnere el derecho a la desconexión digital, y en consecuencia, el derecho al descanso, deben de concurrir diversos requisitos, siendo el principal que el trabajador reciba información por cualquier medio que implique el uso de herramientas digitales y que además, dicha información se encuentre relacionada con su labor profesional. Este matiz es importante, ya que este derecho puede vulnerarse no solo cuando el empleador contacta con el trabajador, sino que puede verse también vulnerado en caso de que la información provenga de otros trabajadores o incluso por los clientes -reales o potenciales-. Ello se debe precisamente a la facilidad que otorgan las TICS para comunicarse con cualquier persona, en cualquier lugar y en cualquier momento y muestra la relevancia que cobra el establecimiento de medidas que permitan garantizar este derecho, no solo sancionadoras para el empleador -en caso de que vulnere el derecho del trabajador a descansar contactando con él fuera de la jornada laboral- sino también que permitan evitar o prever que compañeros de trabajo y clientes contacten con el sujeto titular del derecho -entiéndase con fines laborales- en su tiempo de descanso.

Una vez recogido el concepto de desconexión digital y la importancia que el mismo ha cobrado en nuestro sistema jurídico, cabe profundizar en los efectos que su vulneración produce en la salud del trabajador.

Como ya se ha señalado, los principales efectos que se han puesto de manifiesto en la práctica como consecuencia de la vulneración de este derecho han sido el tecnoestrés -en sus diferentes variantes[20] como son la tecnoansiedad, tecnofatiga, etc.- y el llamado síndrome de burnout[21].

En primer lugar, en lo referente al tecnoestrés, puede definirse el mismo como un "daño psicosocial[22]"en el trabajador, el cual se da como consecuencia de la existencia de un desajuste entre las "altas demandas laborales exigidas (sobrecarga de trabajo o informativa, rutina en el trabajo, conflicto de rol o conflicto trabajo-familia) y los escasos recursos personales disponibles (como son el nivel de autonomía en el trabajo con las TIC, el feedback o retroalimentación sobre las tareas realizadas con las mismas, y el clima de apoyo social por parte de compañeros y supervisores en el uso de las TIC) para el adecuado uso de las tecnologías de la información y comunicación en el trabajo[23]." Por lo tanto, la misma se trata de una enfermedad que puede producirse en el ámbito laboral, especialmente en el teletrabajo y otras modalidades donde las tecnologías cobran un papel protagonista, y frente al cual se deben adoptar medidas efectivas que permitan prevenir su aparición.

[19] Cfr. Moreno Romero, F.: "Tiempo de (tele)trabajo y descansos" en Monereo Pérez, J.L., Vila Tierno, F., Esposito, M. y Perán Quesada, S. (Dirs.) *et al*: *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales: nuevos paradigmas para comprender el derecho del trabajo del siglo XXI*, Granada, Comares, 2021.

[20] El mismo actúa como "cajón de sastre" en el cual podemos encontrar otras modalidades más específicas. Así lo ha recogido la nota de prensa 730: "Tecnoestrés: concepto, medida e intervención psicosocial", del Instituto Nacional de Seguridad e higiene en el trabajo, p. 1, disponible en: https://www.insst.es/documents/94886/327446/ntp_730.pdf/55c1d085-13e9-4a24-9fae-349d98deeb8a

[21] Cfr. Martín Muñoz, M.R.: "El derecho a la desconexión digital en España un análisis de su regulación legal y convencional", *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 239, 2021, p. 91. En el mismo sentido puede encontrarse en Trujillo Pons, F.: *La fatiga informática en el trabajo. Un riesgo nuevo y emergente: su tratamiento jurídico y preventivo*, Albacete, Bomarzo, 2022.

[22] Nota de prensa 730: "Tecnoestrés: concepto, medida e intervención psicosocial", del Instituto Nacional de Seguridad e higiene en el trabajo, p. 1.

[23] Cfr. Muros Polo, A.: "Riesgos laborales en el teletrabajo y medidas preventivas adecuadas: luces y sombras", *Revista Trabajo y Derecho,* núm. 81, 2021, (recurso de acceso digital).

No obstante, como se ha señalado, el tecnoestrés es un concepto general, dentro del cual se engloban otros tipos de enfermedades que son comunes en el nuevo modelo laboral y que por ello, deben ser también tomadas en consideración. Como una de las más comunes, podemos encontrar la tecnoansiedad, la cual se caracteriza por la experimentación de "altos niveles de activación fisiológica, no placentera…, tensión y malestar[24]" como consecuencia de la utilización de las TICS o de la expectativa de su utilización en el futuro. Similar a esta pero más enfocada a la existencia de un miedo o pánico relacionado con el uso de dichas herramientas podemos encontrar la tencnofobia. Especialmente relevante, en el estudio del derecho a la desconexión digital, resulta la tecnofatiga, ya que la misma se da como consecuencia del agotamiento o el cansancio producido por un uso excesivo de las TICS. Por ello, cuando la ausencia de descanso del trabajador, o de manera más específica del teletrabajador, como consecuencia de las continuas exposiciones a mensajes de índole laboral y la ausencia de una diferenciación de la vida laboral y personal, se produce de manera prolongada en el tiempo, es muy probable que nos encontremos con esta enfermedad.

Muy relacionado con esta modalidad de tecnoestrés, tanto que en la práctica pueden llegar a confundirse, nos encontramos con el síndrome de la fatiga informativa[25], el cual se produce como consecuencia del exceso de información que se recibe de manera diaria por medio de los recursos digitales.

Finalmente, para concluir el análisis de las modalidades del tecnoestrés, debe señalarse la tecnoadicción. La misma se produce como consecuencia de la existencia de una dependencia excesiva a las nuevas tecnologías, teniendo la persona afectada por esta enfermedad una constante necesidad de acceder a los recursos tecnológicos, llegando a sentir un deseo incontrolable[26], que en caso de no ser satisfecho provoca una sensación negativa. Esta última enfermedad, se está detectando en la práctica no solo en el ámbito laboral, sino también en la vida personal de personas de todos los géneros y edades.

Otra de las enfermedades puestas de manifiesto en la utilización de las nuevas tecnologías en el trabajo es el síndrome del "burn out". Esta enfermedad, ha sido reconocida recientemente por la Organización Mundial de la Salud (en adelante y para abreviar OMS) como una patología asociada al agotamiento mental, emocional y físico causado por el trabajo, entrando en vigor su reconocimiento a partir del año 2022.[27] La OMS describe esta enfermedad como "resultado del estrés crónico en el lugar de trabajo que no se ha manejado con éxito. Se caracteriza por tres dimensiones: 1) sentimientos de falta de energía o agotamiento; 2) aumento de la distancia mental con respecto al trabajo, o sentimientos negativos o cínicos con respecto al trabajo; y 3) una sensación de ineficacia y falta de realización[28]."

La expansión de las nuevas tecnologías -en todos los niveles de la vida de una persona, incluido el laboral-, las innovadoras herramientas de comunicación que las mismas incorporan y la ausencia de una regulación preventiva adecuada, hace que estas enfermedades sean cada vez más comunes.

[24] Nota de prensa 730: "Tecnoestrés: concepto, medida e intervención psicosocial", del Instituto Nacional de Seguridad e higiene en el trabajo, p. 2, disponible en: https://www.insst.es/documents/94886/327446/ntp_730.pdf/55c1d085-13e9-4a24-9fae-349d98deeb8a

[25] Nota de prensa 730: "Tecnoestrés: concepto, medida e intervención psicosocial", del Instituto Nacional de Seguridad e higiene en el trabajo, p. 2, disponible en: https://www.insst.es/documents/94886/327446/ntp_730.pdf/55c1d085-13e9-4a24-9fae-349d98deeb8a

[26] Martín Rodríguez, O.: "El tecnoestrés como factor de riesgo para la seguridad y salud del trabajador", *Revista Lan Harremanak*, núm. 44, 2020, p. 170.

[27] FORBES: "OMS clasifica el 'burnout' como una enfermedad", consultada el día 10/11/2021, disponible en: https://www.forbes.com.mx/oms-clasifica-desgaste-y-estres-laboral-como-una-enfermedad/

[28] *Vid*. CIE-11 para estadísticas de mortalidad y morbilidad: "QD85 Síndrome de desgaste ocupacional", disponible en: https://icd.who.int/browse11/l-m/es#/http://id.who.int/icd/entity/129180281

El problema se ha acrecentado considerablemente como consecuencia de la pandemia del Covid-19, ya que la misma, ha producido un aumento sin precedentes en la utilización del teletrabajo. Así puede extraerse de diversos estudios, en los que se muestra como el porcentaje de empresas que utilizaban el teletrabajo antes de la pandemia pasó de un 16% a casi un 52 % durante el periodo de confinamiento[29]. Este cambio repentino del trabajo presencial al telemático, unido a la ausencia de una regulación suficiente de esta materia en nuestro país y la situación social generada por la pandemia, ha dado lugar en la práctica a un aumento de las enfermedades psicosociales como el tecnoestrés[30].

Antes de entrar a analizar la normativa reguladora de este derecho, cabe resaltar brevemente las repercusiones que dichas enfermedades pueden tener en el trabajador y en el desarrollo de su labor productiva.

Las enfermedades más comunes en el teletrabajo son principalmente de dos tipos. Por un lado, "riesgos derivados estrictamente del lugar de trabajo y de los medios de trabajo; y riesgos derivados de la organización y desarrollo de la actividad profesional, que en general se incluirían dentro de la categoría de los denominados «riesgos psicosociales»[31]". Dentro del primer grupo entrarían los denominados riesgos ergonómicos, que son aquellos relacionados principalmente con los daños musculoesqueléticos que puede sufrir el trabajador como consecuencia del desarrollo de su trabajo en condiciones inadecuadas[32]. No obstante, en este punto, nos interesa el segundo de los riesgos destacados, es decir, los llamados riesgos psicosociales, ya que son los que en mayor medida se encuentran relacionados con el derecho a la desconexión digital.

En primer lugar, y en términos generales, las enfermedades señaladas se manifiestan en los trabajadores por medio de ansiedad, estrés, una sobrecarga cognitiva, y un continuo estado de alarma. Si las mismas se experimentan durante periodos continuados de tiempo, pueden generar trastornos cardiovasculares, enfermedades psíquicas, neurológicas, musculares, etc. Por otro lado, si tomamos en consideración específicamente la modalidad de teletrabajo -ya que como hemos dicho es esta en la que se realiza un uso intensivo de las TICS-, vemos que los principales síntomas detectados en los teletrabajadores son "desmotivación, agotamiento mental, falta de energía, menor rendimiento, insomnio y mal humor, etc."[33].

Si la empresa no adopta medidas que permitan prever dichas enfermedades -con carácter preventivo antes de que surjan- o atajarlas -en caso de que ya se hayan puesto de manifiesto en la empresa-, las mismas repercutirán también en el ámbito productivo. Así diversos estudios y la propia doctrina ya se han pronunciado acerca de las principales repercusiones de las enfermedades psicosociales provocadas por la ausencia de desconexión digital en el teletrabajo. Entre las principales repercusiones puede destacarse su incidencia negativa en la productividad, en la relación entre

[29] *Vid*. Instituto Nacional de Estadística: "Indicador de Confianza Empresarial (ICE), módulo de Opinión sobre el Impacto de la COVID-19: segundo semestre de 2020 y primer semestre de 2021", disponible en: https://www.ine.es/daco/daco42/ice/ice_mod_covid_0121.pdf

[30] *Vid*. Oficina Internacional del Trabajo: "El teletrabajo durante la pandemia de COVID-19 y después de ella. Guía práctica", Ginebra, 2020, p. 13, disponible: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_758007.pdf

[31] Martín Hernández, M.L.: "El derecho a la seguridad y salud laboral en el teletrabajo", *Revista Trabajo y Derecho*, núm. extra-12, 2020, (recurso de acceso digital).

[32] Así lo ha recogido el Instituto Nacional de Salud y Seguridad en el trabajo, según el cual estos daños ergonómicos son aquellos "relacionados con la carga física" y "los principales efectos para la salud son los relacionados con fatiga física y los trastornos musculoesqueléticos. Una inadecuada iluminación por ejemplo, también puede producir fatiga, en este caso visual." Disponible en: https://www.insst.es/-/medidas-preventiv-1

[33] Domingo Monforte, J. y Salvador Álvarez, N.: "Hiperconectividad digital y salud laboral", cit.

los trabajadores ya que existe una mayor conflictividad y una menor solidaridad, un aumento del absentismo[34], etc.

Como puede verse, la gravedad derivada de dichos riesgos, tanto para la salud de los trabajadores como para la propia empresa, son de tal índole -más aún en un marco como el actual marcado por un incremento considerable del número de teletrabajadores y sin expectativas de que esta modalidad de trabajo vaya a sufrir un retroceso hasta alcanzar los índices anteriores a la pandemia- que la adecuada protección de los mismos cobra un papel fundamental en nuestro actual marco jurídico. Así, resulta necesario analizar, en términos generales, cual es la normativa existente actualmente en nuestro país en materia de desconexión digital y la efectividad de la misma.

3. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL ÁMBITO NACIONAL Y COMUNITARIO. UN BREVE RECORRIDO POR SUS ANTECEDENTES NORMATIVOS

En primer lugar, y antes de entrar a analizar la normativa existente en materia de desconexión digital, debe destacarse como el fin de este derecho no es otro que garantizar la efectividad del derecho al descanso. El derecho al descanso se encuentra expresamente recogido en nuestra norma magna, concretamente en el art. 40.2 ET en virtud del cual "los poderes públicos fomentarán una política que garantice…, el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados." Con el fin de dar cumplimiento a este mandato constitucional, se regula el tiempo de trabajo[35] en la sección quinta del capítulo segundo del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante y para abreviar ET), concretamente en los artículos 34 y ss.

También en el ámbito internacional y europeo han existido diversos pronunciamientos y medidas adoptadas en aras de proteger la salud y seguridad de los trabajadores garantizando su derecho al descanso. Sin ánimo de ser exhaustivos, cabe destacar en primer lugar, en el ámbito europeo lo dispuesto en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (a partir de ahora CDFUE), concretamente en su artículo 31, que recoge el derecho del trabajador a desempeñar la labor productiva en condiciones justas y equitativas, teniendo el mismo para ello "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." En el mismo sentido se pronuncia la Carta Social Europea Revisada (a partir de ahora CSE) en su artículo segundo. Además de estas disposiciones, puede destacarse, por un lado el contenido de 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. Esta directiva, sobre la base de lo dispuesto en su artículo primero, recoge "disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo". Dentro de la misma, podemos encontrar una serie de definiciones entre las que figura la del tiempo de trabajo, trabajo nocturno, trabajador móvil, trabajo off-shore, etc. En particular, ha sido destacado por doctrina el concepto de "descanso adecuado" recogido en el artículo 2.9 de esta directiva, ya que ello "permite vislumbrar..., que no todo descanso es por definición adecuado[36]." Por supuesto, en esta directiva nada se dispone

[34] Martín Rodríguez, O.: "El tecnoestrés como factor de riesgo para la seguridad y salud del trabajador", cit., pp. 171-172.

[35] Un estudio completo del tiempo de trabajo puede encontrarse en Alfonso Mellado, C., Almendros González, M.A., Febregat Monfort, G., Gómez Gordillo, R., Lantarón Barquín, D., Merino Segovia, A., Monereo Pérez, J.L., Muñoz Ruiz, A.B. y Sanguineti Raymond, W. (Coords.) *et al*: *La regulación legal y convencional del tiempo de trabajo,* Madrid, LeFebvre, 2020.

[36] *Vid*. Sánchez Trigueros, C.: "Derecho a la desconexión digital" en Hierro Hierro, F.J., Sánchez Trigueros, C. y Alzaga Ruiz, I. (Dirs.) *et al*: *El trabajo a distancia: una perspectiva global*, cit., p. 566.

sobre el derecho a la desconexión digital objeto de estudio. En segundo lugar, también cabe destacar el contenido de 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, en las que, entre otros aspectos, se recoge la necesidad de que la formación destinada a los trabajadores sea realizada durante la jornada de trabajo y además sea computada como tiempo efectivo de trabajo.

En el ámbito internacional también son diversas las disposiciones dirigidas a proteger el derecho al descanso, destacando el artículo 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en virtud del cual "toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas." Tampoco deben olvidarse los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (a partir de ahora OIT), entre otros, el nº 1 sobre las horas de trabajo (industria), el nº 6 sobre el trabajo nocturno, el nº 14 sobre el descanso semanal, el nº 30 sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), etc.

Como podemos ver, el número de normas existentes destinadas a regular y proteger el derecho al descanso es significativo. Ello no es sorprendente dado que el fin último que pretende garantizar este derecho no es otro que la protección de la salud y seguridad de los trabajadores ante los importantes riesgos y enfermedades que la vulneración de este derecho puede tener en su bienestar físico y mental[37].

Pese a lo cual no podemos encontrar en ninguna de ellas referencia expresa alguna al derecho a la desconexión digital. No será hasta el año 2016 cuando empiecen a emanar en el ámbito europeo las primeras regulaciones nacionales dirigidas a normar este derecho. En concreto, el primero de los países que recogió este derecho en su regulación nacional fue Francia, en el año 2016, por medio de la LOI nº 2016-1088, de 8 de agosto de 2016[38].

En nuestro país, no se reguló esta figura hasta el año 2018[39] por medio del art. 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (a partir de ahora LPDP)[40]. Este artículo reconoció el derecho a la desconexión digital a todos los trabajadores -públicos, privados, presenciales o a distancia-, y concretó el contenido del mismo estableciendo que el fin de este derecho consiste en "garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.".

[37] Cfr. Gorelli Hernández, J.: "El derecho al descanso y las nuevas formas de trabajo en la era digital ¿Un derecho en peligro? En Monereo Pérez, J.L., Vila Tierno, F., Esposito, M. y Perán Quesada, S. (Dirs.) *et al*: *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales: nuevos paradigmas para comprender el derecho del trabajo del siglo XXI*, Granada, Comares, 2021, p. 507.

[38] *Vid*. Altés tárrega, J.A. y Yagüe Blanco, S.: "A vueltas con la desconexión digital: eficacia y garantías de lege lata", *Revista Labos*, vol. 1, núm. 2, 2020, p. 63. En el mismo sentido lo recoge Arruga Segura, M.C.: "La incidencia de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales: economía digital, teletrabajo y desconexión digital", *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 15, 2021, pp. 8-10.

[39] No obstante, el hecho de que no existiese en España antes del año 2018 una regulación expresa en materia de desconexión digital, no significa que el empresario tuviese derecho a exigir a sus trabajadores una continua y permanente disponibilidad fuera de su jornada de trabajo y así puede extraerse de los diversos pronunciamientos judiciales que se han realizado en esta materia a lo largo de los años. De manera muy clara puede verse recogido en Sánchez Trigueros, C. y Folgoso Olmo, A.: "En torno a la desconexión digital", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo,* vol. 9, núm. 2, 2021, p. 35.

[40] Esta ley adapta la legislación española al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

En cuanto a la protección de este derecho, el segundo apartado del art. 88 LPDP recoge que se atenderá "a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores." Concretando en esta línea el último apartado de dicho artículo que el empleador elaborará -previa audiencia con los representantes de los trabajadores- una política interna que defina el ejercicio de este derecho y las acciones de formación y sensibilización destinada a los trabajadores.

Por otro lado, cabe señalar lo dispuesto por nuestro Estatuto de los Trabajadores, el cual en su art. 20 bis reconoce desde el año 2018 este derecho remitiendo en lo referente a su regulación a LPDP anteriormente analizada.

Sin duda, el mero hecho de que por medio de estas normas se recogiese el derecho expreso de los trabajadores a la desconexión digital es motivo de celebración, ya que muestra una vía en nuestro país para la modernización de la regulación, de modo que la misma se adapte a las nuevas exigencias empresariales y laborales, en las que las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación se han mostrado como claros protagonistas. Sin embargo, estas disposiciones no estuvieron exentas de crítica, ya que las mismas tenían un claro carácter insuficiente[41] de cara a ofrecer una garantía efectiva frente a un problema cuya incidencia en la vida privada de los trabajadores y su salud se incrementa cada día más ante el avance incesante de las TICS.

La existencia de un marco normativo insuficiente en esta materia se puso especialmente de manifiesto -tal y como se ha mostrado en este estudio- durante la pandemia del Covid-19, en concreto en el periodo de confinamiento, al ser en este el momento en el cual se produjo una mayor expansión del teletrabajo. Este hecho, unido a la especial importancia que cobra el derecho a la desconexión digital en la modalidad del teletrabajo -como consecuencia de su propia naturaleza ya que el mismo implica una utilización intensiva o exclusiva de las TICS-, hace que el análisis de la normativa reguladora de este derecho se centre a partir de este momento en el marco concreto del teletrabajo.

Así, cabe destacar cómo a raíz de la expansión sin precedentes del teletrabajo y su clara incidencia en el derecho a la desconexión, se aprobó la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (a partir de ahora LTD)[42]. Antes de entrar a analizar con mayor detenimiento lo que dispone esta ley, cabe hacer una breve referencia a la normativa que regía antes de su aprobación y el tratamiento que esta daba al derecho a la desconexión digital.

Tradicionalmente, la modalidad de teletrabajo o trabajo a distancia -ya que el tratamiento que tradicionalmente se le ha venido dando en la legislación en nuestro país a esta figura ha sido indiferenciado[43]- se encontraba regulada en el art. 13 ET. En lo que aquí nos interesa, cabe destacar lo

[41] *Vid*. Todolí Signes, A.: "Derecho a la intimidad y a la desconexión digital en el teletrabajo" en Rodriguez-Piñero Royo, M. y Todolí Signes, A. (Dirs.) *et al*: *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Navarra, Aranzadi, 2021, p. 236.

[42] Anteriormente, y con una vigencia inferior del año, se aprobó el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, cuya regulación ha reproducido el art. 18 de la LTD.

[43] Así puede extraerse incluso del análisis de la LTD, ya que aunque la misma diferencia en su art. 2 dichas modalidades de trabajo, identificando expresamente el teletrabajo como una modalidad del trabajo a distancia, vemos como es una distinción meramente teórica, ya que en el resto de la ley puede verse cómo las diferencias establecidas entre ambas modalidades -en cuanto a regulación se refiere- son nulas. Así lo ha recogido Gómez Abelleira, F.J.: *La nueva regulación del Trabajo a distancia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 30, al disponer "el alcance normativo de la distinción entre trabajo a distancia y teletrabajo no es que sea escaso, es que es nulo: al margen de la definición, las cuatro menciones normativas específicas del teletrabajo en el DLTD son inanes: en el art. 4.2, que prohíbe que las dificultades técnicas en el desarrollo del trabajo que eventualmente pudieran producirse causen perjuicio al trabajador, añadiendo la gratuita matización: "sobre todo en caso de teletrabajo". En el art. 4.4, que obliga a las empresas a tener en cuenta las particularidades del trabajo a distancia, "especialmente del teletrabajo", en la

dispuesto en dos de los apartados de dicho artículo. En primer lugar, su párrafo tercero, el cual dispuso que "los trabajadores a distancia tendrán los mismos derechos que los que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial." Y por otro lado, el párrafo cuarto, que establece que: "los trabajadores a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud resultando de aplicación, en todo caso, lo establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y su normativa de desarrollo.".

Del análisis sistemático de ambos preceptos en su conjunto, puede verse cómo, además de reconocer la igualdad de derechos entre trabajadores presenciales y a distancia, se remite en lo que a la prevención de riesgos laborales se refiere a la LPRL anteriormente citada. Son diversos los aspectos criticables de la escueta y claramente insuficiente regulación contenida en este precepto, el cual ha sido dura y acertadamente criticado por la doctrina desde su incorporación en el marco normativo, ya que, pese a reconocer la igualdad de derechos entre ambas categorías de trabajadores, no establecía las medidas necesarias para su garantía. No obstante, uno de los principales puntos criticables es la total ausencia de regulación del derecho a la desconexión digital, que como hemos dicho se alza como uno de los principales retos en la adopción del teletrabajo en nuestro país.

No puede excusarse dicha ausencia en la inexistencia de la modalidad del teletrabajo, ya que el mismo apareció ya en el año 1970 en otros países como Estados Unidos[44] y, desde entonces, había sido regulado ya en el ámbito europeo por medio del Acuerdo Marco Europeo del Teletrabajo de 16 de Julio de 2002[45] (a partir de ahora AMET).

Posteriormente, y ante las claras carencias normativas existentes en España, se aprobó el art. 20 bis ET anteriormente analizado, el cual tampoco incorporaba medidas específicas referentes al teletrabajo.

Esta situación no sufrió grandes cambios hasta la irrupción de la pandemia, la cual supuso un cambio radical en el papel del teletrabajo en nuestra sociedad. Se pasó como hemos visto de una existencia marginal del teletrabajo en las empresas a su utilización masiva. Este cambio, sin la existencia de un marco normativo adecuado, convirtió en realidad los peligros que ya habían sido recogidos por la doctrina *iuslaboralista* en diversos estudios a lo largo de los años.

Ante la evidente ausencia de una regulación adecuada, se crearon normativas de carácter urgente, lo cual ya vaticinaba los defectos que las mismas incorporarían -especialmente en una materia compleja y carente de experiencias previas en nuestro país[46]- como consecuencia de la celeridad y la ausencia de reflexión en su adopción. Así se aprobó el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19

configuración y aplicación de medidas contra el acoso. En el art. 11.2, que obliga a las empresas a garantizar la atención precisa en el caso de dificultades técnicas, "especialmente en el caso de teletrabajo". Y en el art. 18.1, que establece que quienes trabajan a distancia, "particularmente en teletrabajo", tienen derecho a la desconexión digital. Todas estas especificaciones del tipo "sobre todo" o "especialmente" tienen un valor puramente descriptivo.

[44] Cfr. Quintanilla Navarro, R.Y.: "El teletrabajo: de la dispersión normativa presente a la necesaria regulación normativa europea y estatal futura", *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita, Madrid*, vol. 2, 2017, p. 109.

[45] Si bien este acuerdo no contenía tampoco referencia expresa al derecho a la desconexión digital, sí pueden verse en el mismo otros aspectos relacionados con la regulación del mismo como es el establecimiento de la obligación del respeto de la vida privada del trabajador, el reconocimiento de la capacidad del trabajador de organizar el tiempo de trabajo y la obligación del empresario de garantizar que la carga de trabajo sea equivalente para trabajadores presenciales y a distancia, etc.

[46] Las experiencias de teletrabajo prexistentes a la pandemia en nuestro país, como se ha señalado tenían un carácter residual.

(a partir de ahora RD 8/2020) cuyo artículo 5 potenció la utilización del trabajo a distancia frente a medidas más perjudiciales para el trabajador -como serían los despidos colectivos, o suspensiones del contrato-, pero sin establecer ninguna medida que permitiese al mismo tiempo proteger la salud y seguridad de los teletrabajadores, llegándose incluso a atenuar las medidas garantistas ya recogidas en nuestra legislación, como es el caso de la obligación de efectuar la evaluación de riesgos laborales en la instauración del trabajo a distancia[47].

Por supuesto, nada se establecía tampoco de la desconexión digital y el derecho al descanso. Así durante el periodo de confinamiento y en los meses siguientes, se vivió un periodo de incertidumbre y desprotección desde un punto de vista laboral. Se comenzó a prestar la labor productiva de manera masiva desde el domicilio de los trabajadores, sin un plan previo de actuación, sin la formación adecuada, sin pruebas piloto, sin la existencia de convenios colectivos -al menos en la mayoría de los casos- que garantizasen una protección mínima a los trabajadores, todo ello en medio de una pandemia mundial que obligó a las personas a permanecer confinadas durante meses.

De este modo, especialmente durante el confinamiento, hubo un gran número de trabajadores que se vieron obligados a teletrabajar -sin experiencia previa en sus empresas- en viviendas de reducido tamaño en las que permanecían en todo momento con sus familias, en el peor de los casos en la misma habitación. Por otro lado, la falta de experiencia previa en el teletrabajo en las empresas hizo que las cargas de trabajo impuestas a los trabajadores no se ajustase a su capacidad real de desempeño, ya que como es evidente, el desarrollo del trabajo desde el domicilio, sin experiencia previa, sin el contacto con el resto de los compañeros y con las interrupciones constantes que se derivan de no disponer de un espacio de trabajo alejado del núcleo familiar, hace que el nivel de productividad no sea el mismo[48].

Ante esta situación se aprobó a el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, siendo esta la primera normativa en nuestro país destinada a regular el trabajo a distancia, la cual actualmente se encuentra derogada, conteniéndose la regulación de esta modalidad de trabajo en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (a partir de ahora LTD).

La LTD, regula el derecho a la desconexión digital en su art. 18, el cual también remite al art. 88 LOPD anteriormente recogido. Si bien es cierto que, en este caso, se establecen una serie de matizaciones en la regulación del derecho a la desconexión digital respecto a la regulación contenida en el art. 13 ET. En primer lugar, resulta relevante el reconocimiento por parte de esta ley de un auténtico deber empresarial de garantizar este derecho por medio de la limitación "del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables", ya que ello permite paliar "la ausencia de concreción en la LOPD de lo que pudiera entenderse como desconexión digital y su posible contenido[49]".

Por otro lado, este artículo recoge en su segundo párrafo una remisión a la negociación colectiva en la regulación de esta materia, al disponer que "los convenios o acuerdos colectivos de trabajo podrán establecer los medios y medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión en el trabajo a distancia y la organización adecuada de la jornada de forma

[47] *Vid*. Art. 5.3 RD 8/2020.

[48] Cfr. Vid. Oficina Internacional del Trabajo: "El teletrabajo durante la pandemia de COVID-19 y después de ella. Guía práctica", Ginebra, 2020, pp. 6-7, disponible: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_758007.pdf.

[49] Gil Plana, J.: "El tiempo de trabajo en el trabajo a distancia" en AA.VV.: *El trabajo a distancia con particular análisis del Real Decreto-ley 28/2020 de 22 de septiembre,* Madrid, Wolter Kluwer, 2021, p. 248.

que sea compatible con la garantía de tiempos de descanso." En la misma línea se encuentra reflejado en la disposición adicional primera, en cuyo párrafo segundo se recoge la posibilidad de que mediante convenio colectivo se recojan circunstancias extraordinarias de modulación de este derecho. Por lo tanto, la primera conclusión evidente que puede extraerse de la nueva redacción del artículo 18 LTD es el protagonismo que ostenta en nuestro país la autonomía colectiva en la regulación de este derecho en particular, y del teletrabajo en general.

Junto al artículo 18 LTD existen otros preceptos en esta ley dirigidos a proteger este derecho. En primer lugar, puede destacarse el artículo 7 letra c) LTD, el cual regula el contenido del acuerdo de trabajo a distancia, recogiendo como contenido mínimo obligatorio del mismo el "horario de trabajo de la persona trabajadora y dentro de él, en su caso, reglas de disponibilidad." Este precepto cobra un especial protagonismo en la regulación de la figura de la desconexión digital y también genera nuevos conflictos, ya que el hecho de deber fijar preceptivamente un horario de trabajo específico del teletrabajador limita la flexibilidad que esta modalidad de trabajo implica, siendo esta una de las ventajas fundamentales del mismo y que también aparece recogida en el art. 13 LTD[50]. No obstante, ello no implica que la fijación de un horario específico de trabajo resulte negativo o deba ser criticado, ya que evidentemente contra mayor es la flexibilidad horaria del teletrabajador, más difícil será controlar que el mismo respeta la jornada mínima establecida y en especial, que no continúa realizando su labor productiva una vez finalizada la misma[51]. Por lo tanto, será necesario alcanzar un equilibrio que permita garantizar la adecuada protección del derecho al descanso y a la desconexión digital del trabajador por un lado, y la flexibilidad en la prestación de sus servicios por otro.

Otro de los puntos reseñables de este artículo es el denominado "tiempo de disponibilidad[52]", el cual hace referencia a lo que tradicionalmente se ha denominado tiempos de guardia, en los que el trabajador no está trabajando, pero en caso de ser requerido debe acudir a su puesto de trabajo o, en este caso, prestarlo telemáticamente[53].

También se hace referencia en la LTD a este derecho en el art. 16 al regular la evolución de riesgos y la planificación de la actividad preventiva, recogiendo este precepto que en la evaluación de los riesgos y planificación preventiva deberá atenderse a "la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones durante la jornada.".

Finalmente, no puede concluirse el análisis de la regulación de la desconexión digital sin hacer referencia a lo dispuesto en el art. 14 LTD, el cual recoge el derecho al registro horario, lo cual resulta fundamental de cara a recoger cuál es el tiempo efectivo que ha trabajado el teletrabajador de cara a determinar el número de horas extraordinarias que le deben de ser abonadas, así como también, y en

[50] Concretamente este artículo dispone que "de conformidad con los términos establecidos en el acuerdo de trabajo a distancia y la negociación colectiva, respetando los tiempos de disponibilidad obligatoria y la normativa sobre tiempo de trabajo y descanso, la persona que desarrolla trabajo a distancia podrá flexibilizar el horario de prestación de servicios establecido.".

[51] Así lo recoge Todolí Signes, A.: "Derecho a la intimidad y a la desconexión digital en el teletrabajo" cit., p. 239.

[52] La diferenciación entre lo que debe entenderse por disponibilidad y conectividad lo ha recogido de manera muy clara Fernández Avilés, J.A.: "El derecho a la desconexión como medida preventiva frente a los nuevos riesgos psicosociales derivados del cambio tecnológico", *Boletín informativo del observatorio de riesgos psicosociales UGT*, núm. 28, 2018, p. 9.

[53] Una definición de carácter técnico del tiempo de disponibilidad puede encontrarse en Sierra benítez, E.M.: *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo, Sevilla, Consejo Económico y Social de Andalucía*, 2011, p. 190, que lo define como "un tiempo dependiente o subordinado sin ocupación efectiva, en el que el trabajador no sólo tiene limitada su libertad de acción y de movimiento, sino también la realización de otra actividad lucrativa fuera del horario habitual.".

lo que en este estudio nos interesa, que se ha respetado su tiempo de descanso limitándose su jornada a los límites fijados legalmente[54].

Las disposiciones que hemos venido analizando constituyen la principal, por no decir la total, regulación de este derecho en nuestro país. Sin embargo, pese al avance que la incorporación de estas disposiciones ha supuesto en esta materia, las mismas se han seguido mostrando insuficientes para garantizar el derecho a la desconexión de los trabajadores en general y de los teletrabajadores en particular ante los datos que se han recogido a lo largo del estudio.

También la doctrina se ha pronunciado en el mismo sentido, estableciendo de manera unánime que las novedades incorporadas en la nueva ley del trabajo a distancia, y en particular en el 18 DLTD resultan patentemente insuficientes para garantizar un efectivo derecho a la desconexión digital y en consecuencia, el derecho al descanso de los trabajadores[55].

Por lo tanto, cabe concluir este punto recogiendo brevemente las principales críticas que pueden extraerse de las normas analizadas. En primer lugar, y pese a recogerse el deber expreso del empresario de no vulnerar el derecho al descanso del trabajador contactando con él mediante dispositivos electrónicos, esta obligación queda vacía de contenido al no establecer dicha norma sanciones específicas que permitan actuar ante la vulneración empresarial de su deber[56].

Por otro lado, y en relación con el tiempo de disponibilidad[57], que como hemos visto se encuentra inevitablemente enlazado con el derecho a la desconexión digital, no se fijan límites legales que permitan evitar abusos empresariales[58]. Ante esta situación, cobra de nuevo una gran importancia tanto lo pactado por las partes en el acuerdo de teletrabajo, así como también los límites fijados por medio de la negociación colectiva.

---

[54] En este sentido, la doctrina ha señalado que el registro horario constituye una medida fundamental en la lucha contra el conocido como "destajo tecnológico…, o la perpetua disponibilidad («*presentismo digital*»). *Vid*. Álvarez Cuesta, H.: "Del recurso al teletrabajo como medida de emergencia al futuro del trabajo a distancia", *Revista Lan Harremanak,* núm. 40, 2020, p. 185.

[55] Las múltiples deficiencias que presenta la regulación del derecho a la desconexión digital en nuestro país, así como también en el ámbito europeo, ha llevado a la doctrina a calificar estas iniciativas reguladoras como "una re-regulación de un viejo derecho para atender las nuevas formas de su ejercicio, pero no del establecimiento de una garantía de cumplimiento de aquel." Así lo ha recogido Vallecillo Gámez, M.R.: "El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 8, núm. 1, 2020, p. 228. En el mismo sentido Sánchez Trigueros, C.: "Derecho a la desconexión digital" cit., p. 574.

[56] De manera muy certera lo recoge Martín Muñoz, M.R.: "El derecho a la desconexión digital en España un análisis de su regulación legal y convencional", cit., p. 92: "la no fijación del derecho (delimitación de contenidos) y la no imposición de garantías (medidas o sanciones concretas para las empresas incumplidoras) hace que el valor práctico del derecho quede diluido, convertido más en un deseo que en una realidad." Además, como señala Pedrosa Alquézar, S.I.: "La protección frente al estrés y al tecnoestrés en tiempos de pandemia", cit., p. 709, sobre la base del artículo 15.1 LPRL y 36.5 ET el riesgo digital que se deriva del teletrabajo, en particular en lo que respecta a la vinculación demostrada entre el derecho a la desconexión digital y la salud psicosocial del trabajador, "obliga al empresario a medir su magnitud y a planificar las medidas concretas, adecuadas y eficaces que deben adoptarse para garantizar la efectividad del derecho", pese a lo cual, no se está cumpliendo el deber aquí mencionada en la aplicación práctica de esta modalidad de trabajo.

[57] Un análisis de la calificación jurisprudencial del tiempo de guardia no presencial y presencial puede encontrarse en Monereo Pérez, J.L. y Muros Polo, A.: "El tiempo de trabajo y el periodo de descanso a debate en las guardas en régimen de disponibilidad no presencial", *Revista La Ley Unión Europea*, núm. 92, 2021, (recurso de acceso digital).

[58] Esta patente ausencia de una regulación garantista en materia de tiempo de disponibilidad y tiempo de descanso se ve reflejada también en los pronunciamientos jurisprudenciales, a saber: Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE. Asunto C-518/15 (Matzak) de 21 de febrero de 2018, Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 9 de marzo de 2021, Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE 2021 Asunto C-107/19 de 9 septiembre, entre otras.

Todas estas críticas pueden plasmarse en su conjunto en el excesivo uso por parte del legislador en esta ley de la técnica remisoria, descargando buena parte del deber de realizar dicho desarrollo normativo en la negociación colectiva. No debemos olvidar que, precisamente uno de los puntos más criticados en las regulaciones que antecedieron a la Ley 10/2021 fue el insuficiente contenido de los preceptos destinados a regular el teletrabajo, por lo tanto, hubiese sido necesario plasmar en esta nueva ley una regulación mínima que realmente permitiese proteger los derechos de los trabajadores, remitiéndose para su concreción a la negociación colectiva, la cual, dada las particularidades que implica el teletrabajo y las características propias de cada empresa, sí que resulta idónea para facilitar la adaptación de dichos preceptos a la situación de cada empresa. Pero de nuevo, reiterando que para ello es necesario establecer un marco mínimo suficiente.

Finalmente, cabe señalar como todas las deficiencias y lagunas que presenta en general la nueva ley del trabajo a distancia hace que la misma "de una sensación de modelo por armar[59]", constituyendo en consecuencia más bien una norma marco que requerirá importantes desarrollos normativos, ya sea por medio de la negociación colectiva o por medio de reglamentos.

4. CONCLUSIONES CRÍTICAS: SITUACIÓN ACTUAL DE LA CUESTIÓN

La deficitaria regulación de este derecho, también en el ámbito internacional, ha dado lugar a la adopción de diversas medidas destinadas a paliar el déficit normativo. En primer lugar, se ha propuesto la aprobación de una Directiva a nivel europeo sobre el Derecho a la Desconexión, la cual prevé el establecimiento de medidas de carácter garantista así como también sanciones asociadas a las mismas en caso de que se produzca su incumplimiento[60].

Por otro lado, puede señalarse también el Acuerdo Marco Europeo de los interlocutores sociales sobre Digitalización (a partir de ahora AMED) del año 2021[61], el cual busca concienciar a los operadores en el mercado sobre la relevancia de la transformación digital en el mundo laboral, recogiendo para ello "medidas y acciones encaminadas a aprovechar esas oportunidades y hacer frente a los retos." Este acuerdo recoge una serie de medidas específicas que pueden ser aplicadas por las empresas en aras de fomentar la desconexión digital. Entre otras:

— Medidas de formación que permitan a ambas partes conocer sus derechos en materia de desconexión digital, así como establecer y respetar las normas establecidas en materia de jornada de trabajo. En este punto señala el AMED que resultará clave formar también sobre las herramientas digitales a disposición de ambas partes como es, por ejemplo, el correo electrónico.

— Creación de una cultura empresarial que evite el contacto con los trabajadores -entiéndase con fines laborales- fuera de la jornada de trabajo.

— Establecer una adecuada planificación empresarial, de modo que el cumplimiento de sus deberes no haga que el trabajador permanezca conectado una vez finalizada

[59] Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.R.: "La regulación del trabajo a distancia, un modelo en construcción", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 237, 2020 (recurso de acceso digital).

[60] Esta Directiva recoge una importante presunción, por la cual "en caso de que los trabajadores presenten ante un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente unos hechos que permitan establecer la presunción de que han sido despedidos o han sido objeto de otro perjuicio equivalente por haber ejercido o intentado ejercer su derecho a la desconexión, la carga de la prueba para demostrar que no ha habido despido o perjuicio equivalente por dichos motivos debe recaer en el empleador.".

[61] Disponible en: https://www.ccoo.es/3ec9e3ddff84034c1a796cb52ac84c09000001.pdf

su jornada, y en este último caso, dicho tiempo adicional deberá ser abonado como tiempo extra trabajado[62].

— Finalmente, resulta necesario promover en la empresa "una cultura de no culpabilidad", de modo que los trabajadores no se sientan obligados a contestar a mensajes o llamadas laborales fuera de su horario de trabajo, así como tampoco a permanecer localizables más allá del tiempo pactado legalmente y por el cual deberán ser remunerados.

Junto al AMED, deben de ser consideradas las medidas recogidas en la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021 sobre el derecho a la desconexión, el cual prevé:

— El registro horario de la jornada laboral.

— La realización de evaluaciones de riesgos psicosociales que permitan determinar cómo afecta la modalidad de trabajo a distancia a la salud física y mental de los trabajadores.

— Aumento de la información transmitida a los trabajadores en materia de desconexión digital, en especial se deberá informar a los mismos de su capacidad de "apagar las herramientas digitales con fines laborales, incluidas cualquier herramienta de seguimiento o vigilancia relacionada con el trabajo, la forma en que se registra el tiempo de trabajo…"

— Creación de mecanismos para la tramitación de las reclamaciones interpuestas por los trabajadores por la vulneración de su derecho a la desconexión digital.

Todas estas medidas pueden contribuir a reducir el impacto que las TICS y el teletrabajo están teniendo sobre la salud de los trabajadores y permiten concretar la insuficiente regulación existente en esta materia, tal y como hemos visto en los puntos anteriores[63].

Por último, cabe hacer una breve referencia a la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, la cual fue aprobada el día 26 de diciembre del año 2022[64]. En virtud de la misma, se busca que Europa avance hacia "una transformación digital centrada en los ciudadanos, basada en la solidaridad y la inclusión, y que recuerda la importancia de la libertad de elección, la participación en el espacio público digital, la seguridad, protección y empoderamiento, y la sostenibilidad". Para ello, se recogen una serie de compromisos, y en particular, aludiendo al derecho que tiene toda persona tanto a unas condiciones de trabajo que sean justas, saludables y equitativas, como a una adecuada protección en el entorno digital sin que repercuta la situación laboral, modalidad o duración del empleo- se plasma el compromiso de "velar por que toda persona pueda desconectar y beneficiarse de salvaguardias para asegurar el equilibrio entre vida privada y vida laboral en un entorno digital.".

[62] En este sentido, propone el Comité Económico y Social Europeo en el Dictamen sobre los retos del teletrabajo: organización de la jornada de trabajo, equilibrio entre vida privada y vida laboral y derecho a desconectar "que, en el marco del teletrabajo…, se exija a las empresas que utilicen mecanismos adecuados para medir las horas de trabajo normales y extraordinarias…, en conocimiento de los trabajadores y no ser intrusivos ni vulnerar la intimidad del trabajador.".

[63] Medidas adicionales a las analizadas en este punto pueden encontrarse en Oficina Internacional del Trabajo: "El teletrabajo durante la pandemia de COVID-19 y después de ella. Guía práctica", cit., p. 7.

[64] Disponible en: https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/declaration-european-digital-rights-and-principles

Sin duda, existe conciencia sobre las graves repercusiones que las nuevas tecnologías de la información y la comunicación pueden tener sobre la salud y seguridad de los trabajadores, y así se encuentra plasmado en todas las disposiciones a las que hemos hecho alusión en este estudio. Sin embargo, ello no significa que la regulación actualmente vigente sea suficiente para afrontar los nuevos retos que la era digital plantea desde un punto de vista laboral, siendo el derecho a la desconexión digital únicamente uno de los múltiples puntos donde se hacen patentes dichos riesgos y que requerirán un importante esfuerzo y desarrollo normativo tanto en nuestro país como en el ámbito europeo.

Cabe finalizar este estudio recopilando una serie de críticas que el análisis realizado ha permitido extraer sobre la regulación actualmente existente en materia de desconexión digital.

En primer lugar, y pese al avance que ha supuesto la aprobación del artículo 18 LTD -al recoger este en qué consiste y el contenido mínimo del derecho a la desconexión digital-, el mismo sigue resultando insuficiente de cara a garantizar un efectivo derecho al descanso de los trabajadores[65]. Ello se debe, en primer lugar, a que el legislador prácticamente se ha limitado, de nuevo, a remitir a la normativa precedente recogida en el art. 88 LOPD[66], la cual, ya fue intensamente criticada en el momento de su aprobación por resultar patentemente insuficiente.

Por otro lado, pese a reconocerse un deber empresarial en esta materia, no se han recogido medidas específicas que permitan de manera efectiva garantizar el derecho a la desconexión digital, por el contrario, este deber ha sido delegado de manera absoluta en la autonomía colectiva[67], lo cual está dando lugar a que en la práctica únicamente se estén estableciendo medidas destinadas a garantizar el derecho al descanso por medio de la desconexión digital en empresas de grandes dimensiones, quedando desamparadas las pequeñas y medianas empresas que, además, son las más numerosas en nuestro país[68]. Además, esta remisión únicamente resulta efectiva si la negociación colectiva adopta efectivamente una serie de medidas que resulten suficientes para garantizar dicho derecho, no bastando una mera declaración de intenciones como ocurre en otras muchas materias[69].

Otro de los puntos más criticables de esta regulación es la inexistencia de medidas específicas de carácter sancionador en caso de que se produzca la vulneración del deber empresarial[70]. Ello ha dado lugar a que la doctrina se pronuncie identificando los distintos preceptos que a estos efectos resultarían de aplicación en caso de vulneración del derecho a la desconexión digital, como es el art. 7.5 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social[71], por el cual es una infracción grave

[65] Cfr. Sánchez Trigueros, C. y Folgoso Olmo, A.: "En torno a la desconexión digital", cit., p. 43.

[66] Cfr. Pérez Campos, A.I.: "Teletrabajo y derecho a la desconexión digital", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 9, núm. 1, 2021, p. 502.

[67] Ha sido criticado por la doctrina el hecho de que no se haya recogido un régimen jurídico legal de carácter supletorio que permita garantizar una protección mínima en defecto de convenio colectivo aplicable. En este sentido *Vid*. Altés Tárrega, J.A. y Yagüe Blanco, S.: "A vueltas con la desconexión digital: eficacia y garantías de lege lata", cit., p. 73.

[68] *Vid*. Sánchez Trigueros, C.: "Derecho a la desconexión digital", cit., p. 576.

[69] Así ocurre, a título ejemplificativo, en el VII Convenio colectivo sectorial estatal de cadenas de tiendas de conveniencia, el cual, por medio del Artículo 28 bis regula someramente dicho derecho. En particular, el mismo se limita a reconocer dicho derecho, disponiendo que para dar cumplimiento al mismo será la empresa previa audiencia con los representantes de los trabajadores la encargada de elaborar una política interna que defina las modalidades de ejercicio de este derecho y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. También dispone que, como complemento a dichas medidas se "*podrán*" adoptar, sin establecer obligatoriedad alguna, protocolos de actuación destinados a ampliar lo dispuesto en el precepto citado.

[70] *Vid*. Martín Muñoz, M.R.: "El derecho a la desconexión digital en España un análisis de su regulación legal y convencional", cit., p. 92.

[71] *Vid*. Gil Plana, J.: "El tiempo de trabajo en el trabajo a distancia", cit., p. 250.

"la transgresión de las normas y los límites legales o paccionados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, descansos, vacaciones, permisos y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 23 y 34 a 38 del Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores." No obstante, otros autores señalan además la posibilidad de sancionar el incumplimiento de este derecho sobre la base de lo dispuesto en los artículos 8.11, 11.4 y 12.1 TRLISOS[72]. El hecho de que existan los preceptos de carácter sancionador a los que acaba de hacerse referencia, no justifica la ausencia de un pronunciamiento específico en materia de desconexión digital, ya que justificar este extremo llevaría también a justificar la inexistencia del propio derecho a la desconexión digital al existir otros preceptos generales destinados a proteger el derecho constitucional al descanso, lo cual evidentemente carece de sentido alguno.

Esta situación se ve agravada como consecuencia de la actual configuración legal del despido disciplinario en nuestro país, ya que, a través de las diversas reformas de carácter flexibilizador y desregulador operadas en nuestro país[73], se ha llegado a una situación en la que el despido disciplinario "ad nutum" o sin causa, pese a no estar permitido en nuestro sistema, está siendo utilizado en la práctica de manera habitual como una medida de flexibilidad externa en las empresas españolas[74]. Ello se debe a que en caso de que el despido sea declarado improcedente, será el empleador el que finalmente decida si readmite al trabajador o le indemniza. Por lo tanto, al final, el resultado al que se llega en la práctica es al despido sin causa por medio de una indemnización, también a raíz de dicha reforma considerablemente escasa. En lo que en este punto nos interesa, si un trabajador decide ejercitar su derecho a la desconexión digital no contestando a los requerimientos empresariales y la empresa decide despedirlo, el mismo quedará totalmente desprotegido ya que el resultado final será su expulsión de la empresa con una insuficiente indemnización[75]. En este sentido, habrá que esperar para comprobar los efectos que la nueva reforma laboral[76] tiene en todos estos aspectos, al potenciar la misma las medidas de flexibilidad interna frente a las de flexibilidad externa como son los despidos. Sin embargo, nada dispone la misma sobre el teletrabajo en general, y la materia objeto de estudio en particular, desaprovechando así el legislador la oportunidad que esta nueva reforma suponía para corregir los fallos que presenta el actual art. 13 ET sobre trabajo a distancia, el cual, tras la reforma realizada como consecuencia de la aprobación del RDTD ha quedado vacío de contenido.

El conjunto del análisis realizado muestra el largo recorrido que queda por recorrer en la efectiva garantía de los derechos digitales de los trabajadores, y en particular, en la garantía del derecho a la desconexión digital, alzándose este como un derecho cuya garantía resulta imprescindible en el marco laboral actual, marcado por la incidencia cada vez mayor de las nuevas tecnologías y la expansión de la modalidad del teletrabajo[77].

---

[72] Así lo ha recogido Martín Muñoz, M.R.: "El derecho a la desconexión digital en España un análisis de su regulación legal y convencional", cit., pp. 99-100.

[73] Cfr. Monereo Pérez, J.L.: Las reconversiones industriales en el Derecho del Trabajo, cit., p. 24.

[74] Un estudio completo que muestra cómo ha cambiado el régimen jurídico del despido disciplinario en España se encuentra en Ortega Lozano, P.G.: *Poderes empresariales y resolución del contrato de trabajo por incumplimiento del trabajador España e Italia*, Granada, Comares, 2020.

[75] Vid. Sánchez Trigueros, C.: "Derecho a la desconexión digital" en AA.VV.: *El trabajo a distancia: una perspectiva global,* Navarra, Aranzadi, 2021, pp. 582-583.

[76] La misma se ha plasmado en el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

[77] La relevancia de este derecho también puede verse plasmada en la Carta de Derechos Digitales que ha sido aprobada en España. Esta carta se encuentra integrada del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y reconoce, entre otros derechos digitales en el ámbito laboral, la relevancia del derecho a "la desconexión digital, al descanso y a la conciliación de la vida personal y familiar." La misma se encuentra disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf.

Por todo ello, podemos concluir resaltando el evidente carácter insuficiente que presenta el marco legal actualmente vigente en España de cara a garantizar este derecho, siendo necesaria la introducción de una serie de modificaciones, señaladas a lo largo de todo este artículo, que permitan reforzar el sistema de garantías existentes en nuestro marco normativo, especialmente en la modalidad de teletrabajo cuya propia naturaleza hace que sea más probable que los trabajadores sujetos a esta modalidad de trabajo vean vulnerado su derecho a la desconexión digital y, en consecuencia, su derecho al descanso reconocido constitucionalmente.

5. BIBLIOGRAFÍA

Alfonso Mellado, C., Almendros González, M.A., Febregat Monfort, G., Gómez Gordillo, R., Lantarón Barquín, D., Merino Segovia, A., Monereo Pérez, J.L., Muñoz Ruiz, A.B., y Sanguineti Raymond, W. (Coords.) *et al*: *La regulación legal y convencional del tiempo de trabajo*, Madrid, LeFebvre, 2020.

Altés tárrega, J.A. y Yagüe Blanco, S.: "A vueltas con la desconexión digital: eficacia y garantías de lege lata", *Revista Labos*, vol.1, núm. 2, 2020.

Álvarez Cuesta, H.: "Del recurso al teletrabajo como medida de emergencia al futuro del trabajo a distancia", *Revista Lan Harremanak,* núm. 40, 2020.

Arruga Segura, M.C.: "La incidencia de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales: economía digital, teletrabajo y desconexión digital", *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 15, 2021.

Ayala Sánchez, A.: "Un triángulo imperfecto: TICS, empresarios y trabajadores", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 59, 2021.

Domingo Monforte, J. y Salvador Álvarez, N.: "Hiperconectividad digital y salud laboral", *Revista Diario La Ley*, núm. 9.638, 2020.

Monereo Pérez, J.L. y Muros Polo, A.: "El tiempo de trabajo y el periodo de descanso a debate en las guardas en régimen de disponibilidad no presencial", *Revista La Ley Unión Europea*, núm. 92, 2021.

Fernández Avilés, J.A.: "El derecho a la desconexión como medida preventiva frente a los nuevos riesgos psicosociales derivados del cambio tecnológico", *Boletín informativo del observatorio de riesgos psicosociales UGT*, núm. 28, 2018.

Gil Plana, J.: "El tiempo de trabajo en el trabajo a distancia" en AA.VV.: *El trabajo a distancia con particular análisis del Real Decreto-ley 28/2020 de 22 de septiembre,* Madrid, Wolter Kluwer, 2021.

Gómez Abelleira, F.J.: *La nueva regulación del Trabajo a distancia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

Gorelli Hernández, J.: "El derecho al descanso y las nuevas formas de trabajo en la era digital ¿Un derecho en peligro? En Monereo Pérez, J.L., Vila Tierno, F., Esposito, M. y Perán Quesada, S. (Dirs.) *et al*: *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales: nuevos paradigmas para comprender el derecho del trabajo del siglo XXI*, Granada, Comares, 2021.

Martín Hernández, M. L.: "El derecho a la seguridad y salud laboral en el teletrabajo", *Revista Trabajo y Derecho*, núm. extra-12, 2020, (recurso de acceso digital).

Martín Muñoz, M.R.: "El derecho a la desconexión digital en España un análisis de su regulación legal y convencional", *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 239, 2021.

Martín Rodríguez, O.: "El tecnoestrés como factor de riesgo para la seguridad y salud del trabajador", *Revista Lan Harremanak*, núm. 44, 2020.

Monereo Pérez, J.L., Ojeda Avilés, A. y Gutiérrez Bengoechea, M.: *Reforma de las pensiones públicas y planes privados de pensiones*, Murcia, Laborum, 2021.

Monereo Pérez, J.L.: "Democracia social y económica en la metamorfosis del Estado moderno: Harold J. Laski", *Revista Jurídica de los Derechos Sociales Lex Social,* vol. 11, núm. 1, 2021.

Monereo Pérez, J.L.: "La gestión integral de riesgos laborales: salud pública ambiental y salud laboral" en Vila Tierno, F., Monereo Pérez, J.L., Rivas Vallejo, M.P. y Álvarez Cortés, J.C. (Dirs.) *et al*: *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19*, tomo II, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

Monereo Pérez, J.L.: "La renta mínima garantizada como medida estructural del sistema de seguridad social en la "sociedad del riesgo", *Revista Lex Social,* vol. 10, núm. 2, 2020.

Monereo Pérez, J.L.: *Las reconversiones industriales en el Derecho del Trabajo*, Granada, Universidad de Granada, 1988.

Moreno Romero, F.: "Tiempo de (tele)trabajo y descansos" en Monereo Pérez, J.L., Vila Tierno, F., Esposito, m., y Perán Quesada, S. (Dirs.) *et al*: *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales: nuevos paradigmas para comprender el derecho del trabajo del siglo XXI*, Granada, Comares, 2021.

Muros Polo, A.: "Riesgos laborales en el teletrabajo y medidas preventivas adecuadas: luces y sombras", *Revista Trabajo y Derecho,* núm. 81, 2021.

Ortega Lozano, P.G.: "Problemas jurídico-prácticos derivados de la utilización de las TIC en materia laboral", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 8, núm. 4, 2020.

Ortega Lozano, P.G.: *Poderes empresariales y resolución del contrato de trabajo por incumplimiento del trabajador España e Italia*, Granada, Comares, 2020.

Pedrosa Alquézar, S.I.: "La protección frente al estrés y al tecnoestrés en tiempos de pandemia" en Vila Tierno, F., Monereo Pérez, J.L., Rivas Vallejo, M.P. y Álvarez Cortés, J.C. (Dirs.) *et al*: *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19*, tomo II, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

Pérez Campos, A.I.: "Teletrabajo y derecho a la desconexión digital", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 9, núm. 1, 2021.

Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.R.: "La regulación del trabajo a distancia, un modelo en construcción", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 237, 2020.

Quintanilla Navarro, R.Y.: "El teletrabajo: de la dispersión normativa presente a la necesaria regulación normativa europea y estatal futura", *El futuro del trabajo que queremos*. Conferencia Nacional Tripartita, Madrid, Vol. 2, 2017.

Sánchez Trigueros, C. y Folgoso Olmo, A.: "En torno a la desconexión digital", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo,* vol. 9, núm. 2, 2021.

Sánchez Trigueros, C.: "Derecho a la desconexión digital" en AA.VV.: *El trabajo a distancia: una perspectiva global,* Navarra, Aranzadi, 2021.

Sánchez Trigueros, C.: "Derecho a la desconexión digital" en Hierro Hierro, F. J., Sánchez Trigueros, C. y Alzaga Ruiz, I. (Dirs.) *et al*: *El trabajo a distancia: una perspectiva global*, Navarra, Aranzadi, 2021.

Sierra benítez, E. M.: *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo, Sevilla, Consejo Económico y Social de Andalucía*, 2011.

Todolí Signes, A.: "Derecho a la intimidad y a la desconexión digital en el teletrabajo" en Rodríguez-Piñero Royo, M. y Todolí Signes, A. (Dirs.) *et al*: *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Navarra, Aranzadi, 2021.

Trujillo Pons, F.: "Un conveniente repaso al derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral tras la Covid-19", *Revista Trabajo y Derecho,* núm. 79, 2021.

Trujillo Pons, F.: *La fatiga informática en el trabajo. Un riesgo nuevo y emergente: su tratamiento jurídico y preventivo*, Albacete, Bomarzo, 2022.

Vallecillo Gámez, M.R.: "El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 8, núm. 1, 2020.

Estudios de Doctrina Judicial

Laborum

nº 4 (3er Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Trabajo decente y subcontratación: la responsabilidad solidaria de la comunidad de propietarios en la jurisprudencia del Tribunal Supremo[1]

Decent work and subcontractors: the joint and several liability of the owners' association in the Supreme Court Case Law

Consuelo Chacartegui Jávega *Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)*
https://orcid.org/0000-0002-3507-5817

Cita Sugerida: CHACARTEGUI JÁVEGA, C. "Trabajo decente y subcontratación: la responsabilidad solidaria de la comunidad de propietarios en la jurisprudencia del Tribunal Supremo". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. núm. 4 (2022): 147-163.

Resumen

La subcontratación de obras o servicios suele implicar el recurso a trabajadores temporales que, debido a su pertenencia formal a la empresa contratista o subcontratista, quedan en ocasiones aislados de la plantilla de la empresa principal a efectos de responsabilidades. Teniendo en cuenta el carácter tuitivo del Derecho del Trabajo y el concepto de "trabajo decente" dentro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas de la Agenda 2030, se analiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo con vistas a encontrar puntos de conexión que permitan una adecuada protección de los derechos de las personas trabajadoras en el marco del art. 42 ET. La STS de 27 de mayo de 2022 sería un ejemplo de ello, intensificando los derechos de las personas trabajadoras a través del reforzamiento de la responsabilidad solidaria.

Palabras clave

contratas y subcontratas; trabajo decente; actividades inherentes; comunidad de propietarios

Abstract

Organising work with contractors and subcontractors usually involves the use of temporary workers. Due to their formal relationship for the contractor or subcontractor company, these workers are sometimes isolated from the staff of the main company for liability purposes. Taking into account the protective nature of labor law and the concept of "decent work" within the Sustainable Development Goals of the United Nations Agenda 2030, the jurisprudence of the Supreme Court is analysed with the aim of finding points of connection that allow adequate protection of workers' rights in the framework of art. 42 ET. The Supreme Court Judgement of 27 May 2022 would be an example of this protection, intensifying the workers' rights through the theory of join and several liability.

Keywords

contractors and subcontractors; decent work; inherent activities; owners' association

1. INTRODUCCIÓN

Puede resultar paradójico comenzar una reflexión sobre la conexión entre trabajo decente y la propia actividad en el marco de la subcontratación de obras o servicios. Sin embargo, en los momentos actuales de discusión de la Agenda 2030 de Naciones Unidas, resulta, en mi opinión, pertinente dicha reflexión, sobre todo teniendo en cuenta el carácter tuitivo que el Derecho del Trabajo cumple y que

[1] Estudio realizado en el marco del proyecto de investigación "Condiciones de trabajo decentes en el marco de la Estrategia de Transición Justa" de referencia PID2019-108628GB-100/AEI/10.13039/501100011033 financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI).

Fecha Recepción: 09/09/2022 - Fecha Revisión: 27/09/2022 - Fecha Aceptación: 27/09/2022
Pags. 147-163

se intensifica en los momentos de crisis como el presente (aunque prácticamente podríamos hablar de una crisis ya cronificada, al menos si atendemos a lo que a la precarización en el empleo se refiere).

La responsabilidad empresarial en los casos de empresarios múltiples sigue siendo uno de los temas que más conflictividad genera en el ámbito de las relaciones laborales. A ello hay que añadir que, con frecuencia, las personas trabajadoras que prestan sus servicios en contratas y subcontratas de obras y servicios son especialmente vulnerables: piénsese, por ejemplo, en las mujeres inmigrantes que a menudo desarrollan funciones como personal de limpieza en las comunidades de propietarios.

Por otra parte, en numerosas ocasiones, estas tareas son desarrolladas a través de empresas multiservicios, con fronteras muy difusas con la cesión ilegal y cuya "perniciosa anomia legal"[2] ha sido criticada con razón debido a la precarización en el empleo que provoca, en parte por la asignación funcional de un convenio colectivo "de empresas multiservicios" que poco tiene que ver con las funciones materiales que desarrollan las personas trabajadoras y que generalmente se ha utilizado para pagar salarios más bajos a las trabajadoras que ejercen labores de limpieza[3]. También en determinados supuestos de contratas administrativas, a efectos de la aplicación de la normativa laboral a dicha figura[4], en la que la complejidad por la descentralización de la gestión de servicios públicos a favor de empresas privadas supone "la imbricación entre normas laborales y administrativas"[5], lo que se ha calificado como una "combinación letal"[6]. El problema surge cuando la empresa auxiliar tiene un objeto social plural y, en base a ello, se ha intentado eludir la aplicación del convenio sectorial. La reforma laboral de 2021, aun mejorando la situación de estabilidad de los trabajadores, no desaparecen algunos vestigios de precariedad[7], ni tampoco se entra en la determinación del concepto de propia actividad como elemento clave de atribución de responsabilidades, lo que podría frenar notablemente la proliferación de "supuestos patológicos de descentralización productiva"[8].

La descentralización productiva a través del fenómeno del art. 42 ET persigue la contratación o subcontratación de todo o parte de una misma obra, por lo que lo relevante es la existencia de una realidad fáctica, en la que concurren varias empresas con un interés compartido entre las mismas. El Tribunal Supremo ha venido señalando la licitud de recurrir a la subcontratación de obras o servicios

[2] Vicente Palacio, A.: *Empresas multiservicios y precarización del empleo*, Barcelona, Atelier, 2016.

[3] Así, la STS 17-3-2015, rec. 1464/2014. señala que "en los contratos de las actoras consta que la actividad económica de la empresa demandada es la limpieza de edificios y locales, figurando como objeto social la limpieza y como actividad mercantil las actividades industriales de limpieza y otras actividades de limpieza industrial y de edificios. De tales datos, forzoso es concluir, que la actividad principal a la que se dedica la demandada es la de limpieza de edificios y locales, por lo que le será de aplicación el Convenio Colectivo del Sector de Limpieza de Edificios y Locales de la Comunidad de Madrid".

[4] García Perrote-Escartín, I. y Goñi Sein, J. L.: "Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contratas", en AA.VV., *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

[5] Rodríguez Escanciano, S.: "El ejercicio del poder organizativo empresarial como criterio delimitador de una cesión ilegal. A propósito de una contrata del servicio público para la atención de necesidades educativas especiales", *Revista de Jurisprudencia Laboral,* núm. 3, 2022.

[6] Rodríguez-Piñero Royo, M.: "La contratación temporal en el sector público", *Doc. Labor*., núm. 110, 2017, Vol. II. I, p. 43.

[7] En este sentido, *vid*. Goñi Sein, J.L.: "Contratas, subcontratas y convenio colectivo aplicable", *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, núm. 13, 2022 (Ejemplar dedicado a: La reforma laboral de 2021 y sus efectos en el mercado de trabajo), pp. 81-99; De La Puebla Pinilla, A.: "El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratas y subcontratas", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 88, 2022; Cavas Martínez, F.: "Determinación del convenio colectivo aplicable en las contratas y subcontratas", *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL),* núm. 1, 2022.

[8] Pérez Guerrero, M.L.: "La reforma de la subcontratación: una reforma de mínimos", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado - Monográfico*, 2022, pp. 157-182, p. 161.

plenamente acorde al art. 38 CE[9], puesto que también las actividades inherentes al ciclo productivo pueden ser objeto de contrata externa[10]. Sin embargo, la pregunta que aflora como objeto de análisis en este trabajo es: ¿hasta qué punto la aplicación del concepto de propia actividad, tal como se está interpretando por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se ajusta a las previsiones de trabajo decente que marcan los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas? ¿Puede hablarse, a partir de la doctrina mayoritaria desarrollada alrededor del concepto de propia actividad por parte del Tribunal Supremo, de un concepto respetuoso con el concepto de trabajo decente instaurado por la Organización Internacional del Trabajo (en delante, OIT)[11]? Interesa, pues, la adecuación del concepto de propia actividad en la medida que se ajuste a los requerimientos del trabajo decente como sinónimo de trabajo productivo en el cual se protegen los derechos de las personas trabajadoras y que evite un "dumping social y mercantil"[12].

Según el régimen de responsabilidades instaurado por el art. 42 ET, quien está en condiciones de obtener un beneficio debe de estar también dispuesto a responder de las obligaciones y responsabilidades que puedan derivar del mismo. Sin embargo, la detección de responsabilidades es muy compleja cuando estamos ante empresarios múltiples, y lo es todavía más cuando nos encontramos ante encadenamiento de contratas y subcontratas de obras y servicios, en la que una empresa principal contrata a una auxiliar, y ésta a su vez a una subcontrata, y así sucesivamente, dificultándose la extensión subjetiva del régimen de responsabilidades salariales, de seguridad social y de protección frente a la prevención de riesgos laborales, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Los Objetivos de Naciones Unidas de la Agenda 2030, dentro de lo que la doctrina anglosajona ha enmarcado en las categorías de *goals, challenges and aims*[13] deben hacerse compatibles con el progreso económico y con el respeto a los derechos sociales y medioambientales. En el ámbito jurídico laboral, ello se refleja en la mejora de las condiciones de trabajo y en el progreso hacia los objetivos de trabajo decente de las personas trabajadoras[14]. Desde la aplicación de las teorías de la justicia redistributiva al ordenamiento laboral, debe examinarse qué tipo de intervenciones son necesarias, no sólo desde una responsabilidad de tipo individual, sino también desde una dimensión colectiva, lo que incluye asimismo la labor jurisdiccional[15].

---

[9] Según la STS 10-5-2006, rec. 725/2005), "el ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva y así lo reconoce el art. 42.1 del ET cuando se refiere a la contratación o subcontratación para 'la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa".

[10] STS 4-3-2008 (rec. 1310/2007).

[11] La noción de trabajo decente aparece por primera vez en la Memoria del Director General de la OIT, Juan Somavía, en la Conferencia Internacional del Trabajo núm. 87, Ginebra, junio de 1999, según la cual "es el punto de convergencia de sus cuatro objetivos estratégicos: la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo; el empleo; la protección social y el diálogo social".

[12] Monereo Pérez, J.L.: "La subcontratación como instrumento de descentralización productiva y su nueva regulación en el Derecho del Trabajo", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia,* vol. 27, 2022, p. 33, ha señalado, al efecto, en relación a las empresas multiservicios que su éxito en el mercado reside en la flexibilidad en la gestión de servicios y actividades. Sin embargo, también comporta una "virtualidad adicional que resulta disfuncional para un Derecho del Trabajo garantista" para los derechos de las personas trabajadoras, ante la evidencia que "una puesta a disposición de una mano de obra con costes mucho más reducidos que los que tendría que soportar la empresa principal/cliente si tuviera que realizar una contratación directa".

[13] Hilson, C.: "Hitting the Target? Analysing the Use of Targets in Climate Law", *Journal of Environmental Law*, núm. 32, 2020, pp. 195-220.

[14] ONU. 2018. Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionados con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. Tema 3 de la agenda, Consejo de Derechos Humanos, 37.o periodo de sesiones, A/HRC/37/59. Ginebra.

[15] Davidov, G.: "Distributive Justice and Labour Law", en Collins, H., Lester, G. and Mantouvalou, V. (Dirs.) *et al*: *Philosophical Foundations of Labour Law*, Oxford University Press, 2018.

Las conexiones del trabajo en contratas con las necesidades que impone el trabajo decente son claros en el marco de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas 2030. La primera discusión profunda de la OIT sobre el trabajo en régimen de subcontratación tuvo lugar en la 85.ª reunión (1997) de la Conferencia Internacional del Trabajo[16]. A raíz de dicha discusión, y de conformidad con el artículo 39 del Reglamento de la Conferencia, la Oficina Internacional del Trabajo preparó y envió a los gobiernos de los Estados Miembros un informe en el que figuraba un proyecto de convenio y un proyecto de recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación basados en las conclusiones que la Conferencia adoptó en su 85.ª reunión, que contemplaban que, en la medida prevista por la legislación nacional, las obligaciones económicas para con el trabajador en régimen de subcontratación podrían recaer solidariamente en el subcontratista y la empresa usuaria, o en el intermediario y dicha empresa, o en todas esas partes, según sea el caso[17].

Todo ello obligaba a reconocer la conveniencia de adoptar nuevas normas en la materia, con miras a garantizar una protección adecuada a los trabajadores en régimen de subcontratación, aunque lamentablemente ello no ha llegado a materializarse en un convenio internacional de la OIT. No obstante, en el V Informe de la OIT sobre el Trabajo en Régimen de Subcontratación se estableció que "en determinadas circunstancias (por ejemplo, cuando el trabajo en régimen de subcontratación se utiliza principal o exclusivamente con el fin de eludir las obligaciones o denegar los derechos previstos en la legislación laboral o de seguridad social), los trabajadores en régimen de subcontratación deberían ser tratados como los asalariados de la empresa usuaria o, según sea el caso, como los del subcontratista o del intermediario"[18]. En España se ha realizado un esfuerzo a través de la Reforma Laboral de 2021, reorientando la determinación del convenio colectivo aplicable a las personas trabajadoras en los supuestos de contrata y subcontrata: antes se daba prioridad al convenio de empresa y ahora se da prevalencia al convenio del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata[19].

2. EL CONCEPTO DE PROPIA ACTIVIDAD Y SUS TEORÍAS: BREVE RECORRIDO SOBRE LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN ESPAÑA

La subcontratación de obras o servicios suele implicar el recurso a trabajadores temporales que, debido a la pertenencia a la empresa contratista o subcontratista, quedan formalmente aislados de la plantilla de la empresa principal a efectos, por ejemplo, de determinados derechos sindicales, pues difícilmente pueden tenerse en cuenta para las reglas de cómputo para la formación de órganos de representación del personal. Básicamente ello responde a que la descentralización productiva no altera en nada el carácter dual propio del contrato de trabajo, en términos tales que se parte siempre de la existencia de un único empleador para cada trabajador, siendo éste quien recibe formalmente la prestación de servicios del asalariado. Lo relevante es, en definitiva, quién ostenta en términos jurídicos la titularidad de los poderes directivos/organizativos, por lo que las empresas auxiliares

[16] Vid. OIT. Trabajo en régimen de subcontratación. Informe V.2.B) 86ª reunión, Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, junio de 1998.

[17] Vid. el punto B) apartado 8.3. del Proyecto de recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación. OIT. Trabajo en régimen de subcontratación. Informe V.2.B) 86ª reunión, Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, junio de 1998.

[18] Vid. el punto B) apartado 5 del Proyecto de recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación. OIT. Trabajo en régimen de subcontratación. Informe V.2.B) 86ª reunión, Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, junio de 1998.

[19] En la Exposición de Motivos se explica que el propósito de la modificación del art. 42.6 ET "es procurar la necesaria protección a las personas trabajadoras de la contrata o subcontrata, evitando una competencia basada de manera exclusiva en peores condiciones laborales". Añadiéndose que es "difícilmente defendible que dos personas que realizan trabajos de igual valor tengan condiciones laborales diferentes, o incluso carezcan de un marco sectorial de referencia, por razón exclusivamente del objeto social o forma jurídica de la empresa contratista o subcontratistas a las que se vincula".

aparecen siempre como los empleadores formales de los trabajadores que realizan las actividades externalizadas, siendo casos excepcionales los que el legislador ha roto la formalidad subjetiva de la contratación para pasar a imputar la condición de empleador a quien no lo es formalmente, tal como ha puesto de relieve Cruz Villalón[20].

El art. 42 ET es uno de estos casos en los que se atribuyen responsabilidades a los empresarios que no poseen la condición de empleadores, bajo determinadas circunstancias. Dicho precepto establece la responsabilidad solidaria respecto a las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellas. De ahí que el concepto de propia actividad en las contratas y subcontratas del art. 42 ET haya sido siempre objeto de una gran casuística en la doctrina de los tribunales españoles. En el siguiente esquema, se esquematizan los elementos esenciales del art. 42 ET.

	FUNDAMENTOS DEL ART. 42 ET
ELEMENTO SUBJETIVO	• Multiplicidad de empresarios: principal y empresa(s) contratistas y subcontratistas. • Empresas contratistas: poseen organización productiva empresarial propia (diferencia con la cesión ilegal). • Estructura empresarial de la empresa auxiliar: elementos materiales (medios de producción e infraestructura material empresarial) y medios humanos (trabajadores contratados para la ejecución de las tareas). • Ejercicio de los poderes inherentes a la condición de empresario por parte de la contratista respecto a sus trabajadores.
NEXO NEGOCIAL	• Negocio jurídico por el que se produce la descentralización. • Elemento finalista: se destina a la ejecución de una actividad que la principal no puede realizar por sus propios medios. • Justificación técnica de la subcontratación.
ELEMENTO OBJETIVO	• Existencia de propia actividad • Interpretación jurisprudencial del concepto alrededor de dos grandes teorías: a) doctrina de las actividades indispensables: en sentido amplio, todas aquellas que son necesarias para la organización del trabajo; b) doctrina del ciclo productivo o de las actividades inherentes: en sentido estricto, toda actividad que se identifica totalmente con el ciclo productivo de la principal. • En la actualidad, predominio jurisprudencial de la teoría del ciclo productivo: tareas inherentes a las actividades de la empresa principal. También aplicable a la administración pública cuando ésta actúa como empresa principal.

La imprecisión de lo que encierra el concepto de propia actividad ha intentado ser suplida por la jurisprudencia. Sin embargo, la defensa de los derechos e intereses dignos de protección en juego no siempre se alcanzan a través de la aplicación judicial de normas que la doctrina ha tachado como inadecuadas[21]. Las limitaciones del sistema de responsabilidad empresarial previsto en el art. 42 ET y concordantes contradicen en ocasiones el carácter tuitivo del Derecho del Trabajo, al dejar sin protección legal a una importante cantidad de personas trabajadoras que prestan servicios bajo los paradigmas normativos de la subcontratación laboral.

De la lectura del art. 42 ET se deduce que no todas las actividades contratadas se integran dentro del concepto de propia actividad, pero el precepto no puede interpretarse de manera tan restrictiva que dicho concepto nunca se aplique. Además, hay que tener presente que la jurisprudencia

[20] Cruz Villalón, J.: *La descentralización productiva y su impacto sobre las relaciones laborales*, Grijley, 2009.

[21] Salinas Molina, F.: "Contratas y subcontratas: jurisprudencia unificadora", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* núm. 38, 2002 (Ejemplar dedicado a: Tendencias actuales de la jurisprudencia en materia de contrato de trabajo), pp. 201-228. Para el autor, "incluso después de la Ley 12/2001, cabe seguir afirmando que la disciplina de contratas y subcontratas sigue siendo una regulación insegura y obsoleta para dar respuesta con la seguridad jurídica necesaria".

se ha enfrentado en numerosas ocasiones a la ardua tarea de diferenciar el concepto de contrata de propia actividad con la figura de la cesión ilegal.

Para poder establecer los límites a esta fina diferencia entre ambas figuras, y en lo que se refiere al mantenimiento de las facultades organizativas y de dirección sobre la actividad de los trabajadores, la jurisprudencia ha venido señalando que es básico tener presente que las empresas subcontratadas mantienen en su integridad el cúmulo de facultades que caracterizan el efectivo ejercicio del poder empresarial: organización del trabajo, gestión de turnos, vacaciones, jornada y poder disciplinario, sin que la empresa principal pueda intervenir en ese ámbito propio de la condición jurídico-laboral de empresario (vid, por todas, la STS 10-6-2020, rec. 237/2018). En materia probatoria, hoy en día resulta relativamente sencillo probar esta situación a través de las aplicaciones informáticas que se descargan los propios trabajadores, tras lo que cada empresa imparte las órdenes a éstos para la ejecución de la actividad laboral.

Volviendo al concepto de propia actividad, a grandes rasgos, dos grandes teorías doctrinales han intentado configurar dicha noción en base al papel que la actividad realizada por parte de la empresa contratista posee en el proceso productivo de la empresa principal: por una parte, la teoría de las actividades indispensables, y, en segundo lugar, en base a la teoría del ciclo productivo (o de las actividades inherentes), tal como se resumen brevemente a continuación.

a) *Teoría de las actividades indispensables*. Dicha doctrina entiende que integra el concepto de propia actividad toda aquella que es indispensable desde una perspectiva amplia de la actividad, de manera que son todas aquellas que son necesarias para la organización del trabajo. Piénsese, por ejemplo, en la actividad de limpieza o seguridad de edificios o centros de trabajo, que siempre han sido objeto de gran controversia jurisprudencial a la hora de determinar si son propia actividad o no lo son. Desde esta perspectiva, dichas actividades sí son indispensables para la empresa. Por consiguiente, únicamente quedan fuera del concepto de propia actividad las obras o servicios no conectadas con la finalidad productiva de la empresa, o bien las actividades complementarias que no son fundamentales o esenciales para la consecución de dicha finalidad.

b) *Teoría del ciclo productivo.* Según dicha teoría, sólo constituyen propia actividad las *actividades inherentes* al mismo. Dicha posición configura, desde un sentido más estricto, la propia actividad como aquella que se corresponde (en el sentido de identificarse totalmente) con el ciclo productivo de la empresa principal. De esta manera, se acude a la identificación de la actividad como nuclear. En definitiva, se incluyen todas las labores específicas o inespecíficas que una determinada organización productiva debe desarrollar para desempeñar adecuadamente sus funciones. Según esta doctrina, estas labores "no nucleares" quedan excluidas del concepto y, en consecuencia, de la regulación de la responsabilidad del artículo 42 ET. Por ejemplo, según esta teoría, se excluyen las actividades complementarias inespecíficas, como la vigilancia o limpieza de edificios o centros de trabajo.

Resulta muy difícil ofrecer una interpretación pacífica sobre el concepto de propia actividad. Legalmente se excluyen dos supuestos expresamente: a) cuando la actividad contratada se refiere exclusivamente a la construcción que pueda contratar un cabeza de familia; b) cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial. Sin embargo, es bien sabido que, desde el ámbito jurisprudencial, esta cuestión es sumamente casuística. Ahora bien, parece que la teoría del ciclo productivo es la que impera actualmente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. A continuación se exponen las siguientes conclusiones fruto de la continua definición del concepto de actividad inherente desde algunas de sus diversas manifestaciones en la doctrina del Alto Tribunal.

3. LA CASUÍSTICA JURISPRUDENCIAL FAVORABLE A LA CONSIDERACIÓN DE PROPIA ACTIVIDAD EN CONTRATAS Y SUBCONTRATAS DEL ART. 42 ET

El hecho de que los trabajadores y trabajadoras de contratas y subcontratas puedan ver vulnerados sus derechos laborales, como consecuencia la dificultad en la detección de la figura de su empleador a efectos de responsabilidades, resulta un elemento clave en favor de la necesidad de clarificación de la figura de la noción de la propia actividad a la luz del concepto de trabajo decente de la OIT.

En nuestra jurisprudencia, se hace un tanto difícil "juridificar" este concepto a los efectos de su aplicación. Siguiendo a Alarcón Caracuel[22], el principio *pro operario* puede constituir un canon exegético de notable utilidad para avanzar en ello. Así, ante las dificultades que puedan aflorar a la hora de identificar la propia actividad atendiendo bien a la teoría de las actividades indispensables, bien a del ciclo productivo, la inserción del principio pro operario en la cláusula del Estado social del art. 1.1 CE posee un significado muy preciso desde la óptica jurídico-laboral: su carácter tuitivo a la hora de otorgar la tutela a la parte contratante débil y su carácter compensador de desigualdades en conexión con el art. 9.2 CE. Ello impide una interpretación jurisprudencial restrictiva, en aras a la protección de la parte contratante débil[23].

Desde dicha perspectiva, a continuación se va a proceder a analizar una serie de contenidos en los que la jurisprudencia ha concluido la existencia de propia actividad, lo que ha comportado la activación de responsabilidades en las empresas responsables y, paralelamente, la protección en los derechos de la persona trabajadora. En esta medida, puede afirmarse que esta línea jurisprudencial se acerca más a lo que se entiende por trabajo decente, según la OIT.

a) Subcontratación de reparación de líneas de tendido eléctrico para empresa de producción de energía

Una de las primeras sentencias que aporta criterios fundamentales para la consideración de propia actividad es la STS 18-4-1992 (rec. 1178/1991). Siendo el objeto principal de la empresa principal la producción de energía eléctrica, la reparación mantenimiento de las líneas de tendido eléctrico se comprende en el área de la propia actividad. Aunque esas líneas se encuentran al aire libre, son sin duda instalaciones propias de la empresa principal, estando ésta obligada a cuidar de su adecuada conservación y buen estado, a fin de evitar cualesquiera daños o accidentes que los deterioros o desperfectos de las mismas pudieran ocasionar. Ello obliga a equiparar estas instalaciones a la idea de "centro de trabajo", resultando clara la responsabilidad de la empresa principal (FECSA) en el siniestro, pues el mismo se produjo por el mal estado de un poste eléctrico de esta compañía, estando ella obligada a velar por la buena conservación del mismo.

Constituye asimismo propia actividad, según el Alto Tribunal, la tarea auxiliar consistente en la realización de montaje e instalación, nuevos suministros o ampliación de los existentes, modificaciones de la red de baja y media tensión y obras de desarrollo, así como los trabajos para el mantenimiento y operación de instalaciones que se realizan para una empresa hidroeléctrica (STS 11-

[22] Alarcón Caracuel, M. R.: "La vigencia del principio pro operario", Montoya Melgar, A., Martín Valverde, A. y Rodríguez-Sañudo, F. (Coords.) *et al*: *Cuestiones actuales de Derecho del trabajo: Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990, pp. 839-874.

[23] Por todas, vid. la STS 19-4-2018 (rec. 1286/2016), STS 15-7-2023 (rec. 2926/2012) y STS 21-4-2015 (311/2014), entre otras, si bien esta última desde una perspectiva más conectada con el principio interpretativo específico *in dubio pro operario*.

5-2005, rec. 2291/2004). A la misma conclusión llega la STS 22-11-2002 (rec. 3904/2001), según la cual "no se concibe el desarrollo de la actividad de telefonía sin las propias líneas, que forman parte de la empresa misma y que además requerirán siempre de atenciones y mantenimiento para la correcta prestación del servicio de telefonía".

b) Servicio de comedor en colegio mayor universitario

Otra de las sentencias que marca el camino de la existencia de propia actividad es la STS 24-11-1998 (rec. 517/1998). Dicha resolución judicial concluye que la empresa contratista presta los servicios inherentes a un colegio mayor, que comprende tanto colaboración en la formación de los alumnos, como su alojamiento y manutención, proporcionándoles la atención debida (desayuno, comida y cena). Tal servicio de comidas forma parte esencial de la función del colegio mayor de forma que, de no dispensarse, quedaría incompleta la labor del mismo, que se integra tanto por el área docente como la de hostelería, de especiales características para los estudiantes inscritos, pues contribuye a su desarrollo personal y protección.

c) Actividad de transporte de mercancías para agencia de transporte, servicios auxiliares y complementarios

La empresa empleadora suele ser una empresa de transporte que ha formalizado un contrato mercantil con una empresa principal que, en ambos casos, tiene como actividad la de agencia de transporte, actividades auxiliares y/o complementarias del transporte. Desde la perspectiva de la responsabilidad en relación a las personas trabajadoras, lo que el art. 42 ET quiere evitar es que quien se halla en una situación de fuerza en la cadena de contratación (comitente, dueño de la obra o contratista principal), que es quien controla realmente la ejecución del trabajo y quien verdaderamente asume en mayor medida los beneficios económicos de la actividad que realizan otros total o parcialmente, quede inmune ante las posibles deudas de estos últimos frente a sus trabajadores y ante su posible situación de insolvencia (vid. la STS 6-7-2022, rec. 2103/2021).

d) Ayuntamiento que subcontrata la actividad consistente en prestar atención al público

Estas actividades descentralizadas consisten en información, control de aforos, portería, organización de comienzo y fin de actividades, medidas de seguridad, planes de evacuación, servicios de auxiliares de información, jefatura de sala, servicio de taquillas, acomodadores, servicios de portería y guardarropía, entre otros. Todas ellas constituyen propia actividad en la medida que, de no haberse subcontratado, tales servicios deberían de haberse realizado por el propio ayuntamiento para el correcto cumplimiento de sus fines y actividades de interés cultural (por todas, vid. la STS 13-6-2022, rec. 677/2021).

e) Consejería de Educación que contrata la actividad de servicio de comedor en centros docentes públicos

El servicio de comedor en los centros docentes no es, en absoluto, una actividad complementaria inespecífica de la empresa principal. Es una actividad inherente y estrictamente necesaria y esencial para que el ente público de infraestructuras y servicios educativos pueda prestar el servicio público que tiene encomendado. En definitiva, se trata de una labor esencial que el ente público debe desarrollar para desempeñar adecuadamente las competencias que tiene atribuidas legalmente (STS 14-9-2021, rec. 652/2018).

f) Instalación y montaje de los sistemas de seguridad de la central de producción de energía eléctrica

Siendo la actividad de la empresa principal la construcción y entrega al promotor de una central de producción eléctrica, debe considerarse indispensable para su ciclo productivo la actividad de instalación y montaje de todos los sistemas y mecanismos que resulten imprescindibles para el funcionamiento de la planta, entre los que deben incluirse los destinados a garantizar la seguridad de la misma, ya que sin ellos no es concebible el funcionamiento de una instalación industrial de esa naturaleza (STS 23-1-2020, rec. 2332/2017).

g) Ejecución de reparación de averías en las redes de abastecimiento, alcantarillado y saneamiento de aguas para empresa municipal dedicada a la gestión integral del ciclo hídrico

Cuando la actividad de la empresa principal (empresa pública municipal) consiste en la prestación de los servicios públicos correspondientes a la gestión integral del ciclo hídrico (esto es, de los servicios de abastecimiento de agua potable y recogida y depuración de las aguas residuales), no cabe duda, para el Tribunal Supremo, que la realización de las obras necesarias para el correcto funcionamiento, conservación y mejora de las redes de abastecimiento, alcantarillado y saneamiento de agua, comprendida la puesta en servicio de nuevas acometidas, así como la reparación de las averías que se produzcan en esas redes, son labores inherentes a dicha actividad, de cuyo núcleo estratégico forman parte. De tal modo que, sin ellas, la empresa municipal no podría cumplir su función de garantizar el abastecimiento de agua potable a los usuarios en condiciones de salubridad exigibles y asegurar la evacuación y depuración de las aguas residuales (STS 9-5-2018, rec. 3535/2016).

h) Empresa principal y contratista unidas por contrato de agencia (u otros contratos de naturaleza mercantil)

El art. 42 ET establece garantías a favor de los trabajadores implicados en ciertos procesos de colaboración interempresarial, pero no está limitando o precisando la naturaleza del vínculo existente entre la empresa principal y la auxiliar. El contrato de agencia mercantil no excluye, en sí mismo, la aplicación del art. 42 ET. Lo relevante a efectos de aplicar el artículo 42 ET no es la concreta clase de contrato que vincule a la principal y la contratista, que 'puede perfectamente ser un contrato de agencia con la nota de independencia en el ejercicio de la actividad que caracteriza al mismo, pues de ser así bastaría para zafarse de la aplicación del art. 42 ET que las empresas principales instrumentasen sus relaciones con las contratistas acudiendo a la Ley del Contrato de Agencia' (por todas, vid. la STS 21-7-2016, rec. 2147/2014 y la STS 15-2-2018, rec. 209/2016).

Así, una empresa principal de telecomunicaciones que encarga a una empresa auxiliar la tarea de promoción, venta y atención al cliente de sus servicios de telefonía, internet, televisión por cable, entre otros, contrata según los postulados de la propia actividad. El estrecho contacto con los clientes, la atención a instrucciones permanentes de la empresa principal o el manejo de los trabajadores de la empresa auxiliar en el sistema informático de la empresa principal son indicios de propia actividad. Se atiende, pues, no tanto al vínculo, sino al resultado final de la actividad.

Esta postura jurisprudencial coincide con la mantenida también por la doctrina, ya que estamos ante un sistema que no tiene una forma única de formalización del vínculo de cooperación entre las empresas en cuestión, verificándose a través de formas de contratación muy diversas, que suelen tener

el rasgo común de someterse a una regulación que se desenvuelve en ámbitos externos al Derecho del Trabajo[24].

En este mismo sentido se pronuncia la STS 8-11-2016, rec. 2258/2015, según la cual la actividad de mediar, formalizar y promover la venta y/o contratación de los productos y servicios de telefonía móvil digital es inherente para la realización de la propia actividad de la empresa de telefonía, la principal, a los efectos de aplicar el precepto estatutario. A esta misma conclusión llega el Tribunal Supremo a la hora de resolver sendos recursos de empresas principales de telefonía que descentralizaron los servicios de promoción de los productos de aquellas en empresas auxiliares, singularmente en empresas de telemarketing (STS 6-7-2017, rec. 322/2016 y STS 6-7-2017, rec. 325/2016).

i) Subcontratación mediante concesiones administrativas

La responsabilidad solidaria que el art. 42 ET extiende al empresario principal procede también en los supuestos de concesiones administrativas que adjudican a terceros la realización de un servicio público[25], sin que sea desplazada por la entrada en juego de la legislación sobre contratos públicos (STS 3 marzo 1997, rec.1002/1996, y 12 de diciembre de 2007, rec. 3275/2006). En este sentido, en virtud de la naturaleza dela actividad, pueden afirmarse las siguientes consideraciones:

— el transporte sanitario, normal y urgente, constituye actividad propia del Servicio Navarro de Salud, a efectos de determinar la responsabilidad solidaria del mismo, conforme al artículo 42.2 ET (vid., por todas, la STS 24-6-2008, rec. 345/2007, en la que se determina claramente que la prestación de asistencia sanitaria incluye necesariamente el servicio de transporte sanitario, servicio indispensable para prestar una correcta atención sanitaria).

— los Servicios Sociales de atención a personas mayores en Centros de Día constituyen lo que el Estatuto de los Trabajadores denomina propia actividad desde el momento en que asumió esa particular función social, íntimamente vinculada con lo que constituye la esencia de la actuación de la administración local para con sus ciudadanos. Lo relevante para determinar si el servicio contratado es realmente propia actividad del Ayuntamiento no es la distribución competencial que lleva a cabo la norma, es que en una materia socialmente sensible, próxima a la ciudadanía y a sus municipios, se encuadra en lo que la normativa denomina "Servicios Sociales de responsabilidad pública" (vid, por todas, la STS 5-12-2011, rec. 4197/2010).

4. PROPIA ACTIVIDAD Y RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS

4.1. Supuesto de hecho de la STS 27 de mayo de 2022

En la STS de 27 de mayo de 2022 (rec. 3307/2020), el trabajador prestaba servicios en la comunidad de propietarios codemandada con categoría profesional de conserje y percibiendo su salario

[24] Cruz Villalón, J.: *La descentralización productiva y su impacto sobre las relaciones laborales*, Grijley, 2009.

[25] Sobre el tema, vid. Rodríguez Escanciano, S.: "El ejercicio del poder organizativo empresarial como criterio delimitador de una cesión ilegal. A propósito de una contrata del servicio público para la atención de necesidades educativas especiales", *Revista de Jurisprudencia Laboral,* núm. 3, 2022. En estos supuestos, la línea entre cesión ilegal y contratas se hace muy difusa, y obliga a comprobar si la contratista asume el verdadero riesgo empresarial: siendo la contrata una actividad específica, delimitada y diferente de la que lleva a cabo la empresa principal.

con arreglo al Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos. Dicho trabajador inició la prestación de servicios en virtud del contrato firmado el 10 de mayo de 2015 con la empresa Intersecurity HE, pasando el 1 de agosto de 2015 a ser subrogado a la empresa Securus SFS.

Con fecha 22 de enero de 2018, esta última comunica al trabajador que a partir del 31 de enero de 2018 dejaría de prestar sus servicios en la comunidad de propietarios y que pasaría a pertenecer a la plantilla de la empresa Alego SR. La comunidad de propietarios suscribió con Alego SR un contrato de arrendamiento de servicios. Se da la circunstancia de que la empresa Securus SFS no abonó al trabajador una serie de cuantías salariales entre octubre de 2016 y enero de 2018.

La cuestión suscitada en unificación de doctrina se centra en el hecho de si una comunidad de propietarios debe responder solidariamente, como empresa principal, de las deudas de la empresa contratista con sus trabajadores, concretamente respecto al trabajador que atiende los servicios de conserjería de dicha comunidad.

Como se ha avanzado anteriormente, para la OIT es básico: (a) identificar qué significa para los Miembros el concepto de trabajo en régimen de subcontratación, así como las situaciones que deben ser revisadas; (b) concluir acuerdos en los que los Miembros proporcionen protección mínima mediante las medidas que mejor se adapten a sus condiciones nacionales que permita cubrir las situaciones identificadas, y (c) que los Miembros identifiquen otras situaciones relacionadas con trabajo en régimen de subcontratación con el propósito de llevar a cabo medidas correctoras en el futuro[26]. Ello enlaza con el preceptivo régimen de responsabilidades que se activaría para la comunidad de propietarios, según lo previsto en el ordenamiento jurídico español, derivado de la consideración de propia actividad de los servicios de conserjería contratados con la empresa contratista.

4.2. Régimen de responsabilidades aplicables al caso de la comunidad de propietarios

La prestación de servicios que puede llevar a cabo una comunidad de propietarios puede realizarse mediante la contratación directa de una persona trabajadora por cuenta ajena (esto es, bajo su ámbito de dirección y organización), o bien contratando dichos servicios con otra empresa. Este segundo supuesto es el recurso de casación por unificación de doctrina que se sustancia en la STS de 27 de mayo de 2022 (rec. 3307/2020). Los servicios comunes existentes en la finca urbana a la que pertenece la comunidad de propietarios lo son para el uso y disfrute de quienes poseen la condición de copropietarios, pues son estos sujetos quienes la componen.

Ahora bien, ello no significa que esos servicios no encajen en lo que puede calificarse como ciclo productivo a los efectos del artículo 42 del ET. Así pues, en la citada resolución del Tribunal Supremo, se plantea si la comunidad de propietarios debe responder solidariamente, como empresa principal, de las deudas de la empresa contratista que fue contratada por aquella para atender los servicios de conserjería de la comunidad. Para ello, se parte de que las labores de conserjería constituyen actividades inherentes a la empresa principal. Por consiguiente, estamos ante el concepto de propia actividad, puesto que se incorporan al producto o resultado final de la empresa o entidad comitente, en este caso la comunidad de propietarios, tanto si son realizadas directamente como si son encargadas a una empresa contratista.

[26] Vid. OIT. Trabajo en régimen de subcontratación. Informe V.2.B) 86ª reunión, Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, junio de 1998.

4.2.1. Responsabilidad solidaria por deudas salariales

La responsabilidad de la empresa o entidad comitente (la comunidad de propietarios) es una responsabilidad solidaria. En el caso, se proyecta respecto a los salarios del trabajador empleado en la contrata y que desarrolla el servicio de conserjería en la comunidad de propietarios. En el apartado 1 del art. 42 ET se alude a la responsabilidad de los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos. Se condiciona, pues, la responsabilidad solidaria a la concurrencia de propia actividad. Ahora bien, según jurisprudencia consolidada, estamos ante un concepto estricto, ya que se considera que son deudas salariales exclusivamente las que traen su origen en el salario, pero no en un concepto retributivo amplio (por consiguiente, no incluye retribuciones de carácter extrasalarial, indemnizaciones o suplidos, tales como las correspondientes a traslados, suspensiones o despidos). Vid., en este sentido, la STS 19-1-1998 (rec. 2030/1997).

De las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por las contratistas y subcontratistas con las personas trabajadoras a su servicio responderá solidariamente durante el año siguiente a la finalización del encargo. De esta manera, la responsabilidad del empleador nace del contrato de trabajo y de las normas que regulan el pago de la retribución (arts. 26 y siguientes del ET), mientras que la responsabilidad del empresario principal nace del artículo 42.2 del ET, que tiene la finalidad de obligar a quien contrata a otro para que haga algo por él, a controlar que el contratista, quien le auxilia en la ejecución de la obra. Así pues, la responsabilidad de quien contrató nace del art. 42 ET, que le sanciona por su falta de diligencia en vigilar que el otro cumpla con sus obligaciones laborales en la ejecución de la obra que le encargó (STS 5-12-2017, rec. 2664/2015).

4.2.2. Responsabilidad en materia de Seguridad Social

En materia de Seguridad Social, la finalidad del artículo 42.2 ET es garantizar que los beneficiarios del trabajo por cuenta ajena respondan de todas las contraprestaciones inherentes al mismo, evitando que el lucro que de él puedan obtener vaya en perjuicio de la protección social del trabajador. Por ello, durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el periodo de vigencia de la contrata. La doctrina es favorable a una interpretación amplia del ámbito de la responsabilidad solidaria, que cubra, por un lado, las obligaciones relativas a descubiertos por cuotas impagadas, y, por otro, las obligaciones de pago de prestaciones de Seguridad Social[27]. En relación a la jurisprudencia aplicable a esta cuestión, destacar la STS 23-9-2008 (rec. 1048/2007), que refuerza el régimen de responsabilidad y concluye que, si las obras o servicios contratados o subcontratados pertenecen a la propia actividad de la empresa principal, la responsabilidad de tales empresarios es solidaria; si no es así, la responsabilidad de los empresarios que hacen el encargo es subsidiaria, es decir, se desencadena sólo en el supuesto en que el empleador subcontratista.

El art. 168.1 de la Ley General de Seguridad Social establece responsabilidad subsidiaria más allá de lo previsto en el art. 42 ET. Así, sin perjuicio de lo que establece dicho precepto en materia de Seguridad Social para las contratas y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad, cuando un empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación, si la correspondiente obra o industria estuviera contratada, el propietario de esta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente. No habrá

[27] Lopéz Gandía, J. y Tatay Puchades, C.: "Contratas y subcontratas y responsabilidades de Seguridad Social", en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección de trabajo en contratas. Estudios en homenaje de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, pp. 229 y ss.

lugar a esta responsabilidad subsidiaria cuando la obra contratada se refiera exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar el titular de un hogar respecto a su vivienda.

4.2.3. Responsabilidad solidaria de principal y contratista por accidente de trabajo

La existencia de una pluralidad de empresarios provoca una segmentación del proceso productivo que puede implicar importantes dificultades en la identificación de los deberes empresariales en materia de prevención de riesgos laborales entre las empresas implicadas. La normativa sobre subcontratación no sólo se preocupa por la protección salarial y de Seguridad Social de los trabajadores implicados para tratar de proporcionarles también una adecuada tutela en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo, y que progresivamente ha ido perfilando y engrosando los instrumentos de carácter sancionador para encaminar dichos fines a la efectividad de la protección[28]. De ahí que sea esencial la labor de coordinación. Para el cumplimiento de dicho deber es esencial el art. 6.4 de la Directiva del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo[29].

Cuando en un mismo lugar de trabajo estén presentes trabajadores de varias empresas, los empresarios deberán cooperar en la aplicación de las disposiciones relativas a la seguridad, la higiene y la salud, así como, habida cuenta el tipo de actividades, coordinarse con vistas a la protección y prevención de riesgos profesionales, informarse mutuamente de dichos riesgos, e informar a sus trabajadores respectivos y/o a sus representantes. Uno de los puntos esenciales es evaluar los riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores como punto de partida en las tareas de coordinación en los supuestos de subcontratación de obras o servicios. En este sentido, el art. 24.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, señala que "cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas, éstas deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. A tal fin, establecerán los medios de coordinación que sean necesarios en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales y la información sobre los mismos a sus respectivos trabajadores, en los términos previstos en el apartado 1 del artículo 18 de esta Ley".

Al empresario principal se le atribuye la responsabilidad por el recargo de prestaciones, aunque las tareas encomendadas sean ajenas a la propia actividad. La jurisprudencia del Tribunal Supremo en unificación de doctrina exige la condición de que concurran incumplimientos determinantes del accidente acaecido. La aplicación de estos principios a los supuestos de descentralización productiva en materia de contratas y subcontratas de obras y servicios, se halla en el art. 24.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en el art. 42.2 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, preceptos que establecen la responsabilidad solidaria con los contratistas y subcontratistas y del empresario principal, por el cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por la Ley en relación con las personas trabajadoras que aquellos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, cuando la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal.

La STS 18-4-1992 (rec. 1178/1991), fue más allá de la aplicación del concepto de centro de trabajo establecida en el art. 1.5 ET como unidad productiva con organización específica que se haya dado de alta como tal ante la autoridad laboral. El supuesto de hecho de la empresa de referencia trataba de instalaciones propias de la empresa principal que estaba obligada a su conservación y buen estado (poste de tendido eléctrico), a fin de evitar cualesquiera daños o accidentes que los deterioros o desperfectos de las mismas pudieran ocasionar, equiparando estas instalaciones a la idea de centro

[28] García Murcia, J.: *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 48, 2004, pp. 13-38.
[29] DOUE-L-1989-80648.

de trabajo. Se optaba así por considerar centro de trabajo a cualesquiera instalaciones en las que el empresario viniera obligado a extremar sus deberes de vigilancia.

En la STS de 18-9-2018 (rec. 144/2017), se discute la responsabilidad de la empresa principal (fábrica de chocolates) cuando se impone el recargo de prestaciones como consecuencia de accidente padecido por el trabajador de una subcontratista que realiza tareas de reparación de la cubierta de la nave industrial. En este supuesto, el trabajador sufrió un grave accidente laboral, precipitándose al vacío, al ceder la cubierta del tejado de la nave desde una altura de seis metros.

En el orden jurisdiccional penal, la responsabilidad solidaria de todas las empresas envueltas en el negocio jurídico de externalización de los servicios ha sido puesta de relieve por la jurisprudencia, para la que los constitucionalmente imperiosos y relevantes fines de protección del tipo del artículo 316 CP justifican la consideración de sujeto activo tanto a la contratista como a la subcontratista, pues "nada se constató sobre las condiciones de formación, capacitación y aptitud de los trabajadores empleados por la subcontratista; sobre la adecuación de los equipos de trabajo a las exigencias funcionales y de seguridad; sobre la existencia de protocolos o planes de prevención" (STS 8-7-2021, rec. 3666/2019).

Así, se dan las condiciones legales de trasferencia de la responsabilidad penal de todos los sujetos activos cuando estos desatienden los deberes de prevención de riesgos laborales específicos relativos al tipo penal, generando los resultados de peligro prohibidos por el mismo. En este sentido, cuando la subcontratación se realiza prescindiendo de todo control sobre la adecuación de la actividad a desarrollar a las más elementales normas de seguridad exigibles, no sólo se omite, desde su incorporación a la empresa, los específicos y primarios deberes de información sobre las medidas de seguridad (artículo 42.3 ET), sino que se despreocupan de la más mínima comprobación y vigilancia de la actividad subcontratada. En definitiva, surge la responsabilidad penal cuando la propia actividad no se desarrolla, pese a su naturaleza manifiestamente peligrosa, de conformidad a la normativa aplicable, tal como exige el artículo 24.3 LPRL.

5. REFLEXIÓN FINAL: EL TRABAJO DECENTE TAMBIÉN ES POSIBLE MEDIANTE EL REFORZAMIENTO DE LA NOCIÓN DE PROPIA ACTIVIDAD

El concepto de sostenibilidad es un término polisémico que, en el contexto de la Agenda 2030 de Naciones Unidas, abre nuevos escenarios y oportunidades a la efectividad de los derechos sociales, laborales y medioambientales en el marco de lo que la OIT denomina como "Transición Justa". La noción de trabajo decente aparece por primera vez en la Memoria del Director General de la OIT, Juan Somavía, en la Conferencia Internacional del Trabajo núm. 87, Ginebra, junio de 1999, según la cual "es el punto de convergencia de sus cuatro objetivos estratégicos: la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo; el empleo; la protección social y el diálogo social".

Sin embargo, desde una perspectiva puramente económica asociada al incremento de la productividad, las empresas han intentado disminuir los costos de mano de obra a través de los fenómenos de descentralización productiva, sin tomar en consideración en muchas ocasiones los derechos de las personas trabajadoras. Según la OIT (1998), el trabajo en régimen de subcontratación es entendido como "toda situación en la que el trabajo es ejecutado por una persona que no es trabajador del empleador tal y como lo establece actualmente el derecho del trabajo, pero en condiciones de subordinación o dependencia muy próxima a lo que se concibe como un centrado de trabajo según la ley"[30].

[30] Vid. OIT. Trabajo en régimen de subcontratación. Informe V.2.B) Addéndum. 86ª reunión, Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, junio de 1998.

Desde la óptica del concepto de trabajo decente, para los gobiernos existe una necesidad de establecer medidas que garanticen el respeto de la legislación laboral y los derechos de los trabajadores en régimen de subcontratación en favor de un desarrollo armónico de la economía nacional. Pero también es de vital importancia el papel de la jurisprudencia en la definición de la propia actividad en aquellas zonas en las que los límites son difusos, saliendo al paso de estrategias de elusión de responsabilidades y otorgando la tutela en virtud del principio *pro operario*. No obstante, la jurisprudencia ha evolucionado hacia la teoría del ciclo productivo, según la cual sólo constituyen propia actividad las actividades inherentes al mismo, limitando así la posibilidad de tutela de los trabajadores debido a lo restrictivo del concepto.

La STS de 27 de mayo de 2022 (rec. 3307/2020) camina en la dirección correcta desde la premisa del carácter tuitivo del Derecho del Trabajo, al identificar las situaciones que merecen protección y tutela, máxime teniendo en cuenta que dichas tareas se suelen desarrollar a través de empresas multiservicios de dudosa delimitación legal con los fenómenos de cesión ilegal. Según dicha sentencia, las labores de conserjería constituyen actividades inherentes a la empresa principal, ya que se incorporan al producto o resultado final de la empresa o entidad comitente (la comunidad de propietarios). Quien está en condiciones de obtener un beneficio, debe de estar también dispuesto a responder de las obligaciones y responsabilidades que puedan derivar del mismo. Con ello, el Tribunal Supremo se aproxima a los objetivos de trabajo decente en este ámbito, reforzando la seguridad jurídica de las personas que desarrollan actividades de conserjería en comunidades de propietarios, incorporando -como propia actividad- las actividades encargadas por la comunidad de propietarios a la empresa contratista y extendiendo, de esta manera, el elenco de responsabilidades solidarias que tanto el art. 42 ET como la normativa de Seguridad Social y prevención de riesgos laborales activan en estos supuestos. Por consiguiente, puede hablarse, a partir de esta doctrina jurisprudencial, de un concepto respetuoso con el concepto de trabajo decente instaurado por la Organización Internacional del Trabajo.

6. BIBLIOGRAFÍA

Alarcón Caracuel, M. R.: "La vigencia del principio pro operario", en Montoya Melgar, A., Martín Valverde, A. y Rodríguez-Sañudo, F. (Coords.) *et al*: *Cuestiones actuales de Derecho del trabajo: Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990.

De La Puebla Pinilla, A.: "El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratas y subcontratas", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 88, 2022.

Cavas Martínez, F.: "Determinación del convenio colectivo aplicable en las contratas y subcontratas", *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 1, 2022.

Cruz Villalón, J.: *La descentralización productiva y su impacto sobre las relaciones laborales*, Grijley, 2009.

—— "Outsourcing y relaciones laborales", en VV.AA: *Descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, Madrid, 2003.

—— "Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 13, 1994.

Davidov, G.: "Distributive Justice and Labour Law", en COLLINS, H., LESTER, G. and MANTOUVALOU, V. (Dirs.) *et al*: *Philosophical Foundations of Labour Law*, Oxford University Press, 2018.

García Perrote-Escartín, I. y Goñi Sein, J. L.: "Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contratas", en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

García Murcia, J.: "Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales", núm. 48, 2004.

Goñi Sein, J. L.: "Contratas, subcontratas y convenio colectivo aplicable", en *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, núm. 13, 2022 (Ejemplar dedicado a: La reforma laboral de 2021 y sus efectos en el mercado de trabajo).

López Aniorte, M. C.: *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*, Murcia, Laborum, 2003.

Lopéz Gandía, J. y Tatay Puchades, C.: "Contratas y subcontratas y responsabilidades de Seguridad Social", en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección de trabajo en contratas. Estudios en homenaje de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000.

Monereo Pérez, J.L.: "La subcontratación como instrumento de descentralización productiva y su nueva regulación en el Derecho del Trabajo", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 27, 2022.

Hilson, C.: "Hitting the Target? Analysing the Use of Targets in Climate Law", *Journal of Environmental Law*, 2020, núm. 32.

Organización De Naciones Unidas. 2018. Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionados con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. Tema 3 de la agenda, Consejo de Derechos Humanos, 37.o periodo de sesiones, A/HRC/37/59. Ginebra.

Organización Internacional Del Trabajo. Trabajo en régimen de subcontratación. 86.a reunión, Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, junio de 1998.

Pérez Guerrero, M. L.: "La reforma de la subcontratación: una reforma de mínimos", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado - Monográfico*, 2022.

Rodríguez Escanciano, S.: "El ejercicio del poder organizativo empresarial como criterio delimitador de una cesión ilegal. A propósito de una contrata del servicio público para la atención de necesidades educativas especiales", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3, 2022.

Rodríguez-Piñero Royo, M.: "La contratación temporal en el sector público", *Doc. Labor*, núm. 110, Vol. II. I., 2017.

Salinas Molina, F.: "Contratas y subcontratas: jurisprudencia unificadora", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 38, 2002 (Ejemplar dedicado a: Tendencias actuales de la jurisprudencia en materia de contrato de trabajo).

Vicente Palacio, A.: *Empresas multiservicios y precarización del empleo*, Barcelona, Atelier, 2016.

7. ANEXO

En el siguiente cuadro-resumen se exponen las principales actividades que han ido conformando la evolución del concepto de propia actividad, a los efectos de proporcionar los criterios para una más sencilla identificación del concepto desde su vertiente de protección de los derechos de las personas trabajadoras (aproximación al concepto de trabajo decente).

PROPIA ACTIVIDAD Y ACTIVIDADES INHERENTES. EXISTENCIA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL ART. 42 ET	
Comunidades de propietarios que descentralizan las funciones de conserjería	27-5-2022 (rec. 3307/2020)
Actividad de transporte de mercancías para agencia de transporte, servicios auxiliares y complementarios	STS 6-7-2022, rec. 2103/2021
Ayuntamiento que descentraliza la actividad de prestar atención al público	STS 13-6-2022, rec. 677/2021 STS 8-6-2022, rec. 674/2021 STS 7-6-2022, rec. 1817/2021 STS 7-6-2022, rec. 675/2021

Consejería que contrata el servicio de comedor en centros docentes públicos	STS 14-9-2021, rec. 652/2018
Instalación de los sistemas de seguridad de la central de producción de energía eléctrica	STS 23-1-2020, rec. 2332/2017
Ejecución de reparación de averías en las redes de abastecimiento, alcantarillado y saneamiento de aguas para empresa municipal dedicada a la gestión integral del ciclo hídrico.	STS 9-5-2018, rec. 3535/2016
Actividad de telefonía mediante contrato de agencia	STS 15-2-2018, rec. 209/2016 STS 6-7-2017, rec. 322/2016 STS 6-7-2017, rec. 325/2016 STS 26-4-2017, rec. 110/2016 STS 8-11-2016, rec. 2258/2015 STS 21-7-2016, rec. 2147/2014
Subcontratación mediante concesiones administrativas	STS 3-3-1997, rec. 1002/1996 STS 12-12-2007, rec. 3275/2006 Sobre transporte sanitario: STS 23-1-2008, rec. 33/2007 STS 24-6-2008, rec. 345/2007 STS 3-10-2008, rec. 1675/2007 Sobre la gestión indirecta de centros de día: STS 5-12-2011, rec. 4197/2010
Subcontratación de instalación y mantenimiento de fibra óptica en domicilios de particulares	STS 10-6-2020, rec. 237/2018
Servicios de comedor y cafetería en colegio mayor	STS 24-11-1998, rec. 517/1998
Subcontratación de reparación de líneas de tendido eléctrico para empresa de producción de energía	STS 8-11-2016, rec. 2258/2015 STS 11-5-2005, rec. 2291/2004 STS 18-4-1992, rec. 1178/1991

nº 4 (3er Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Influencia del Derecho Alimentario en un proceso social por despido: comentario a la SJS León 648/2021 de 29 de noviembre

Influence of Food Law in a social process for dismissal: commentary on SJS León 648/2021 of 29 November

Francisco Xabiere Gómez García *Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad de León
https://orcid.org/0000-0003-0040-2758

Cita Sugerida: GÓMEZ GARCÍA, F. X. "Influencia del Derecho Alimentario en un proceso social por despido: comentario a la SJS León 648/2021 de 29 de noviembre". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum.* núm. 4 (2022): 165-169.

Resumen	Abstract
El marco de un despido disciplinario del gerente de una empresa de la industria cárnica sirve para comprobar la extensa producción normativa en el ámbito de la seguridad alimentaria. Es precisamente la importancia vital de los actos relacionados con la alimentación la que, ante la alteración y comercialización de un importante lote de carne manipulada, hace trascender los efectos de un simple despido por indisciplina o desobediencia en el trabajo hacia una posible responsabilidad de carácter penal. El hecho de que previamente se haya decretado la nulidad de actuaciones, por indefensión de la parte demandante en relación con su propuesta de pruebas testificales, introduce otro aliciente más para considerar digna de reseña esta sentencia.	The case of a disciplinary dismissal of the manager of a meat industry company serves as an example of the extensive regulatory production in the area of food safety. It is precisely the vital importance of food-related acts which, in the face of the alteration and commercialisation of an important lot of manipulated meat, transcends the effects of a simple dismissal for indiscipline or disobedience at the workplace towards a possible criminal liability. The fact that the proceedings had previously been declared null and void, due to the claimant's lack of defence in relation to its proposal for witness evidence, provides a further incentive to consider this judgement worthy of review

Palabras clave	Keywords
Despido disciplinario; protección del consumidor; indisciplina o desobediencia en el trabajo	Disciplinary dismissal; consumer protection; indiscipline or disobedience in the workplace

1. INTRODUCCIÓN

La jurisdicción social, como ámbito específico de la rama social del Derecho, no es ajena a otro tipo de relaciones sociales cuyo amparo principal viene dado por ramas del Derecho diferentes. En la sentencia aquí presentada, la atención a una impugnación de un despido empresarial en una industria cárnica va conectada con la toma en consideración de principios de seguridad alimentaria y de protección de los consumidores, por lo que de las actuaciones seguidas en el proceso podrían derivar responsabilidades en otros órdenes judiciales.

La principal paradoja del caso es que esta última posibilidad aparece con la práctica de nuevas pruebas tras la declaración de nulidad de actuaciones fallada por STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 24 de mayo de 2021 (rec. 415/2021), la cual es acordada tras una primera sentencia del mismo titular del Juzgado de lo Social que convalidaba el despido empresarial. Esta nulidad viene motivada

Fecha Recepción: 21/07/2022 - Fecha Revisión: 01/08/2022 - Fecha Aceptación: 01/08/2022
Pags. 165-169

por la inadmisión de medios de prueba, en un contexto de restricciones por la pandemia de COVID-19, tras la limitación del número de testificales pertinentes para la defensa, al entender el magistrado de instancia que además en este tipo de procedimientos la carga de la prueba en realidad recae sobre la empresa. Este criterio numérico es rechazado por la Sala, la cual ordena retrotraer las actuaciones al momento anterior a la celebración del juicio oral, según dispone el art. 202.1 LRJS[1].

2. ANTECEDENTES DE HECHO

El demandante venía prestando servicios como gerente por cuenta de la empresa demandada, desde hacía casi dos décadas, con categoría de "director técnico de matadero" y dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo estatal de industrias cárnicas. En fecha 4 de junio recibe carta de despido disciplinario con efectos inmediatos en la que, resumidamente, se le imputan varios incumplimientos contractuales de carácter muy grave que constituyen, por una parte, transgresión de la buena fe contractual y, por otra, indisciplina o desobediencia en el trabajo.

El previo 21 de mayo había sido celebrada una reunión de seguimiento por parte de la propiedad, a la que asistieron varios miembros del consejo de administración y los responsables de área de la empresa, entre los que estaba el actor. En ella, la representante de la propiedad indicó la necesidad de identificar áreas de mejora en la producción, precisando que todos los nuevos procesos deberían ir precedidos de un proyecto de investigación técnica, desarrollado por el departamento de calidad, el cual garantizase la viabilidad, seguridad y cumplimiento de la normativa vigente.

Apenas unos días después, la empresa tiene conocimiento de que el actor, sin seguir los cauces señalados, ha comenzado un nuevo proceso para la conservación de los chuleteros de buey, consistente en untar los mismos con una grasa procesada, por lo que le demanda información (vía conversación telefónica) sobre los informes técnicos que pudieran validar esa práctica, así como lo referente a la realización de los trámites administrativos sanitarios preceptivos para esa manipulación. Pese a que el demandante aseguró que era una práctica extendida en la industria y que no planteaba ningún problema desde el punto de vista regulatorio, recibe por parte de la empresa la instrucción escrita de que los chuleteros afectados no deben ponerse a la venta bajo ningún concepto mientras no se haya tomado una decisión informada, la cual precisa de la aportación de documentación por su parte, acreditando el origen de la grasa aplicada a la carne; requerimiento que se le reitera dos veces más ante la falta de justificación que permitiese la trazabilidad de la grasa utilizada, pues la única documentación presentada consiste en unos albaranes de salida y retorno de grasa de buey hacía las instalaciones de una empresa de embutidos, fechados ambos seis días después de que efectivamente hubiera comenzado el proceso de untado.

Por si esto fuera poco, la empresa recibe una queja de un cliente habitual al que se le ha comercializado uno de esos chuleteros manipulados, motivo por el cual imputa al actor la obstaculización de la retirada del producto en el mercado, al no haber entregado la lista de clientes que habrían recibido la carne y en qué cantidad. Por todo ello, alega un daño reputacional a la marca y la puesta en riesgo (legal y sanitario) de existencias valoradas en más de cien mil euros, lo que justificaría la calificación de una falta muy grave y el inmediato despido disciplinario del, posteriormente, demandante.

3. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA

Antes de entrar en el fondo del asunto, el magistrado hace un escrupuloso repaso de las resoluciones que ha dictado tras la declaración de nulidad, por parte del TSJ, de su anterior sentencia,

[1] Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. BOE de 11 de octubre de 2011, núm. 245.

entre las que se incluyen cuatro providencias. Dado que no debe alterar sin más sus consideraciones expuestas, sino reconsiderarlas a la luz de lo nuevamente actuado[2], procede a señalar la trascendencia del resultado de las nuevas pruebas testificales y documentales admitidas y practicadas, aquí acotadas al "hecho probado tercero", al que se le da una nueva redacción en su integridad, acompañando cada apartado con la fuente de la prueba de lo allí escrito.

3.1. Consideraciones sobre protección del consumidor y derecho alimentario

Una parte extensa de la sentencia atiende a la evolución de la seguridad alimentaria, principalmente a su normativa legal, con origen en el Reglamento del Ayuntamiento de Madrid sobre la inspección de los alimentos de origen animal (1842), subrayando las limitaciones de la administración local para hacer frente a cuestiones de una complejidad creciente a medida que se desarrollaba la industria alimentaria. De ahí que en la actualidad cobre más peso la normativa estatal, encabezada por la Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición[3], pero también la norma autonómica que le sirve de complemento, como es, en el marco del asunto juzgado, la Ley 10/2010 de salud pública y seguridad alimentaria en Castilla y León[4].

Sin embargo, el mayor influjo normativo en materia de seguridad alimentaria proviene de la Unión Europea, por lo que el juzgador realiza una completísima revisión de directivas y reglamentos (en algún caso de dudosa pertinencia al asunto en cuestión, como la regulación sobre los productos que se introducen en territorio de la Unión desde terceros países), destacando el denominado "Paquete de Higiene"[5], refundición integral para el nuevo milenio de toda la legislación previa, a consecuencia de la crisis de las vacas locas.

Completa este bloque la referencia a los cinco principios generales de la normativa alimentaria (cientificidad; integridad; precaución o cautela; responsabilidad; y trazabilidad); la consideración de que tras el art. 43.1 CE el verdadero bien jurídico protegido es la salud pública (de forma específica la de los consumidores), que es independiente y diferenciado de la salud individual; y la constatación de que el sistema de protección incluye también un conjunto de sanciones, tanto a nivel administrativo[6] como a nivel penal[7], frente a unos ilícitos considerados de peligro abstracto, pues no exigen la puesta en un concreto riesgo de la salud de algún consumidor en particular, dado que el legislador adelanta la barrera de protección en atención a la potencialidad dañina de las conductas tipificadas en relación con el bien jurídico protegido.

3.2. La calificación del despido y sus consecuencias

Bien sabido es que el despido disciplinario constituye una decisión unilateral por parte empresarial dirigida a la extinción del contrato que, para su legitimidad (según la teoría de la exigencia de razonabilidad del despido[8]) precisa de un incumplimiento grave y culpable de la persona trabajadora y que, como tal, corresponde a la parte demandada probar la veracidad de los hechos

[2] ATSJ Aragón 28 diciembre 2006 (rec. 1114/2006), con cita de la STC 157/1993, de 6 de mayo, entre otras.
[3] BOE de 6 de julio de 2011, núm. 160.
[4] BOCYL de 8 de octubre de 2010, núm. 196.
[5] Normativa accesible en https://www.mapa.gob.es/es/ganaderia/legislacion/legislacion-comunitaria-letra-Q.aspx [consultado el 14 de julio de 2022].
[6] Arts. 50 y ss. de la Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición. BOE de 6 de julio de 2011, núm. 160.
[7] Arts. 363 y ss. de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE de 24 de noviembre de 1995, núm. 281.
[8] Ortega Lozano, P.G.: "Sobre la comunicación escrita en la extinción del contrato de trabajo: problemas sustantivos y procesales", *Revista de Información Laboral*, núm. 12, 2018.

imputados en la carta de despido[9], la cual no siempre es tan amplia, concreta y motivada como la de este pleito. Dado que en ella son imputados al trabajador los ilícitos laborales de "indisciplina o desobediencia en el trabajo" y de "transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza", procede el magistrado a presentar, de forma harto esclarecedora, la normativa y jurisprudencia relacionadas con estos elementos.

Así, sobre el primero manifiesta que incluye tanto a la indisciplina referida a órdenes generales como la desobediencia en sentido estricto de órdenes concretas, que en ambos casos pueden emanar del empresario o de las personas que deciden en su nombre, ya que en principio gozan de presunción de legitimidad. Debe tratarse de conductas graves y culpables, no bastando una desobediencia que no sea abiertamente indisciplinada, que no se traduzca en un perjuicio para la empresa o en la que concurra una causa incompleta de justificación[10]. El segundo, que en este proceso solo produciría efectos de no acreditarse el anterior, constituye una causa compleja donde es posible distinguir comportamientos como el fraude, la deslealtad y el abuso de confianza[11], pero que, igualmente, deben incluir las notas de culpabilidad (en grado de dolo, culpa o negligencia) y gravedad (que variará según el puesto y la responsabilidad del trabajador).

Llegado a ese punto, el juez entra a examinar los argumentos que la parte demandante expone en su descargo, como que la grasa adherida era un mero experimento, lo que es descartado atendiendo a que se realiza sobre casi tres toneladas de carne, sin conocimiento de la dirección de la empresa y del departamento de calidad y que la carne fue finalmente puesta en el mercado. De igual forma, rechaza la afirmación de que el trabajador despedido tuviera autonomía suficiente para realizar ese tratamiento de la grasa que el mismo califica de sanitariamente seguro y sin generación de riesgo alguno, habida cuenta de la directriz establecida por la directora general del grupo, que el actor no desconocía por ser parte del comité de dirección, argumentando que, en cualquier caso, la autonomía técnica nunca podría implicar libertad de criterio para infringir normas jurídicas. Y es que, a raíz de las pruebas testificales practicadas (incluyendo todas las de la parte demandante), en los hechos probados ha quedado acreditado que fue el actor quien transportó la grasa en su vehículo particular, sin control de temperatura ni medidas de higiene elementales, y ordenó hacer unos albaranes con fecha posterior a la que en realidad esa grasa fue movida y manipulada.

Por último, efectúa la necesaria subsunción jurídica en relación con la falta de indisciplina o desobediencia, apreciando una actitud de resistencia decidida, persistente y reiterada al cumplimiento de las órdenes empresariales[12], donde además se infringe "flagrantemente" la normativa básica en materia alimentaria al introducir en la cadena de alimentación "un subproducto cuya procedencia y composición química son desconocidas, rompiendo un principio básico como es la trazabilidad", debido al empleo de grasas animales fundidas que "alteran la composición de la microbiota presente, con escenarios diferentes a los de la carne fresca". De igual forma, se aprecia la necesaria culpabilidad a título de negligencia inexcusable, no atenuada ni atemperada por las circunstancias concurrentes[13], por cuanto el trabajador es personal muy cualificado con obligación de conocer la normativa sobre seguridad alimentaria, para nada compatible con esas actuaciones de "desprecio a las más elementales normas de garantía sanitaria". Asimismo, los hechos son de "extrema gravedad" para la salud pública y para la empresa, a la que se genera un daño en su imagen de marca y se causa un perjuicio económico cercano a los cien mil euros. Motivos que también podrían encuadrarse, subsidiariamente, en las faltas

[9] Art. 105.1 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. BOE de 11 de octubre de 2011, núm. 245.

[10] STS 19 diciembre 1988. Ponente Aurelio Desdentado Bonete.

[11] STS 21 diciembre 1987. Ponente Juan Muñoz Campos.

[12] STS 9 junio 1987. Ponente Francisco Tuero Bertrand.

[13] STS 24 febrero 1990. Ponente Arturo Fernández López.

de transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo, por lo que es convalidada la decisión empresarial de despido disciplinario.

3.3. La deducción de testimonio de particulares por comisión de presuntos delitos

En el escrito de conclusiones de la parte demandada se hace referencia a la posibilidad de que "buena parte de las conductas que los testigos han descrito perfectamente podrían haber desencadenado el ejercicio de acciones penales, incluso de oficio acordadas por su señoría, por presuntos delitos contra la salud pública y falsedad documental". Por ello, el juez de lo social alude a la jurisprudencia que para mandar deducir un testimonio, ya sea de oficio o a instancia de parte, entiende que solo hay que atender a los hechos que lo motivan y no a la corrección de su inicial calificación jurídica, pues no se trata de un acto procesal de imputación delictiva sino una mera comunicación justificada por la apariencia delictiva de un hecho, aunque luego se acredite que "no es constitutivo de delito o que no llegó a existir en la realidad".

En consecuencia, decide remitir copia de la sentencia al Ministerio Fiscal para que, si lo estima procedente en Derecho, interese la deducción de testimonio por los delitos referidos "y/o cualquier otro que pueda apreciar", aclarando que para ello resulta innecesario esperar a la firmeza de la presente sentencia laboral, puesto que la consideración de la conducta como un incumplimiento contractual no incluye un juicio sobre la posible culpabilidad o inocencia del actor, habida cuenta que "la jurisdicción penal y laboral operan sobre culpas distintas y no manejan de idéntica forma el material probatorio para enjuiciar en ocasiones una misma conducta"[14].

4. CONCLUSIÓN

Si bien no es lo habitual, los Juzgados de lo Social también producen sentencias que por alguna de sus características es necesario destacar, como así ocurre con esta SJS León 648/2021, de 29 de noviembre, la cual es motivo de interés por la linde con las responsabilidades penales y, principalmente, por su atención a la construcción de la normativa protectora relacionada con la seguridad alimentaria y para la defensa del consumidor, con su numerosa referencia a las directivas y reglamentos emanados de la Unión Europea. En cualquier caso, es de agradecer también, desde un punto de vista de pedagogía judicial, la completa motivación y la referencia al final de cada párrafo tanto a los hechos probados como a las principales fuentes de prueba en que se apoyan, con una claridad expositiva (digna del maestro Sempere Navarro) que permite al lector interesado comprender los mecanismos sobre los que se apoyan los razonamientos de las sentencias.

5. BIBLIOGRAFÍA

Ortega Lozano, P. G.: "Sobre la comunicación escrita en la extinción del contrato de trabajo: problemas sustantivos y procesales", *Revista de Información Laboral*, núm. 12, 2018.

[14] STS 5 junio 2005 (rec. 1838/2004). Ponente Manuel Iglesias Cabero.

nº 4 (3er Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

¿Es la edad un obstáculo para presentarse a la presidencia de una organización de personas trabajadoras? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de junio de 2022, HK Danmark y HK Privat, C587/20, ECLI:EU:C:2022:419

Is age an obstacle to standing for the presidency of an organization of working persons? Notes to the Judgment of the Court of Justice of the European Union of June 2nd, 2022, HK Danmark and HK Privat, C587/20, ECLI:EU:C:2022:419

David Gutiérrez Colominas *Profesor Lector de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Autónoma de Barcelona*
https://orcid.org/0000-0001-9845-9917

Cita Sugerida: GUTIÉRREZ COLOMINAS, D. "¿Es la edad un obstáculo para presentarse a la presidencia de una organización de personas trabajadoras? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de junio de 2022, HK Danmark y HK Privat, C587/20, ECLI:EU:C:2022:419". Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. núm. 4 (2022): 171-177.

Resumen

La Directiva 2000/78/CE es una de las normas a nivel europeo de mayor importancia en la esfera laboral, pues pretende ofrecer una protección armonizada frente a la discriminación en el empleo, y parte de un amplio abanico de situaciones cubiertas. Sin embargo, desde su aprobación y entrada en vigor, han aparecido progresivamente supuestos límites, que a través de cuestiones prejudiciales, han permitido al Tribunal de Justicia de la Unión Europea reafirmar un expansivo ámbito de aplicación.

Así, este comentario de sentencia analiza la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de junio de 2022, HK Danmark y HK Privat, C587/20, ECLI:EU:C:2022:419, que aborda un supuesto de posible discriminación por edad en la reelección de una persona como presidenta de una organización de personas trabajadoras, y pone de manifiesto la actualidad del debate acerca de los límites en materia del ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2000/78/CE.

Palabras clave

Discriminación por razón de edad; Directiva 2000/78/CE; Ámbito subjetivo de aplicación; Sindicatos; Cargo político

Abstract

Directive 2000/78/EC is one of the most important European regulations in the labor law sphere, as it aims to offer harmonized protection against discrimination in employment, and it covers a wide range of situations. However, over the years alleged limits have progressively appeared, which, through preliminary rulings, have allowed the Court of Justice of the European Union to reaffirm an expansive scope of application.

Thus, this judgment commentary analyzes the Judgment of the Court of Justice of the European Union of 2 June 2022, HK Danmark and HK Privat, C587/20, ECLI:EU:C:2022:419, which deals with a case of possible age discrimination in the re-election of a person as president of an organization of working people, and highlights an actual debate about the limits on the subjective scope of Directive 2000/78/EC.

Keywords

Discrimination on grounds of age; Directive 2000/78/EC; Subjective scope of application; Trade unions; Political office

Fecha Recepción: 05/09/2022 - Fecha Revisión: 18/09/2022 - Fecha Aceptación: 19/09/2022
Pags. 171-177

1. INTRODUCCIÓN

La Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (en adelante, Directiva 2000/78/CE) ha sido una norma que ha ofrecido un marco armonizador de protección frente a la discriminación en las relaciones laborales. El cambio de dirección en la protección que supuso, que asume un enfoque que combina las virtudes del modelo de derechos civiles estadounidense y el modelo clásico europeo de protección social[1], ha consolidado una protección intensa y armonizada respecto a las distintas causas de discriminación protegidas.

Sin embargo, han pasado más de veinte años desde su aprobación, y el avance a nivel mundial hacia una protección expansiva de situaciones de vulnerabilidad, que incluso ha dado lugar a la detección de nuevas formas de discriminación[2], pone de manifiesto la necesidad de actualizar la citada norma europea.

De forma más concreta, un aspecto de la Directiva 2000/78/CE que ha cobrado especial importancia recientemente es su ámbito de aplicación. El artículo 3 de la norma europea es el encargado de definir las situaciones que comprende, y aunque se presenta como una norma especialmente protectora y expansiva, no son pocos los supuestos que presentan dudas. Teniendo en cuenta que la citada norma integra casi todas las causas de discriminación ya previstas en el artículo 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (versión consolidada Ámsterdam)[3], y que incluye disposiciones que abarcan todo tipo de acciones antidiscriminatorias, que van desde la calificación del acoso como comportamiento discriminatorio o la previsión de medidas de acción positiva hasta la inversión de la carga de la prueba ante los tribunales[4], el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha prestado especial atención en expandir el ámbito subjetivo de protección al mayor número posible de situaciones[5].

---

[1] Así lo han afirmado autores como Waddington, L.: "Article 13 EC: Setting Priorities in the Proposal for a Horizontal Employment Directive", *Industrial Law Journal*, vol. 29, 2000, p. 176; De Burca, G.: "The Trajectories of European and American Antidiscrimination Law", *American Journal of Comparative Law*, vol. 60, núm. 1, 2012, pp. 1-22; Quinn, G. y Flynn, E.: "Transatlantic Borrowings: The Past and Future of EU Non-Discrimination Law and Policy on the Ground of Disability", *American Journal of Comparative Law*, vol. 60, núm. 1, 2012, pp. 24-25.

[2] Para un estudio en profundidad de estos fenómenos, véase Cabeza Pereiro, J.: "La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica", *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 25, 2011, pp. 79-98; Ferrando García, F.: La discriminación múltiple e interseccional en el ámbito laboral, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 428, 2018, pp. 19-54; Fernández García, A.: Libre circulación de trabajadores y discriminación en la búsqueda digital de empleo, *Documentación Laboral*, núm. 123, 2021, pp. 45-56; Maneiro Vázquez, Y.: *La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021; Rivas Vallejo, P.: *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral,* Cizur Menor, Aranzadi, 2022.

[3] La única de las causas que no comparte la Directiva 2000/78/CE y el ya citado artículo 13 del Tratado constitutivo es el sexo. El texto inicial, integrado en la Propuesta de Directiva del Consejo relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (COM/99/0565 final), justifica su exclusión en la omnipresencia de la lucha contra las desigualdades vinculadas al sexo que se deriva de los artículos 2 y 3 del Tratado, y reconoce la distinta afectación en hombres y mujeres de las causas de discriminación contempladas.

[4] Estas medidas han sido calificadas por la doctrina como disposiciones comunes que aplican el principio de igualdad a todas las causas de discriminación, si bien la Directiva también diseña un segundo nivel de protección para ámbitos específicos. En este sentido, véase Waddington, L., Lawson, A. y Gooding, C. (Eds.): "Implementing the Disability Provisions of the Framework Employment Directive: Room for Exercising National Discretion", en *Disability Rights in Europe. From Theory to Practice*, Hart Publishing, Oxford, 2005, p. 109.
Para un examen en profundidad de las aportaciones que efectúa la Directiva 2000/78/CE, véase Waddington, L. y Bell, M.: "More Equal than Others: Distinguishing European Union Equality Directives", *Common Market Law Review*, vol. 38, 2001, pp. 587-611.

[5] Uno de los ejemplos más recientes lo encontramos en la STJUE de 26 de enero de 2021, VL, C-16/19, ECLI:EU:C:2021:64, que señala que la protección frente a la discriminación por razón de discapacidad puede

Ante este escenario, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de junio de 2022, HK Danmark y HK Privat, C587/20, ECLI:EU:C:2022:419 se presenta como un ejemplo más de la voluntad de ampliar la aplicación de la Directiva 2000/78/CE a situaciones límite, tal y como veremos a continuación.

2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 2 DE JUNIO DE 2022, HK DANMARK Y HK PRIVAT, C587/20, ECLI:EU:C:2022:419

2.1. Hechos del litigio principal

La sentencia examinada se enmarca en la imposibilidad de una trabajadora de la empresa HK/Privat a presentarse a las elecciones presidenciales de la organización de personas trabajadoras de la citada empresa.

Concretamente, la empleada fue elegida como vicepresidenta en 1992, y posteriormente, como presidenta en 1993. Su reelección se produjo cada cuatro años de forma consecutiva hasta el 8 de noviembre de 2011, fecha en la que cumplió 63 años de edad. Esta circunstancia impidió que pudiera volver a presentarse a la reelección, ya que el artículo 9 de los estatutos de HK/Privat señala que la elección para la presidencia está condicionada a que la persona candidata no haya alcanzado la edad de 60 años a la fecha de la votación.

Ante la imposibilidad de presentarse por razón de su edad, la trabajadora procedió a denunciar la conducta ante el Consejo de Igualdad de Trato, que mediante Resolución de 22 de junio de 2016 calificó la conducta como discriminatoria y condenó a HK a abonar una indemnización por daños y perjuicios.

No obstante, la resolución no fue ejecutada, y el Consejo de Igualdad de Trato, actuando en nombre y representación de la trabajadora, presentó una demanda judicial contra HK. Y en el marco de esta demanda, el órgano jurisdiccional (Tribunal de Apelación de la Región Este, Dinamarca), considera que la solución al litigio depende de si la situación de la trabajadora se incardina en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE, cuestión esta que obligó a suspender el procedimiento judicial y a plantear una única cuestión prejudicial.

2.2. La cuestión prejudicial

El debate jurídico que se plantea en el marco de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea objeto de análisis versa sobre el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE, y en particular, respecto a una persona que ostenta el cargo de presidenta electa de una federación de personas trabajadoras. En particular, el tribunal examina si un límite de edad previsto por los estatutos de una organización de trabajadores para poder optar al cargo de presidenta se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la citada Directiva. En consecuencia, los artículos que son examinados por el pronunciamiento judicial analizado son el artículo 3.1.a y d de la Directiva 2000/78/CE.

aplicarse respecto a grupos de personas diferenciados que comparten una circunstancia protegida, y que puede ser extrapolable al resto de causas protegidas, tal y como se señala en Gutiérrez Colominas, D.: "¿Es aplicable el principio de igualdad de trato a distintos grupos claramente diferenciados que comparten una circunstancia protegida ex Directiva 2000/78/CE?: Comentario a la STJUE de 26 de enero de 2021, VL, c-16/19, ECLI:EU:C:2021:64", *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, núm. 219, 2021, pp. 21-33.

La cuestión no es baladí, pues la protección frente a la discriminación en el empleo que ofrece la Directiva 2000/78/CE sólo se aplica a las personas y situaciones comprendidas en su artículo 3.1. Por lo tanto, la definición del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE es crucial para determinar si ha existido una conducta discriminatoria directa por razón de edad.

De forma más concreta, la cuestión prejudicial que formula el órgano judicial nacional al Tribunal es la siguiente: «*¿Debe interpretarse el artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva [2000/78] en el sentido de que un coordinador de sector de un sindicato elegido políticamente está comprendido en el ámbito de aplicación de dicha Directiva en las circunstancias descritas en la petición de decisión prejudicial?*»

2.3. La argumentación jurídica

La tesis sostenida por el Tribunal pivota sobre la existencia de una conducta discriminatoria por razón de edad. Así, la existencia de un límite de edad establecido en los estatutos de una organización de trabajadores para poder optar al cargo de presidenta de dicha organización se halla incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE. Para ello, el pronunciamiento judicial efectúa, con muy buen criterio, un doble examen jurídico del artículo 3 de la citada norma europea.

En primer lugar, examina la letra a del apartado 1 del citado artículo de la Directiva 2000/78/CE, sosteniendo que la fijación de un límite de edad es una condición de acceso al empleo. En este sentido, el tribunal opta por una interpretación en sentido amplio, apoyándose para ello en una comparativa de las distintas versiones lingüísticas[6], la referencia a las actividades por cuenta propia[7], y la aplicación de la Directiva no limitada a personas trabajadoras en el sentido del artículo 45 del TFUE[8].

Esta argumentación es complementada con un examen de los objetivos de la Directiva 2000/78/CE, que enfatiza la eliminación de los obstáculos basados en motivos discriminatorios para el acceso a los medios de subsistencia, independientemente de la forma jurídica del vínculo. Y en este punto, la sentencia examinada se detiene en valorar si el carácter político del cargo podría suponer la exclusión de la aplicación de la Directiva 2000/78/CE. Sobre esta cuestión, el Tribunal recuerda que el método de selección para un puesto carece de trascendencia a efectos de la aplicación de la Directiva 2000/78/CE[9], e indica que la redacción del artículo 3 de la citada norma europea se aplica tanto al sector privado como público independientemente de su actividad, precisando que las exclusiones del ámbito de aplicación se hallan previstas específicamente[10]. Así, el Tribunal entiende que el cargo de presidente de la Federación HK/Privat constituye una actividad profesional real y efectiva[11].

Por último, con relación al examen del artículo 3.1.a de la Directiva 2000/78/CE, el pronunciamiento judicial presta especial atención a la elección libre de los representantes en el marco de las organizaciones de personas trabajadoras y empresarias. Esta facultad se incardina en el derecho de asociación, y cómo tal, el tribunal indica que debe conciliarse con la prohibición de discriminación en el empleo, toda vez que la libertad de asociación no es absoluta[12].

[6] Véase el apartado 27 de la STJUE de 2 de junio de 2022, HK Danmark y HK Privat, C-587/20, EU:C:2022:419.
[7] Véase el apartado 28 de la STJUE de 2 de junio de 2022, HK Danmark y HK Privat, C-587/20, EU:C:2022:419.
[8] Véase el apartado 29 de la STJUE de 2 de junio de 2022, HK Danmark y HK Privat, C-587/20, EU:C:2022:419.
[9] Véase el apartado 38 de la STJUE de 2 de junio de 2022, HK Danmark y HK Privat, C-587/20, EU:C:2022:419, y en particular, la STJUE de 25 de abril de 2013, Asociatia Accept, C-81/12, EU:C:2013:275, apartado 45.
[10] Véase, por ejemplo, el artículo 3.4 de la Directiva 2000/78/CE, que permite la inaplicación de la norma a las fuerzas armadas por lo que respecta a la discriminación basada en la discapacidad y en la edad.
[11] Véase el apartado 35 de la STJUE de 2 de junio de 2022, HK Danmark y HK Privat, C-587/20, EU:C:2022:419.
[12] Véase el apartado 44 de la STJUE de 2 de junio de 2022, HK Danmark y HK Privat, C-587/20, EU:C:2022:419.

En segundo y último lugar, la sentencia objeto de análisis examina el apartado 1 letra d del artículo 3 de la Directiva 2000/78/CE. Su contenido se centra en habilitar la aplicación de la citada norma europea a la participación en una organización de trabajadores. Y en este sentido, el Tribunal, en consonancia con las conclusiones del Abogado General, sostiene que la candidatura a presidente y su elección y ejercicio constituyen una modalidad de participación en la organización correspondiente[13]. El pronunciamiento judicial examinado conecta, por mor del artículo 45 TFUE y del hoy derogado Reglamento 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad, la libre circulación con el derecho de las personas trabajadoras a ser elegidas como representantes de las organizaciones sindicales de su Estado de empleo.

En conclusión, el ejercicio de la actividad de presidente en el marco de una organización de personas trabajadoras está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE, y por lo tanto, un límite de edad establecido en los estatutos de dicha organización se halla amparado por la protección de la citada norma europea.

3. REFLEXIONES CRÍTICAS A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA OBJETO DE ANÁLISIS

La STJUE de 2 de junio de 2022, HK Danmark y HK Privat, C587/20, ECLI:EU:C:2022:419 supone un paso más en la determinación del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE, y se suma a otras sentencias dictadas recientemente que apuntan en esta misma dirección[14]. Esta línea expansiva de protección del Tribunal es especialmente positiva, pues, con el paso del tiempo, se ha detectado que el contenido de la Directiva 2000/78/CE no cubre cuestiones básicas relativas a su ámbito de aplicación. Y esta circunstancia sería, en mi opinión, suficiente para valorar una adaptación actualizada de la citada norma europea, que, además de clarificar su ámbito de aplicación, obligase a regular fenómenos novedosos conectados con el principio de igualdad de trato, tales como la discriminación múltiple, la discriminación por asociación o la discriminación sistémica, entre otros.

A propósito de las cuestiones abordadas directamente en la sentencia objeto de análisis, llama la atención que el análisis de la caracterización sobre la discriminación por razón de edad pasa a un segundo plano, siendo prioritario para el tribunal valorar si el supuesto se integra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE.

Y para ello, se detiene en valorar si es necesario ser persona trabajadora para la aplicación de la Directiva 2000/78/CE. En este punto, la dicción literal del artículo 3 de la citada norma europea se refiere a "*[...] todas las personas [...]*", omitiendo referencia alguna a la condición de empleado/a. Tal escenario permite la aplicación de la Directiva a personas que no son estrictamente trabajadores/as, pero, en mi opinión, hubiera sido interesante valorar la existencia de conexiones entre la situación de facto y el empleo. En efecto, la Directiva 2000/78/CE establece una protección frente a distintas causas de discriminación en el empleo y la ocupación, y por lo tanto, resulta necesario probar que la conducta que atente contra el principio de igualdad se incardina dentro de tales esferas de actuación. Este debate no es abordado directamente por el Tribunal, que se centra en afirmar el carácter amplio del ámbito de aplicación de la citada Directiva y determinar que el cargo de presidente de la Federación HK/Privat constituye una actividad profesional real y efectiva. En mi opinión, hubiera sido de interés que la sentencia examinase con mayor profundidad la conexión entre las funciones que realizaba efectivamente la persona trabajadora como presidenta para valorar la conexión con el empleo, que

[13] Véase el apartado 50 *in fine* de la STJUE de 2 de junio de 2022, HK Danmark y HK Privat, C-587/20, EU:C:2022:419

[14] Véase, tal y cómo se ha indicado anteriormente, la STJUE de 26 de enero de 2021, VL, C-16/19, ECLI:EU:C:2021:64, que señala que la protección frente a la discriminación por razón de discapacidad puede aplicarse respecto a grupos de personas diferenciados que comparten una circunstancia protegida.

aparecen listadas en el apartado 14 de la sentencia, dado que la circunstancia de que se trate de una federación de personas trabajadoras no es suficiente para aplicar automáticamente la norma, y puede dar lugar a la aplicación de la protección de la Directiva en un escenario no conectado con el planteamiento y objetivos de la citada norma europea.

Respecto al examen del artículo 3.1.d de la Directiva 2000/78/CE, la sentencia señala que el hecho de presentar una candidatura a la elección de presidente y el ejercicio de tales funciones constituye una modalidad de participación en el empleo. Sobre esta cuestión, comparto que el término "participación" incluya el proceso de elección como presidente[15], pero, en mi opinión, no incluiría el ejercicio de funciones de dirección de una organización. La formulación del citado artículo 3.1.d de la Directiva 2000/78/CE contiene los términos "afiliación" y "participación", pero en ningún caso se refiere a tareas de dirección de la organización, que son, en mi opinión, distintas a la mera participación. Las referencias normativas que utilizan la sentencia examinada y las conclusiones para justificar su posición se refieren al acceso a los puestos de administración o de dirección de una organización sindical[16], pero en ningún caso al ejercicio efectivo de las funciones directivas. En este sentido, el ejercicio de las funciones directivas, a diferencia de la simple participación, puede apartar a la persona en cuestión del desarrollo de las funciones habituales para las que fue contratada, y aunque se mantenga el vínculo laboral, la protección escaparía de los objetivos de la Directiva 2000/78/CE, e incluso técnicamente de la literalidad del artículo 3.1.d, que tal y como se ha apuntado, incluye participación y afiliación, pero no dirección.

4. BIBLIOGRAFÍA

Cabeza Pereiro, J.: La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 25, 2011.

De Burca, G.: "The Trajectories of European and American Antidiscrimination Law", *American Journal of Comparative Law*, vol. 60, núm. 1, 2012.

Fernández García, A.: Libre circulación de trabajadores y discriminación en la búsqueda digital de empleo, Documentación Laboral, núm. 123, 2021.

Ferrando García, F.: La discriminación múltiple e interseccional en el ámbito laboral, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 428, 2018.

Gutiérrez Colominas, D.: ¿Es aplicable el principio de igualdad de trato a distintos grupos claramente diferenciados que comparten una circunstancia protegida ex Directiva 2000/78/CE?: Comentario a la STJUE de 26 de enero de 2021, VL, C16/19, ECLI:EU:C:2021:64, *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, núm. 219, 2021.

Maneiro Vázquez, Y.: *La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021.

Quinn, G. y Flynn, E.: "Transatlantic Borrowings: The Past and Future of EU Non-Discrimination Law and Policy on the Ground of Disability", *American Journal of Comparative Law*, vol. 60, núm. 1, 2012.

Rivas Vallejo, P.: *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral,* Cizur Menor, Aranzadi, 2022.

Waddington, L.: "Article 13 EC: Setting Priorities in the Proposal for a Horizontal Employment Directive", *Industrial Law Journal*, vol. 29, 2000.

[15] Tal y como señala el Abogado general en el apartado 55 de sus conclusiones de 13 de enero de 2022, ECLI:EU:C:2022:29, el derecho de afiliación y de participación comprende el derecho de sufragio activo y pasivo.

[16] Véase el Reglamento 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, que sustituyó el Reglamento 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, citado en el apartado 52 del pronunciamiento judicial objeto de análisis y el apartado 56 de las conclusiones del Abogado General de 13 de enero de 2022, ECLI:EU:C:2022:29.

Waddington, L. y Bell, M.: "More Equal than Others: Distinguishing European Union Equality Directives", *Common Market Law Review*, vol. 38, 2001.

Waddington, L., Lawson, A. y Gooding, C. (Eds.): "Implementing the Disability Provisions of the Framework Employment Directive: Room for Exercising National Discretion", en LAWSON, A. y GOODING, C. (Eds.), *Disability Rights in Europe. From Theory to Practice*, Oxford, Hart Publishing, 2005.

Derecho comparado y Derecho Extranjero

Laborum

nº 4 (3er Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

El derecho de acceso a la empresa por representantes sindicales ajenos a la propia empresa. Su negación por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *cedar point nursery v. Hassid* (2021)

The right of access to enterprise premises by non-employee union representatives. Its disclaim by the Supreme Court of the United States in *cedar point nursery v. Hassid* (2021)

Jesús Martínez Girón *Catedrático de Derecho del Trabajo*
Facultad de Derecho-Universidad de A Coruña
https://orcid.org/0000-0002-3228-4242

Cita Sugerida: MARTÍNEZ GIRÓN, J. "El derecho de acceso a la empresa por representantes sindicales ajenos a la propia empresa. Su negación por la corte suprema de los Estados Unidos, en el caso cedar point nursery v. Hassid (2021)". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. núm. 4 (2022): 181-191.

Resumen

Durante el mandato del Presidente Trump, la ideología conservadora de la Corte Suprema de los Estados Unidos se reforzó con sus tres nombramientos de nuevos Jueces. El caso Cedar Point Nursery v. Hassid, decidido en 2021, es una buena prueba de cómo actúa la mayoría conservadora de Jueces actualmente integrantes de dicha Corte. En él, la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró que el derecho de propiedad prevalecía sobre el derecho de los sindicatos a acceder a las instalaciones de las empresas agrícolas californianas, con el propósito de negociar colectivamente

Palabras clave

Corte Suprema de los Estados Unidos; Derecho comparado del Trabajo; Derecho de propiedad; Negociación colectiva; Representantes sindicales no pertenecientes a la empresa

Abstract

While President Trump in office, the conservative ideology of the Supreme Court of the United States was reinforced with his three appointments of new Justices. Cedar Point Nursery v. Hassid, decided in 2021, is a good evidence of the conservative majority of Justices nowadays acting in the Court. In it, the Supreme Court of the United States declared that property rights prevailed over the labor union right of access to enterprise facilities owned by Californian agricultural employers, for collective bargaining purposes

Keywords

Collective bargaining; Comparative Labor Law; Non-employee union representatives; Property rights; Supreme Court of the United States

1. EL TELÓN DE FONDO JUDICIAL DEL CASO

En la historia judicial de los Estados Unidos[1] -que se remonta ya a casi doscientos cincuenta años-, es seguro que el Presidente ultra-conservador Donald TRUMP será recordado por haber tenido la fortuna de haber podido cubrir tres vacantes de jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos (consecuentemente, un tercio de la planta de nueve Jueces vitalicios de que se compone dicha

[1] Trabajo realizado al amparo del proyecto de investigación estatal PID2019-108189GB-I00, otorgado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

Fecha Recepción: 09/09/2022 - Fecha Revisión: 12/09/2022 - Fecha Aceptación: 12/09/2022
Pags. 181-191

Corte, desde el año 1869)[2], ocurridas durante los cuatro años de su único mandato presidencial[3]. Sus nombramientos recayeron en el Sr. Neil GORSUCH, en el Sr. Brett KAVANAUGH y en la Sra. Amy Coney BARRETT, habiendo contribuido a afianzar con estos tres nombramientos la sólida mayoría de seis jueces de ideología conservadora que sirven en el más alto órgano jurisdiccional norteamericano, al alinearse los recién nombrados con los otros tres jueces de la propia Corte, nombrados por otros tantos Presidentes republicanos, al igual que el Presidente TRUMP (esto es, el Juez Clarence THOMAS, nombrado por el Presidente BUSH padre; el Juez Samuel ALITO, nombrado por el Presidente BUSH hijo; y el Juez-Presidente John ROBERTS, asimismo nombrado por el Presidente BUSH hijo). En el otro lado del espectro ideológico -siempre durante el mandato del Presidente TRUMP-, se situaban los tres jueces de ideología liberal, nombrados por Presidentes demócratas (más en concreto, el Juez Stephen BREYER, nombrado por el Presidente Bill CLINTON[4]; y las Jueces Elena KAGAN y Sonia SOTOMAYOR, nombradas ambas por el Presidente Barack OBAMA). Según la doctrina científica norteamericana, esta mayoría conservadora de seis jueces se comporta tendencialmente como una mayoría favorecedora de los intereses empresariales, cuando procede a enjuiciar pleitos sobre Derecho del Trabajo[5]. Y esto fue precisamente lo ocurrido en el caso *Cedar Point Nursery v. Hassid*, decidido por la Corte Suprema de los Estados Unidos (con una rotunda mayoría de «6 a 3») el pasado 23 junio 2021[6], a propósito de un asunto de Derecho colectivo del Trabajo (en inglés americano, «*Labor Law*»)[7], cuyo fallo -como comprobaremos luego- viene siendo ya objeto de críticas por parte de la más autorizada doctrina científica laboralista norteamericana[8].

2. EL TELÓN DE FONDO LEGAL Y REGLAMENTARIO DEL CASO

La más importante de las grandes Leyes federales norteamericanas reguladoras del Derecho colectivo del Trabajo (esto es, la Ley Wagner de 1935)[9] excluye de su ámbito de aplicación el trabajo en la agricultura (literalmente, «la palabra "trabajador" … no incluirá ninguna persona empleada como trabajador agrícola»)[10], lo que explica que algún Estado federado norteamericano se animase a colmar dicho vacío legislativo, mediante la promulgación de leyes similares (no idénticas) a la citada

[2] La Constitución de los Estados Unidos no determina dicho número, habiendo sido originariamente, hasta 1869, seis jueces. Véase Hughes, C. E.: *The Supreme Court of the United States*, Nueva York, Columbia University Press, 1928, pp. 42 y ss.

[3] Sobre las fuentes normativas reguladoras del derecho presidencial a nombrar jueces federales, con el consejo y el consentimiento del Senado, véase Martínez Girón, J.: *Quince grandes casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre Derecho individual del Trabajo. Un estudio desde la perspectiva del Derecho español*, A Coruña, Netbiblo, 2012, p. 6.

[4] Tras la jubilación de este Juez en 2022, el Presidente Joe BIDEN cubrió su vacante con el nombramiento de la Juez Ketanji Brown JACKSON, asimismo de ideología liberal.

[5] Véase, interesantísimo, Budow, Scott A.: How the Roberts Court has changed Labor and Employment Law», *University of Illinois Law Review*, vol. 2021, 2021, pp. 281 y ss. También, pronosticando lo que se avecinaba, Purdy, J.: Beyond the Bosses' Constitution: The First Amendment and Class Entrenchment», *Columbia Law Review*, núm. 118, 2018, pp. 2161 y ss.

[6] Referencia oficial provisional 594 U.S.__. Sobre las referencias oficiales, incluidas las definitivas, de los casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos, véase Martínez Girón, J.: *Quince grandes casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre Derecho individual del Trabajo. Un estudio desde la perspectiva del Derecho español*, cit., p. 2. Lógicamente, su texto puede localizarse en el sitio en Internet de la propia Corte, ubicado en https://www.supremecourt.gov.

[7] Sobre el tema, véase Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A.: *La enseñanza del Derecho en las Facultades de Derecho de los Estados Unidos. A propósito de la enseñanza en ellas del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social*, Barcelona, Atelier, 2015, pp. 117 y ss.

[8] Véase *infra*, 10.

[9] Sobre ella, véase Arufe Varela, A.: *Dieciséis grandes casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre Derecho colectivo del Trabajo. Un estudio desde la perspectiva del Derecho español*, A Coruña, Netbiblo, 2012, pp. 9 y ss.

[10] Cfr. sección 152(3) del Título 26 del Código de los Estados Unidos (*United States Code*). Textualmente, «*the term "employee" … shall not include any individual employed as an agricultural laborer*».

Ley Wagner, pero íntegramente aplicables a las relaciones laborales colectivas de los agricultores. Fue, por ejemplo, el caso del Estado federado de California, donde se promulgó la Ley de Relaciones Laborales Agrícolas (*Agricultural Labor Relations Act*) de 1975[11], donde consta -entre otras muchas cosas, en línea con la legislación federal- que «es política del Estado de California favorecer y proteger el derecho de los trabajadores agrícolas a su plena libertad de asociación, de auto-organización y de designación de representantes de su propia elección, para negociar los términos y condiciones de su trabajo»[12]. Esta Ley californiana cuenta con un imponente desarrollo reglamentario, contenido en el Título 8 del Código de Reglamentos de California (*California Code of Regulations*)[13]. Y dentro de este conjunto abrumador de preceptos reglamentarios, sólo interesa considerar aquí su sección 20900 (rotulada «Solicitud por organizadores que no son trabajadores [*Solicitation by Non-employee Organizers*]»). Se trata de un precepto gigantesco, aunque -en lo más esencial- establece y dispone lo siguiente: 1) el reconocimiento a los sindicatos de un derecho de acceso a las instalaciones de los empresarios agrícolas, para así poder tratar con los trabajadores (literalmente, «los derechos de los trabajadores … incluyen el derecho de acceso por los organizadores sindicales a las instalaciones de un empresario agrícola, con la finalidad de reunirse y hablar con los trabajadores, y solicitar su apoyo»)[14]; 2) la imposición de límites temporales al ejercicio de ese derecho de acceso [literalmente, «por no más de cuatro (4) períodos de treinta días en cada año natural»[15], se permite que «los organizadores puedan entrar en la propiedad del empresario por un período total de una hora antes de que comience el trabajo y una hora después de que se acabe el trabajo …, en zonas en las que los trabajadores se congreguen antes y después de trabajar»[16], así como «en un período único que no exceda de una hora en la jornada … durante el descanso para comer»[17]]; y 3) la imposición de preavisos de la intención de ejercitar dicho derecho de acceso, tanto a la autoridad laboral californiana como al empresario [literalmente, que «el sindicato registre en la oficina regional adecuada dos (2) copias del preaviso por escrito de su intención de tener acceso a la propiedad descrita de un empresario agrícola, junto con la prueba de entrega al empresario del preaviso por escrito»][18].

3. EL TELÓN DE FONDO CONSTITUCIONAL DEL CASO

Para acabar de acotar los contextos en que se inserta el caso *Cedar Point Nursery v. Hassid*, resulta imprescindible poner de relieve que el recién citado precepto reglamentario californiano fue impugnado ante las Cortes de Derecho común del Estado de California por diversos empresarios

[11] La Ley aparece recopilada en las secciones 1140 a 1166.3 del Código Laboral (*Labor Code*) de California, gratuitamente accesible a través del sitio oficial en Internet de la legislación californiana, ubicado en https://leginfo.legislature.ca.gov. Sobre esta Ley, véase Zeltner, D.E.: "Secondary boycotts and the employer's permisible response under the California Agricultural Labor Relations Act", *Stanford Law Review*, núm. 29, 1977, pp. 277 y ss.; y Halgas, J.T.L.: "Reach an agreement or else: Mandatory arbitration under the California Agricultural Labor Relations Act", *San Joaquin Agricultural Law Review*, núm. 14, 2004, pp. 1 y ss.

[12] Cfr. sección 1140.2 del Código Laboral de California. Textualmente, «*to be the policy of the State of California to encourage and protect the right of agricultural employees to full freedom of association, self-organization, and designation of representatives of their own choosing, to negotiate the terms and conditions of their employment*».

[13] Puede consultarse gratuitamente y en versión consolidada a través del sitio oficial www.insurance.ca.gov.

[14] Cfr. subsección (e), párrafo primero. Textualmente, «*the rights of employees ... include the right of access by union organizers to the premises of an agricultural employer for the purpose of meeting and talking with employees and soliciting their support*».

[15] *Ibidem*, subapartado (1)(A). Textualmente, «*for no more than four (4) thirty-day periods in any calendar year*».

[16] *Ibidem*, subapartado (3)(A). Textualmente, «*Organizers may enter the property of an employer for a total period of one hour before the start of work and one hour after the completion of work ... in areas in which employees congregate before and after working*».

[17] *Ibidem*, subapartado (3)(B). Textualmente, «*for a single period not to exceed one hour during the working day ... during their lunch period*».

[18] *Ibidem*, subapartado (1)(B). Textualmente, «*the labor organization files in the appropriate regional office two (2) copies of a written notice of intention to take access onto the described property of an agricultural employer, together with proof of service of a copy of the written notice upon the employer*».

agrícolas casi inmediatamente después de entrar en vigor, con el resultado de que estos pleitos acabaron siendo acumulados y resueltos en firme por el máximo órgano jurisdiccional californiano (esto es, por la Corte Suprema [*Supreme Court*] de dicho Estado federado), en el caso *Agricultural Labor Relations Board v. Superior Court of Tulane County*, decidido el 4 marzo 1976[19]. En lo más esencial, este caso confirmó que el precepto reglamentario atacado no violaba ni la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos -allí donde este precepto afirma que «tampoco la propiedad privada será confiscada para uso público, sin justa compensación»[20]-, ni la Decimocuarta Enmienda de la propia Constitución federal -allí donde se limita a proteger el derecho en cuestión, frente a intromisiones de los Estados federados[21]-, ni tampoco los equivalentes de ambos preceptos en la Constitución californiana[22], pues la propiedad privada no era ningún derecho absoluto, cabiendo imponerle restricciones basadas en el interés prevalente de la sociedad (literalmente, «los derechos otorgados a la persona por esas disposiciones constitucionales se encuentran subordinados a los derechos de la sociedad»)[23]. No se trató, sin embargo, de ninguna opinión unánime, pues tres jueces de la Corte Suprema de California redactaron una opinión disidente (*dissenting opinion*) -defendiendo que debía haberse declarado no sólo la inconstitucionalidad, sino también la ilegalidad del precepto reglamentario atacado-, con el argumento principal de que el derecho de acceso a la propiedad privada que dicho reglamento regulaba era un derecho inexistente a nivel federal, en la industria y los servicios, habiéndolo declarado así el máximo órgano jurisdiccional federal (esto es, la Corte Suprema de los Estados Unidos), al proceder a interpretar la citada Ley Wagner de 1935[24]. Aparentemente, la Corte Suprema de California dejó zanjado el asunto en firme con este fallo[25]. Pero cuarenta y cuatro años después revivió de nuevo -aunque con otros protagonistas-, resultando clave en dicho replanteamiento del asunto el hecho de que el mismo se produjese no por la vía de las Cortes estatales californianas de Derecho común, sino por la vía de las Cortes federales (en cuyo vértice, repito, se encuentra ubicada la Corte Suprema de los Estados Unidos, de composición mayoritariamente conservadora en la actualidad, según puse de relieve antes).

4. LOS HECHOS DEL CASO

En 2015, dos empresas agrícolas radicadas en California (una de las cuales, que acabó figurando en la denominación de nuestro caso, era Cedar Point Nursery, dedicada al cultivo y recolección de fresas, y que «emplea aproximadamente 400 trabajadores temporeros y alrededor de 100 trabajadores a jornada completa, ninguno de los cuales vive en la propiedad»)[26] plantearon demanda de tutela cautelar frente a las autoridades laborales administrativas californianas, ante una Corte federal de Distrito radicada en California, con la finalidad de que esta última declarase judicialmente inexigible

[19] Referencia oficial 546 P.2d 687.

[20] Textualmente, «*nor shall private property be taken for public use, without just compensation*».

[21] Literalmente, «Ningún Estado federado promulgará o exigirá el cumplimiento de ninguna ley que recorte los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni tampoco ningún Estado federado privará a una persona de la vida, libertad o propiedad, sin tutela judicial efectiva, ni denegará a ninguna persona dentro de su competencia la protección igual de las leyes» (sección 1, inciso segundo). Textualmente, «*No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*».

[22] Esto es, las secciones 1, 7(a) y 19 de su artículo I.

[23] P. 694. Textualmente, «*the rights preserved to the individual by these constitutional provisions are held in subordination to the rights of society*».

[24] Cfr. pp. 706 y ss.

[25] La Corte Suprema de los Estados Unidos se negó, casi inmediatamente después, a entrar a conocer de un asunto muy parecido, por falta de relevancia constitucional del mismo. Véase caso *Pandol & Sons v. ALRB* (1976), referencia oficial 429 U.S. 802.

[26] Cfr. opinión de la Corte, p. 2. Textualmente, «*it employs over 400 seasonal workers and around 100 full-time workers, none of whom live on the property*».

el derecho de acceso sindical a sus instalaciones, alegando que «la regulación [californiana] del acceso efectuaba una inconstitucional confiscación física en sentido propio a que se referían las Enmiendas Quinta y Decimocuarta [de la Constitución federal], con apropiación sin compensación [económica]»[27]. Sólo unos meses después, en 2016, dicha Corte federal de Distrito desestimó sus pretensiones, razonando que no existía aquí confiscación física en sentido propio, pues había que recordar a ambas empresas que el precepto reglamentario atacado «no "permitía que el público accediese a su propiedad de un modo permanente y continuado, y por cualquier motivo"»[28]. Como es lógico, los empresarios recurrieron esta decisión de primera instancia ante la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito federal, la cual desestimó, en 2019, su recurso[29]. Ahora bien, esta decisión de segunda instancia no fue unánime, pues uno de los Jueces que hacían Sala redactó una opinión disidente, en la que volvía a hacer hincapié en que la Corte Suprema de los Estados Unidos denegaba el derecho de acceso a las instalaciones de la empresa a representantes sindicales no empleados por la misma, como regla (eso sí, en la industria o en los servicios), cuando -como aquí ocurría- los trabajadores no viviesen en las instalaciones de la empresa en cuestión[30]. En fin, a instancia de las dos empresas, la Corte Suprema de los Estados Unidos accedió a conocer del asunto por la vía del recurso de «*certiorari*»[31], figurando ahora como parte recurrida, junto con otras personas, la Sra. Victoria HASSID (que contribuyó a redondear el nombre del caso), en su condición de Directora de la Agencia californiana de Relaciones Laborales en la Agricultura.

5. LA POLARIZACIÓN POLÍTICA DEL CASO

Como resulta usual, la Corte Suprema de los Estados Unidos recibió durante la tramitación del recurso múltiples «escritos [*briefs*]» de «amigos de la curia [*amici curiae*]»[32], urgiendo a la Corte que fallase el asunto, bien a favor de la parte recurrente, bien a favor de la parte recurrida[33], interesando considerar aquí únicamente dos de ellos, pues acreditan hasta qué punto se había polarizado políticamente el caso de autos. El primero es un escrito presentado por seis altos funcionarios del Ministerio de Justicia de los Estados Unidos (encabezados por el Procurador General en funciones del propio Ministerio), registrado el 7 enero 2021 (esto es, sólo trece días antes del cese del mandato del Presidente TRUMP), cuya conclusión -en favor de los empresarios recurrentes- era la de que «el fallo de la Corte de Apelaciones debería revocarse»[34], dado que «la autorización legal indefinida para invadir físicamente propiedad privada, incluso intermitentemente, es una confiscación en sentido propio, en ausencia de circunstancias no presentes aquí»[35], y justificando el interés del Gobierno de los Estados Unidos en que se produjese el fallo pretendido con un doble razonamiento (de un lado, «los Estados Unidos tienen un interés sustancial en la preservación de los derechos constitucionales y

[27] *Ibidem*, p. 3. Textualmente, «*the access regulation effected an unconstitutional per se physical taking under the Fifth and Fourteenth Amendments by appropriating without compensation*».

[28] *Ibidem*. Textualmente, «*it did not "allow the public to access their property in a permanent and continuous manner for whatever reason"*».

[29] *Ibidem*, pp. 3-4.

[30] *Ibidem*, p. 4. Tras la decisión, se produjo una nueva incidencia procesal, pues «el Noveno Circuito se negó a revisar el caso en pleno [*the Ninth Circuit denied rehearing en banc*]» (*ibidem*), con el resultado de que «el Juez Ikuta disintió, adhiriéndose a él otros siete jueces [*Judge Ikuta dissented, joined by seven other judges*]» (*ibidem*).

[31] *Ibidem*. Sobre dicho recurso, con ingredientes de nuestra casación para la unificación de doctrina y de nuestro recurso de amparo constitucional, véase Rehnquist, W. H.: *The Supreme Court*, New York, Vintage Book, 2001, pp. 224 y ss.

[32] Sobre esta figura, tradicional en el Derecho procesal común norteamericano, véase Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A.: "El "amicus curiae" en el contencioso judicial norteamericano de seguridad social", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 2, 2015, pp. 195 y ss.

[33] Todos estos escritos pueden localizarse en el citado sitio en Internet de la Corte Suprema de los Estados Unidos, a través del enlace «Docket for 20-107 - Supreme Court».

[34] P. 33. Textualmente, «*The judgment of the court of appeals should be reversed*».

[35] P. 10. Textualmente, «*Indefinite legal authorization to physically invade private property, even intermittently, is a per se taking, absent circumstances not present here*».

el desarrollo correcto de los principios relevantes de la Quinta Enmienda»[36]; y de otro lado, «también tienen interés sustancial en la aplicación de esos principios en el contexto aquí de la regulación del Estado federado, dada la amplia variedad de leyes y reglamentos federales que también exigen el acceso a la propiedad privada en concretas circunstancias»[37]). Por su parte, el segundo escrito muy relevante -neutralizando el que acaba de citarse- era una breve carta redactada por la Sra. Elizabeth B. PRELOGAR, nueva Procuradora General en funciones de los Estados Unidos, y registrada el día 12 febrero 2021 (esto es, 24 días después de la toma de posesión del Presidente Joe BIDEN), en la que afirmaba -asimismo a título de «*amicus curiae*»-, en lo esencial, todo lo siguiente: 1) «el propósito de esta carta es notificar a la Corte que el escrito previamente registrado [en 7 enero 2021] ya no representa la posición de los Estados Unidos»[38]; 2) «los Estados Unidos tienen ahora la opinión de que el reglamento de California no efectúa una confiscación en sentido propio, al amparo de los precedentes de esta Corte»[39]; y 3) «agradecería que Usted [esto es, el Secretario de la Corte Suprema de los Estados Unidos] hiciese circular esta carta entre los miembros de la Corte»[40].

6. LA OPINIÓN DE LA CORTE Y SU REGLA GENERAL SOBRE EL TEMA

La opinión de la Corte (*opinion of the Court*) fue expresada por el Juez-Presidente de la misma, Sr. John ROBERTS, adhiriéndose a ella los cinco Jueces del ala conservadora de la propia Corte. Lo que hace en este escrito es confrontar el precepto reglamentario californiano sobre el derecho de acceso de los representantes sindicales externos a las empresas agrícolas, de un lado, con la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre confiscaciones, dictada interpretando la Quinta Enmienda de la Constitución federal, del otro lado. Llega a la conclusión de que el precepto reglamentario californiano imponía a los empresarios agrícolas una servidumbre (literalmente. «una servidumbre o un gravamen [*a servitude or an easement*]»)[41], resultando intrascendente para llegar a esta conclusión que no se cumpliesen los requisitos formalmente exigibles, de acuerdo con el Derecho estatal californiano, para que existiese ese concreto tipo de derecho o gravamen real (literalmente, «el derecho de acceso no puede transferirse, no grava ninguna concreta parcela de la propiedad, y no puede registrarse»)[42], pues aquí la clave radicaba en haberse privado a los empresarios agrícolas de un elemento esencial de su derecho de propiedad, que era el derecho de exclusión de terceros (literalmente, «el reglamento se apropia para el disfrute por terceros del derecho de exclusión de los propietarios»)[43], el cual «es "uno de los más valiosos" derechos de la titularidad dominical»[44]. Poco importaba que el derecho real impuesto a los empresarios agrícolas -que limitaba su plena propiedad- tuviese un carácter temporal o discontinuo, pues «la duración de la apropiación … impacta

[36] P. 1. Textualmente, «*The United States has a substantial interest in the preservation of constitutional rights and the sound development of the relevant Fifth Amendment principles*».

[37] *Ibidem*. Textualmente, «*It also has a substantial interest in the application of those principles in the context of the state regulation here, given the wide range of federal statutes and regulations that also require access to private property in certain circumstances*».

[38] Cfr. p. 1, párrafo primero. Textualmente, «*The purpose of this letter is to notify the Court that the previously filed brief no longer represents the position of the United States*».

[39] *Ibidem*, párrafo segundo. Textualmente, «*the United States is now of the view that the California regulation does not effect a per se taking under this Court's precedents*».

[40] P. 2, párrafo último. Textualmente, «*I would appreciate it if you would circulate this letter to the Members of the Court*».

[41] Cfr. opinión de la Corte, p. 8.

[42] *Ibidem*, p. 13. Textualmente, «*the access right may not be transferred, does not burden any particular parcel of property, and may not be recorded*».

[43] *Ibidem*, p. 7. Textualmente, «*the regulation appropriates for the enjoyment of third parties the owners' right to exclude*».

[44] *Ibidem*. Textualmente, «*the right to exclude is "one of the most treasured" rights of property ownership*». En este concreto punto, la opinión de la Corte se apoyaba en doctrina científica, citando a Blackstone [textualmente, «*2 W. Blackstone, Commentaries on the Laws of England 2 (1766)*»], que se corresponde con Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England*, libro II, Clarendon Press (Oxford, 1766), Capítulo II.

únicamente sobre la cuantía de la compensación»[45], la cual se debía por el Gobierno del Estado de California a los propietarios agrícolas, en todo caso (literalmente, «dado que el Gobierno se apropió del derecho a invadir, se debía una compensación»)[46]. Como es lógico, el fallo del caso era rigurosamente congruente con este planteamiento, afirmándose en él lo siguiente: 1) «la regulación del acceso otorga a los sindicatos el derecho a invadir la propiedad de los cultivadores»[47]; 2) «constituye, por eso, una confiscación física en sentido propio»[48]; y 3) «el fallo de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Noveno Circuito se revoca, y el caso se le devuelve para ulterior enjuiciamiento congruente con esta opinión»[49].

7. LA OPINIÓN DE LA CORTE Y SUS MATICES A LA REGLA GENERAL SOBRE EL TEMA

La radicalidad de esta opinión obligó al propio Juez-Presidente de la Corte a matizarla, para así poner de relieve su compatibilidad con el Derecho común norteamericano, especialmente federal, sobre limitaciones tradicionales del derecho de propiedad. Estos matices fueron tres. En primer lugar, «nuestra argumentación nada aporta para borrar la distinción entre intrusión [*trespass*] y confiscaciones [*takings*]»[50], de manera que «las invasiones físicas aisladas, que no se lleven a acabo al amparo del otorgamiento de un derecho de acceso, se valoran adecuadamente como ilícitos extracontractuales individuales, más que como apropiaciones de un derecho de propiedad»[51], lo que no sucedía en el supuesto de autos, pues «a diferencia de la mera intrusión, la regulación [californiana] otorga legitimación formal para invadir físicamente la tierra de los cultivadores»[52]. En segundo lugar, «muchas invasiones físicas autorizadas por el Gobierno no equivaldrán a confiscaciones, porque son congruentes con un trasfondo tradicional de restricciones a los derechos de propiedad»[53], como ocurre prototípicamente en el supuesto de «entrar en una propiedad para efectuar una detención o exigir el cumplimiento del Derecho Penal, si concurren concretas circunstancias»[54], cabiendo afirmar que «a diferencia de una búsqueda policial, ningún principio infraestructural tradicional del derecho de propiedad exige que los cultivadores admitan a los sindicatos en sus instalaciones»[55]. En tercer lugar, «el Gobierno puede exigir a los titulares de una propiedad que cedan un derecho de acceso como condición para recibir determinados beneficios, sin que se provoque una confiscación»[56], teniendo en cuenta que «dentro de este marco, los regímenes inspectores gubernamentales de seguridad y salud,

[45] Cfr. opinión de la Corte, p. 11. Textualmente, «*the duration of an appropriation ... bears only on the amount of compensation*».

[46] *Ibidem*, p. 14. Textualmente, «*because the government appropriated a right to invade, compensation was due*».

[47] *Ibidem*, p. 20. Textualmente, «*The access regulations grants labor organizations a right to invade the growers' property*».

[48] *Ibidem*. Textualmente, «*It therefore constitutes a per se physical taking*».

[49] *Ibidem*. Textualmente, «*The judgment of the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit is reversed, and the case is remanded for further proceedings consistent with this opinion*».

[50] Cfr. opinión de la Corte, p. 17. Textualmente, «*our holding does nothing to efface the distinction between trespass and takings*».

[51] *Ibidem*. Textualmente, «*Isolated physical invasions, not undertaken pursuant to a granted right of access, are properly assessed as individual torts rather than appropriations of a property right*».

[52] *Ibidem*, p. 20. Textualmente, «*Unlike a mere trespass, the regulation grants a formal entitlement to physically invade the growers' land*».

[53] *Ibidem*, p. 18. Textualmente, «*many government-authorized physical invasions will not amount to takings because they are consistent with longstanding background restrictions on property rights*».

[54] *Ibidem*, p. 19. Textualmente, «*to enter property to effect an arrest or enforce the criminal law under certain circumstances*».

[55] *Ibidem*, p. 20. Textualmente, «*Unlike a law enforcement search, no traditional background principle of property law requires the growers to admit union organizers onto their premises*».

[56] *Ibidem*, p. 19. Textualmente, «*the government may require property owners to cede a right of access as a condition of receiving certain benefits, without causing a taking*».

como regla, no constituirán confiscaciones»[57], pero sin que pudiese asimilarse a estas inspecciones el caso de autos, pues «a diferencia de las inspecciones usuales de seguridad y salud, la regulación [californiana] del acceso no va ligada a que se otorgue ningún beneficio a los empresarios agrícolas o a que se exponga al público a un riesgo»[58].

8. LA OPINIÓN CONCURRENTE

En la opinión de la Corte -centrada, como acaba de verse, en la teoría general de las limitaciones al derecho de propiedad-, resultaba alarmante su falta de manejo de argumentos jurídico-laborales. Por eso, el Juez KAVANAUGH -que suscribió «en su totalidad» la opinión de la Corte[59]- salió también al rescate de esta última, redactando una breve opinión concurrente (*concurring opinion*), de contenido única y exclusivamente jurídico-laboral. Insiste allí en la existencia de jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, fallada interpretando la Ley Wagner de 1935 (esto es, a propósito no de empresas agrícolas, sino de empresas industriales y de servicios), que abordaba frontalmente el tema del derecho de acceso a la empresa de representantes sindicales ajenos a ella, pugnando esta jurisprudencia -en su opinión- contra la constitucionalidad del tan citado precepto reglamentario californiano. Al respecto, mencionaba el caso *Babcock* (1956)[60] y el caso *Lechmere* (1992)[61], afirmando que en ambos «la Corte interpretó la Ley [Wagner] para permitir el acceso de los organizadores sindicales sólo cuando "fuese necesaria"»[62], y añadiendo que dicha necesidad existía «cuando los trabajadores viven en la propiedad de la empresa»[63] (lo que no ocurría en el caso de autos), o también -supuesto que viviesen fuera-, cuando «los organizadores sindicales no tengan otros medios razonables para comunicarse con los trabajadores»[64] (lo que no se había discutido en el supuesto de autos). Concluía citando la opinión disidente en el caso de la Corte Suprema de California, que había argumentado cuarenta y cinco años antes contra la constitucionalidad y la legalidad del precepto reglamentario californiano discutido[65], recordando que en dicho caso «esa Corte ratificó el reglamento con una votación de 4 a 3»[66] y que «el Juez William Clark escribió la opinión disidente»[67] -en la que «concluía que la regulación californiana del acceso sindical "viola la regla" de *Babcock* y, por ello, "viola las disposiciones constitucionales que protegen la propiedad privada»[68]-, por lo que proclamaba que «en mi opinión, el Juez Clark estuvo completamente acertado»[69].

[57] *Ibidem*. Textualmente, «*Under this framework, government health and safety inspection regimes will generally not constitute takings*».

[58] *Ibidem*, p. 20. Textualmente, «*unlike standard health and safety inspections, the access regulation is not germane to any benefit provided to agricultural employers or any risk posed to the public*».

[59] Finalizaba su opinión concurrente, afirmando que «con estos comentarios, me uno a la opinión de la Corte en su totalidad» (p. 2). Textualmente, «*With those comments, I join the Court's opinion in full*».

[60] Esto, es *NLRB v. Babcock & Wilcox Co*. (1956), referencia oficial 351 U.S. 105.

[61] Esto es, *Lechmere, Inc. v. NLRB* (1992), referencia oficial 502 U.S. 527. Lo hemos comentado en Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A.: "El derecho de acceso de los representantes sindicales ajenos al centro de trabajo (*das Zugangsrecht durch betriebsfremde Gewerkschaftsbeauftragte*) a las instalaciones del propio centro de trabajo. Un análisis comparativo de la jurisprudencia alemana, española y federal norteamericana", *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 23-24, 2009, pp. 70 y ss.

[62] Cfr. opinión concurrente, p. 2. Textualmente, «*the Court interpreted the Act to afford access to union organizers only when "needed"*».

[63] *Ibidem*. Textualmente, «*when the employees live on company property*».

[64] *Ibidem*. Textualmente, «*union organizers have no other reasonable means of communicating with the employees*».

[65] Sobre esta decisión, véase *supra*, 3.

[66] Cfr. opinión concurrente, p. 2. Textualmente, «*that court upheld the regulation by a 4-to-3 vote*».

[67] *Ibidem*, Textualmente, «*Justice William Clark wrote the dissent*».

[68] *Ibidem*, Textualmente, «*he concluded that the California union access regulation "violates the rule" of Babcock and thus "violates the constitutional provisions protecting private property"*».

[69] *Ibidem*, Textualmente, «*Justice Clark had it exactly right*».

9. LA OPINIÓN DISIDENTE

En la misma línea que la opinión de la Corte, la opinión disidente (redactada por el Juez BREYER, con la adhesión de las dos Jueces liberales de la propia Corte) también admitía que el precepto reglamentario californiano implicaba una confiscación, pero no una «confiscación física [*physical taking*]» -como sostenía la mayoría-, sino una «confiscación jurídica [*regulatory taking*]»[70], la cual (de acuerdo con una línea de casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos, iniciada en 1922 por el Juez HOLMES)[71] conllevaría la aplicación de la Quinta Enmienda de la Constitución federal (y consecuentemente, el pago al titular de la propiedad de una «justa compensación») sólo si la confiscación ocurrida, a la vista de las circunstancias del caso, «va demasiado lejos [*goes too far*]»[72], lo que -con exclusión de cualquier automatismo- exigiría aplicar criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Ahora bien, esto despejado, la opinión disidente llegó a aceptar incluso -a efectos dialécticos- la tesis de la mayoría, pero para concluir que el precepto reglamentario californiano encajaría en la tercera de las excepciones diseñadas por el Juez-Presidente ROBERTS, con la finalidad de acomodar la opinión de la Corte a la teoría general de las limitaciones tradicionales de la propiedad privada (recuérdese, «el Gobierno puede exigir a los titulares de una propiedad que cedan un derecho de acceso como condición para recibir determinados beneficios, sin que se provoque una confiscación»)[73], aunque -siempre en opinión del Juez-Presidente ROBERTS, recuérdese asimismo- «la regulación [californiana] del acceso no va ligada a que se otorgue ningún beneficio a los empresarios agrícolas o a que se exponga al público a un riesgo»[74]. Según la opinión disidente, en cambio, «la paz laboral (aportada por la organización sindical) es uno de tales beneficios»[75], trayendo a colación a este efecto -para cerrar la interpretación que merecía el precepto reglamentario californiano atacado- que «el propósito de la Ley de Relaciones Laborales Agrícolas», al promulgarse en California en 1975, «fue "asegurar la paz en los campos agrícolas, garantizando la justicia a todos los trabajadores agrícolas y la estabilidad en las relaciones laborales"»[76].

10. LA CRÍTICA POR LA DOCTRINA CIENTÍFICA LABORALISTA MÁS AUTORIZADA A LA OPINIÓN DE LA CORTE

Desarrollando la argumentación de la opinión disidente, el catedrático de Derecho Colectivo del Trabajo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, profesor Benjamin SACHS, acaba de publicar un fenomenal artículo de revista[77], cuyo propósito es el de probar que «*Cedar Point* es internamente incongruente [*is internally inconsistent*] y que está equivocado en sus propios términos [*it is wrong on its own terms*]»[78], debiéndose esa incongruencia interna suya a «su predecible inclinación política [*its predictable political slant*]»[79]. A este efecto, demuestra -con un contundente estudio de historia jurídica- que en los campos de cultivo de California, antes de la promulgación

[70] Cfr. opinión disidente, p. 1.

[71] Dicho caso seminal había sido *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon* (1922), referencia oficial 260 U.S. 393. Sobre la autoridad inmensa del Juez HOLMES, véase Arufe Varela, A.: "El voto particular del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., en el caso Coppage v. Kansas (1915). Un texto jurídico norteamericano clásico contra el despido libre", *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. I, 2009, pp. 13 y ss.

[72] Cfr. opinión disidente, p. 1.

[73] Véase *supra*, **7**.

[74] *Ibidem*.

[75] Cfr. opinión disidente, p. 15. Textualmente, «*Labor peace (brought about through union organizing) is one such benefit*».

[76] *Ibidem*, pp. 15-16. Textualmente, «*the purpose of the Agricultural Labor Relations Act was to "ensure peace in the agricultural fields by guaranteeing justice for all agricultural workers and stability in labor relations"*».

[77] Véase Sachs, B.: "Safety, health, and union Access in Cedar Point Nursery", *Supreme Court Review*, vol. 2021, 2021, pp. 99 y ss.

[78] *Ibidem*, p. 103.

[79] *Ibidem*.

de la legislación laboral agrícola de 1975, lo que había era «sangre en los campos [*blood in the fields*]»[80] (provocada por «una guerra, y no meramente metafórica», entre «una coalición corrupta de empresarios agrícolas [*a corrupt coalition of agricultural employers*]» y el sindicato de trabajadores del sector), poniendo fin la promulgación de dicha legislación -con su regulación y protección de los derechos sindicales- a «años de dichas confrontaciones sangrientas [*years of such bloody confrontations*]»[81]. Pero demuestra, además -tras la normalización de la negociación colectiva en los campos de cultivo-, que dicha negociación colectiva sirvió otros «objetivos sustantivos», pues puso fin al hecho de que «la rampante y ampliamente desregulada utilización de pesticidas en la agricultura de California estaba provocando graves consecuencias de salud, tanto para los trabajadores agrícolas como para los consumidores»[82]. Consecuentemente, la incongruencia interna de la opinión de la Corte era patente, pues «el Gobierno puede, sin efectuar una confiscación, exigir a los propietarios que cedan derechos de acceso … para evitar un riesgo planteado al público»[83], teniendo en cuenta que el derecho de propiedad cedido era aquí «instrumental, para evitar dos clases de riesgos públicos». Antes de extraer esta conclusión, el artículo finaliza trazando paralelismos entre *Cedar Point* y el famoso caso *Lochner v. New York* (1905)[84], que bautizó con su nombre la etapa ultra-conservadora llamada «era Lochner» (la cual se prolongó hasta 1937, pareciéndome evidente que llamar ahora «lochneriano» a un norteamericano es algo así como llamar «franquista» a un español del siglo corriente)[85], a pesar de afirmar que el artículo no pretendía en absoluto poner de relieve cómo el caso *Cedar Point* ejemplificaba, con toda rotundidad, «privilegiar los intereses empresariales sobre los derechos de los trabajadores [*privileging of business interests over workers' rights*], su elevación de los valores de la propiedad sobre los democráticos [*its elevation of property values over democratic ones*], y su denigración de los sindicatos en múltiples áreas del Derecho [*its denigration of unions across multiple areas of law*]»[86].

11. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Arufe Varela, A.: "El voto particular del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., en el caso Coppage v. Kansas (1915). Un texto jurídico norteamericano clásico contra el despido libre", *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. I 2009.

Arufe Varela, A.: *Dieciséis grandes casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre Derecho colectivo del Trabajo. Un estudio desde la perspectiva del Derecho español*, A Coruña, Netbiblo, 2012.

Blackstone, W.: *Commentaries on the Laws of England*, Libro II, Oxford, Clarendon Press, 1766.

Budow, S.A.: "How the Roberts Court has changed Labor and Employment Law", *University of Illinois Law Review*, vol. 2021, 2021.

Flanagan, J. y Gerstein, T.: «"Sign on the dotted line": How coercive employment contracts are bringing back the Lochner era and what we can do about it», *University of San Francisco Law Review*, núm. 54, 2020.

Gillman, H. "What is, and isn't, currently disputed about Lochner-era police-powers jurisprudence", *George Mason Law Review*, núm. 26, 2019.

Halgas, J.T.L.: "Reach an agreement or else: Mandatory arbitration under the California Agricultural Labor Relations Act", *San Joaquin Agricultural Law Review*, núm. 14, 2004.

[80] *Ibidem*, pp. 105 y ss.

[81] Acerca de todo ello, *ibidem*, p. 99.

[82] *Ibidem*, pp. 105 y 115 y ss.

[83] *Ibidem*, p. 123.

[84] Referencia oficial 198 U.S. 45.

[85] Sobre el tema, véase Rowe, G. D.: "Lochner revisionism revisited", *Law and Social Inquiry*, núm. 24, 1999, pp. 221 y ss.; Gillman, H.: "What is, and isn't, currently disputed about Lochner-era police-powers jurisprudence", *George Mason Law Review*, núm. 26, 2019, pp. 1049 y ss.; y Flanagan, J. y Gerstein, T.: «"Sign on the dotted line: How coercive employment contracts are bringing back the Lochner era and what we can do about it"», *University of San Francisco Law Review*, núm. 54, 2020, pp. 441 y ss.

[86] Véase Sachs, B.: "Safety, health, and union Access in Cedar Point Nursery", cit., p. 103.

Hughes, C.E.: *The Supreme Court of the United States*, Nueva York, Columbia University Press, 1928.

Martínez Girón, J.: *Quince grandes casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre Derecho individual del Trabajo. Un estudio desde la perspectiva del Derecho español*, A Coruña, Netbiblo, 2012.

Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A.: "El derecho de acceso de los representantes sindicales ajenos al centro de trabajo (*das Zugangsrecht durch betriebsfremde Gewerkschaftsbeauftragte*) a las instalaciones del propio centro de trabajo. Un análisis comparativo de la jurisprudencia alemana, española y federal norteamericana", *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 23-24, 2009.

Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A.: *La enseñanza del Derecho en las Facultades de Derecho de los Estados Unidos. A propósito de la enseñanza en ellas del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social*, Barcelona, Atelier, 2015.

Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A.: «El "amicus curiae" en el contencioso judicial norteamericano de seguridad social», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 2, 2015.

Purdy, J.: "Beyond the Bosses' Constitution: The First Amendment and Class Entrenchment2, *Columbia Law Review*, núm. 118, 2018.

Rehnquist, W.H.: *The Supreme Court*, New York, Vintage Books, 2001.

Rowe, G.D.: "Lochner revisionism revisited", *Law and Social Inquiry*, núm. 24, 1999.

Sachs, B.: "Safety, health, and union Access in Cedar Point Nursery", *Supreme Court Review*, vol. 2021, 2021.

Zeltner, D.E.: "Secondary boycotts and the employer's permisible response under the California Agricultural Labor Relations Act", *Stanford Law Review*, núm. 29, 1977.

nº 4 (3er Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

El reglamento de teletrabajo y trabajo a distancia en cuba. Criterios interpretativos sobre su configuración normativa

The regulation of teleworking and remote work in Cuba. Interpretive criteria on its normative configuration

Reynaldo Jorge Lam Peña *Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, Cuba.*
https://orcid.org/0000-0003-0629-4612

Cita Sugerida: LAM PEÑA, R. J. "El reglamento de teletrabajo y trabajo a distancia en cuba. Criterios interpretativos sobre su configuración normativa". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. núm. 4 (2022): 193-211.

Resumen

El teletrabajo representa un fenómeno actual en el contexto laboral internacional a raíz de la crisis sanitaria de la Covid-19. Cuba, como algunos países se ha sumado a la reciente tendencia de regular jurídicamente el teletrabajo. En el caso cubano entró en vigor en agosto de 2021 el Reglamento de Teletrabajo y trabajo a distancia para abordar las principales particularidades de esta forma de organización del trabajo. Sobre esta basa y, a partir de un estudio comparado con la regulación de otros países y organizaciones internaciones se realiza un análisis sobre los principales elementos teóricos y normativos que posee la norma y aquellos en los que se debe profundizar desde los debates doctrinales más contemporáneas sobre el teletrabajo. El artículo estudia la definición del teletrabajo, sus elementos, el ámbito de aplicación objetivo y subjetivo de la norma, las formalidades y los principios jurídicos que deben informar el régimen jurídico del teletrabajo.

Palabras clave

Teletrabajo; derechos laborales; relación jurídica laboral

Abstract

Teleworking represents a current phenomenon in the international labor context as a result of the Covid-19 health crisis. Cuba, like some countries, has joined the recent trend of legally regulating teleworking. In the Cuban case, the Telework and Distance Work Regulations came into force in August 2021 to address the main particularities of this form of work organization. On this basis and, based on a study compared with the regulation of other countries and international organizations, an analysis is carried out on the main theoretical and normative elements that the norm has and those in which it must be deepened on the basis of doctrinal debates more contemporary about teleworking. The article studies the definition of telework, its elements, the scope of objective and subjective application of the standard, the formalities and legal principles that should inform the legal regime of telework.

Keywords

Teleworking; labor rights; legal employment relationship

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho del Trabajo es una disciplina jurídica que se transforma constantemente, a partir de la heterogeneidad del trabajo como fenómeno social y su constante evolución, ligada al desarrollo propio de la humanidad. Los avances de la ciencia y la tecnología han modificado el mercado laboral a partir de la incorporación de nuevas formas para realizar determinadas labores. La pandemia de la Covid-19, ha sido un momento oportuno para la modificación de la prestación laboral tradicional a partir del uso de las tecnologías de la informática y las comunicaciones. Se ha considerado que el periodo pandémico ha sido el lapso de tiempo más corto donde mayor trasformación ha sufrido el mundo del trabajo en los últimos tiempos.

Fecha Recepción: 05/04/2022 - Fecha Revisión: 20/06/2022 - Fecha Aceptación: 20/06/2022
Pags. 193-211

La crisis sanitaria impuso la adopción de medidas para el distanciamiento físico y social de los individuos como mecanismo de freno a la expansión de un virus mortal. Cobraron protagonismo, formas de trabajar que se habían empleado en otros lugares[1] ante situaciones apremiantes que requerían de la adopción de ideas novedosas para mantener la vitalidad de las actividades económicas de las empresas y el mercado laboral.

Adquirieron preponderancia formas de trabajo que rompían con la clásica presencialidad en el establecimiento laboral; entre ellas: «el teletrabajo». Desde el inicio de la pandemia, según la Organización Internacional del Trabajo, han tenido que adoptar esta forma de trabajar, aproximadamente 23 millones de trabajadores solo en América Latina y el Caribe[2].

A partir de aquí, académicos y legisladores comenzaron a debatir sobre la necesidad de legislar esta nueva forma de trabajar que ha adquirido un amplio desarrollo en corto tiempo. Como resultado, no ha existido suficiente espacio para la consolidación de una doctrina al respecto, sino que ha sido un fenómeno que ha pasado rápidamente de la realidad a la norma jurídica[3], bebiendo de la complejidad organizacional y tecnológica que hoy rodea el mundo del trabajo. Por ello, han de tomarse de las normas jurídicas estos elementos, en pos de generar criterios deontológicos que permitan la protección de los derechos humanos laborales y la delimitación teórica de esta forma de trabajo que modifica la prestación contractual. La rapidez con que se ha multiplicado el teletrabajo en el presente y futuro laboral, no puede significar la pérdida o retroceso en los derechos laborales conquistados, por ejemplo: en el tiempo de la jornada laboral, el tiempo de descanso, el derecho a la intimidad o el derecho a la remuneración por el trabajo extraordinario.

Esta última idea es una de las que ha sostenido la urgencia de regular al respecto. Si bien, mencionar una nueva forma de empleo que se realice fuera de los predios del empleador, no es controversial si lo han sido aspectos relativos a la seguridad y salud en el trabajo. También, las herramientas a utilizar para el desempeño de las laborales o las manifestaciones de los poderes empresariales de dirección y control que rompen los cánones tradicionales de ejercicio al expresarse fundamentalmente mediante la tecnología. Por último, y aunque no ligado a los derechos laborales de forma directa, elementos de ciberseguridad en pos de la protección de la información confidencial del empleador o trabajador que viaja de un lugar a otro a través del internet.

Colocando el tema en Cuba, según el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS), en el segundo trimestre del 2020 habían adoptado esta nueva forma de trabajo aproximadamente 600000 trabajadores, los cuales habían sufrido una modificación en la prestación laboral que realizaban. Acto seguido, debatir y exponer ideas sobre la temática se convertía en un pilar fundamental en los

[1] Desde la década del ´70, con la crisis de combustible en los Estados Unidos apareció el *telecommuting.*

[2] Maurizio, R.: *Desafíos y oportunidades del Teletrabajo en América Latina y el Caribe. Serie Panorama Laboral de América Latina y el Caribe,* Publicaciones OIT, 2021.

[3] No obstante, antes de la pandemia del Covid-19 ya existían Estados que regulaban el teletrabajo como es el caso de Colombia y Ecuador. Asimismo, existían normativas internacionales como el Acuerdo Marco Europeo de Teletrabajo (2002) y se inferían algunos elementos de la relación jurídica del teletrabajo en el Convenio No. 177 de la Organización Internacional del Trabajo sobre el trabajo a domicilio. Tras el comienzo de la crisis sanitaria la OIT exhortaba a sus Estados miembros a adoptar regulaciones sobre el tema. El 17 de junio de 2021 fue aprobada por este ente internacional la "*Resolución relativa a un llamamiento mundial a la acción para una recuperación centrada en las personas que sea inclusiva, sostenible y resiliente*", adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo Nro. 109, se insta, entre otras iniciativas, a "introducir, utilizar y adaptar el teletrabajo y otras nuevas modalidades de trabajo para preservar los puestos de trabajo y ampliar las oportunidades de trabajo decente a través de, entre otros medios, la reglamentación, el diálogo social, la negociación colectiva, la cooperación en el lugar de trabajo, así como la adopción de medidas para reducir las disparidades en el acceso a la tecnología digital, respetando las normas internacionales del trabajo y la privacidad, y promoviendo la protección de los datos y la conciliación de la vida laboral y la vida privada".

principales medios académicos y de comunicación[4]. De esta forma, en agosto de 2021, la Gaceta Oficial de la República de Cuba publicó la Resolución 71 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social contentiva del "*Reglamento sobre el trabajo a distancia y el teletrabajo*"[5], mediante la cual se regulaban aspectos fundamentales sobre estas formas de trabajo. Hasta este momento, si bien se incentivaba esta variante por las autoridades del gobierno, su ropaje jurídico emanaba de la regulación relativa al contrato de trabajo y uno de sus elementos esenciales, el lugar de trabajo, establecido en el artículo 24, inciso e) del Código de Trabajo de 2013[6]. La reciente normativa ha sido aplaudida por los laboralistas cubanos, al incluir a Cuba en la tendencia de regular este fenómeno en otros ordenamientos jurídicos desde las posturas teóricas más contemporáneas sobre las garantías para el ejercicio del trabajo a distancia y el teletrabajo.

El presente artículo pretende, por ello, realizar un análisis sobre los principales elementos normativos y teóricos que contiene la presente normativa en pos de establecer precisiones sobre sus elementos configuradores; que transiten por su definición, ámbito de aplicación, formalidades y principios fundamentales. Igualmente, dichas fundamentaciones se realizarán desde el empleo de un estudio comparado entre la normativa patria y las disposiciones jurídicas de Italia[7], España[8], Colombia[9], Uruguay[10], Paraguay[11], Argentina[12], Ecuador[13], Perú[14] y El Salvador[15]. También con los referentes internacionales de la Organización Internacional del Trabajo[16].

2. DEFINICIÓN DEL TELETRABAJO

La definición del teletrabajo transita por la propia visión que dicho fenómeno recibía en sus inicios. Sus primeros aplicadores, lo entendieron como una decisión pragmática[17] para hacerle

[4] De este autor pueden encontrarse artículos como: "Derechos laborales y COVID-19. La experiencia de Cuba", *Revista Estudios de Derecho Social: Cuba y América Latina (FLACSO)*, vol. 9, núm. 1, enero-abril, La Habana, 2021, pp. 329-339; "Trabajo decente, teletrabajo y precariedad laboral: los efectos de una pandemia", *Revista Jurídica del Trabajo*, vol. 2, núm. 4, 202, pp. 458-479.

[5] Resolución No. 71 de 12 de agosto de 2021. "Reglamento para el teletrabajo y el trabajo a distancia", en *Gaceta Oficial Extraordinaria* No. 72 de 18 de agosto de 2021.

[6] Ley No. 116 de 20 de diciembre de 2013 "Código de Trabajo de la República de Cuba", en *Gaceta Oficial Extraordinaria* No. 29 de 17 de junio de 2014.

[7] Ley No. 27/2020 y Decreto Ley Nº 34/2020.

[8] Ley No. 10 de 9 de julio de 2021, "De Trabajo a Distancia", en *Boletín Oficial del Estado* No. 164 de 10 de julio de 2021.

[9] Ley No. 1221 de 16 de julio de 2008 "Ley de Teletrabajo". Disponible en: http://www.desarrolloeconomico.gov.co/sites/default/files/marco-legal/Ley-1221-2008.pdf

[10] Ley No. 19978 de 20 de agosto de 2021, "Ley de Teletrabajo". Disponible en: https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19978-2021

[11] Ley No. 6738 de 24 de mayo de 2021, "Que establece la modalidad del teletrabajo en relación de dependencia", en *Gaceta Oficial* No. 109 de 1 de junio de 2021.

[12] Ley No. 27555 de 30 de julio de 2020 "Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo", en *Boletín Oficial* No. 34450 de 14 de agosto de 2020.

[13] Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2020-181 de 14 de septiembre de 2020. Ministerio de Trabajo. República del Ecuador. "Directrices para la aplicación del teletrabajo en el Código del Trabajo, conforme lo establecido en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del covid-19". Disponible en: https://www.trabajo.gob.ec/wp-content/uploads/2020/09/AM-MDT-2020-181-TELETRABAJO-14.09.2020-signed.pdf?x42051

[14] Ley No. 30036, "Ley que regula el teletrabajo". Disponible en: https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-regula-el-teletrabajo-leyn-30036-946195-3/

[15] Decreto No. 600 de 20 de marzo de 2020, "Ley de Regulación del Teletrabajo", en *Diario Oficial* No. 123 de 16 de junio de 2020.

[16] Convenio No. 177 del Trabajo a Domicilio. Organización Internacional del Trabajo. (1997). Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312322

[17] Para Hormigos Ruiz, el teletrabajo es uno de los resultados de lo que denomina "sociedad del conocimiento". Para este autor la sociedad del conocimiento se entiende como aquel sector laboral que aprovecha la información,

frente a crisis económicas que sobrevenían en el propio desarrollo de las relaciones sociales. Ha sido analizado desde diferentes áreas del saber, como la psicología, la sociología, la ingeniería industrial y el Derecho; todas aportando variables para una definición.

Desde los sociólogos del trabajo, se expone que siempre han existido manifestaciones de laboralidad que rompen los esquemas clásicos industriales. De la Garza, citado por Rojas y Esquivel[18], entiende al «trabajo no clásico» como "un concepto ampliado, tanto en el nivel de la valorización como en nivel del proceso de trabajo". Continúa diciendo que "en este último nivel - el del proceso de trabajo- habría que pensar en ampliar el concepto de qué es trabajar y quién trabaja, pero también el de control sobre el trabajo; elemento éste que puede ser ejercido por varios actores"[19].

Los juristas extraen de dichas manifestaciones de trabajo no clásico interrogantes sobre el "¿cómo?" desarrollar ese trabajo. Se indagan en las modificaciones que pueden existir en el proceso de trabajo en cuanto a la forma de hacerlo, las herramientas a utilizar o el tiempo a emplear; todos estos particulares, que en principio son definidos por el empleador. Si se traspolan estos elementos pueden encontrarse dos de las cuestiones más controvertidas para los iuslaboralistas a la hora de establecer un régimen de empleo en teletrabajo: las condiciones para realizar el proceso de trabajo y las manifestaciones para controlarlo. En lenguaje jurídico; interaccionan las expresiones de los poderes jurídicos del empleador y los derechos fundamentales de los trabajadores.

Las primeras conceptualizaciones lo asocian a "cualquier forma de sustitución de desplazamientos relacionados con la actividad laboral por tecnologías de la información"[20].

Aparece, en el proceso de trabajo un elemento que rompe "lo clásico", y es la no presencia del trabajador en un establecimiento del empleador para desempeñar una labor que realiza por cuenta ajena para este. Este aspecto ha sostenido la incorporación del teletrabajo como una manifestación del trabajo a distancia[21], toda vez que el segundo posee como elemento cardinal de la relación de trabajo que se realice fuera de la sede de la empresa. Sin embargo, la diferencia fundamental estriba en que el primero utiliza como medio para ejercer la prestación laboral los medios de la informática y las comunicaciones. De ahí, algunos plantean una relación de género a especie[22].

---

la tecnología y el propio saber para modificar el mundo del trabajo, al insertar a los individuos en una economía global y digital donde la información es el soporte para obtener el conocimiento. Continúa diciendo que; para ello las empresas necesitan de recursos humanos que realizan los nuevos procesos y de la información empleada para activar dichos procesos de trabajo; y como mecanismo para adaptarse a este nuevo dinamismo se utiliza el teletrabajo como forma de organización del trabajo. Hormigos Ruiz, J.: "Nuevas formas de trabajo en la sociedad del conocimiento: el teletrabajo", *Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 5, España, 2002, pp. 213-226.

[18] Rojas Piedrahita, M. y Esquivel Cabezas, L.: "Aproximaciones sobre el Trabajo en Cuba en tiempos de COVID-19". Disponible en: http://www.cips.cu/wp-content/uploads/2020/11/11RE.pdf p. 2

[19] *Idem*. p. 3.

[20] Nilles, J.: *The telecommunications-transportation tradeoff, Options for tomorrow and today,* California, Jala Internacional, 1973.

[21] Por último, se dice que la relación entre los términos trabajo a distancia y teletrabajo es una relación de género-especie, porque todo teletrabajo es trabajo a distancia, pero no todo trabajo a distancia es teletrabajo, como por ejemplo el trabajo a domicilio o el de los agentes comerciales. En este caso consideramos que no cabe identificar el trabajo a distancia con el teletrabajo, porque el segundo no sólo significa trabajo a distancia, sino que necesita del requisito de la utilización de la tecnología informática y telemática.

[22] Expresiones de este parecer se encuentra en el entorno normativo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el término "trabajo a distancia" no cuenta con una definición propia y remite al término "teletrabajo". Éste se define como trabajo a distancia (incluido el trabajo a domicilio) efectuado con auxilio de medios de telecomunicación o de una computadora. Ushakova, T.: "El Derecho de la OIT para el trabajo a distancia: ¿una regulación superada o todavía aplicable?", *Revista Internacional y Comparada*, p. 2. Disponible en: http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Bronzini21-USHAAKOVA-332-686-1-PB.pdf

Para Sanguineti[23] "el concepto de teletrabajo se vincula exclusivamente con quienes, de forma originaria o como fruto de un acuerdo de externalización de funciones previamente desarrolladas de forma presencial, desarrollan un trabajo en beneficio de uno o más empresarios, bien desde su domicilio o bien desde otro lugar distinto del habitual u ordinario, sirviéndose de medios o equipos informáticos y de telecomunicaciones para su ejecución y eventualmente para entrar en conexión con el destinatario de su actividad".

Estos aspectos de una forma u otra han encontrado asiento también en la definición de teletrabajo que realiza la reglamentación nacional, siguiendo la línea normativa de otras naciones. Ellas, también han elaborado sus definiciones normativas, sirviendo de base para el desarrollo doctrinal posterior, tal como se explica en el presente ensayo. Para Cuba el teletrabajo se define[24] como:

> *Artículo 7. El Teletrabajo es una forma de organización del trabajo en la que el trabajador desempeña una actividad sin estar presente físicamente en la entidad; la comunicación y el intercambio de información necesaria para desarrollar su labor, depende de las tecnologías de la información y las comunicaciones mediante el uso del correo electrónico, redes sociales, mensajería instantánea y otros mecanismos de comunicación que garantiza el empleador, sin que se excluyan los encuentros presenciales*[25].

De la definición se desprenden tres elementos fundamentales que también han sido sostenido por otros autores y que fusionan una triada inseparable para identificar al teletrabajo. Estos elementos generan precisiones teóricas esenciales para la correcta delimitación normativa de la relación jurídica del teletrabajador. De esta forma, se entiende que los elementos[26] para una correcta conceptualización del teletrabajo son: concebirlo como una forma de organización del trabajo; una actividad laboral sin presencia física; que la comunicación depende de las tecnologías de la información; y donde no se excluyen encuentros presenciales.

El primero de ellos, ha sido vértice central de delimitaciones normativas en otros ordenamientos jurídicos como España o Colombia, los cuales comprenden al teletrabajo como una forma de organización del trabajo. Esta expresión se asemeja a las de El Salvador, Paraguay y Ecuador que lo definen como una modalidad de trabajo. Como denominador común, el teletrabajo es un mecanismo que se utiliza para desempeñar el trabajo, dejando para más adelante quienes pueden decidirlo. La empresa, necesita organizarse en estructuras determinadas para poder llevar a cabo su actividad empresarial, tomando en cuenta los elementos cuantitativos y cualitativos que considere pertinentes.

La organización del trabajo implica la subdivisión de la obra necesaria para obtener una determinada finalidad productiva en una serie de operaciones más o menos compleja; la atribución a diferentes máquinas y / o personas de operaciones divididas de la siguiente manera; coordinación

---

[23] Sanguineti Raymond, W.: "Informe Teletrabajo y Globalización: en busca de Respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo", *El blog de Wilfredo Sanguineti*. Disponible en https://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2009/08/teletrabajo-y-globalizacion-final-informe.pdf

[24] Es de resaltar que la norma nacional también realiza una definición de trabajo a distancia en su artículo 6, el cual entiende como: "El trabajo a distancia es una forma de organización del trabajo en la que el trabajador desempeña su labor alternando la presencia física en la entidad, su domicilio u otras unidades, en cuyo caso el intercambio de información necesaria para el trabajo, depende de la comunicación directa con el jefe, los compañeros de trabajo y otros usuarios y puede prescindirse de las tecnologías de la información y las comunicaciones." *Vid*. Resolución No. 71/2021 del MTSS.

[25] Resolución No. 71/2021 del MTSS.

[26] Para Sanguinetti estos elementos son: el topográfico, el tecnológico y el personal. *Vid*. Sanguineti Raymond, W.: "El teletrabajo como fenómeno social y como noción jurídica", *Revista Jurídica del Trabajo*, vol. 2, núm. 4, pp. 195-196.

entre operaciones, las máquinas y las personas a las que se atribuyen[27]. De ahí que reconozcamos la finalidad pragmática del teletrabajo para el mantenimiento de la actividad del empleador.

Que el teletrabajo se entienda como una forma de organización del empleo supone que se realice un cambio en la forma de realizar el trabajo, distinta a la que tradicionalmente se empleó. Significa una forma de descentralización operativa que tribute a una mayor flexibilidad, generando beneficios económicos y sociales tanto para el empleador como el trabajador. Es un mecanismo de adaptabilidad del Derecho del Trabajo a las corrientes modernas que buscan nuevas formas de trabajo mejorando indicadores productivos y de eficiencia. De esta manera se supone que pueden ocurrir modificaciones esenciales o accidentales en la prestación laboral pactada de forma contractual.

Según Sierra Benítez "el teletrabajo tiene que producir un cambio en la organización del trabajo, ya que la utilización de los medios tecnológicos y de telecomunicación debe tener un efecto descentralizador que permita la externalización de aquellas actividades que habitualmente se desarrollan en el interior de la empresa."[28].

Por otra parte, se le atribuye como otro elemento para su conceptualización que la actividad laboral debe realizarse fuera de la sede de la empresa generando la noción de distancia física entre la sede del empleador y el lugar donde se realiza el trabajo. Este particular incorpora una sustitución de la categoría de centro de trabajo por la de lugar de trabajo. Este elemento sostiene alguno de los pilares para una tipología del teletrabajo en aquel que se realice en el domicilio, itinerante o en telecentros o trasnacional[29].

Sobre este punto, a diferencia de las obligaciones contractuales del Derecho Civil, la definición del lugar del trabajo en el Derecho Laboral es esencial, pues de su delimitación se desprende la exigibilidad de deberes para el empleador. "Precisar el ámbito geográfico en que la prestación va a desenvolverse viene a constituir el segundo punto de referencia indispensable para localizar también física y geográficamente dónde y en qué sentidos puede ser ejercitado el poder de dirección"[30].

La definición del lugar del trabajo en Cuba, tal como se mencionó con anterioridad constituye uno de los elementos que deben contener los contratos de trabajo y será de los principales elementos a recopilar en las modificaciones a los mismos al optar por el teletrabajo. No obstante, la reglamentación en particular sobre teletrabajo no menciona la obligación específica de determinar el lugar de trabajo en el contrato de trabajo o suplemento modificativo[31] como uno de sus elementos esenciales. Ello, si bien en la prestación clásica es útil, su omisión no genera mayores contratiempos a partir de la presunción de realización de la actividad en la sede del empleador. Sin embargo, en el teletrabajo adquiere, como se menciona, una importancia peculiar, a partir de influir en el ejercicio de los poderes jurídicos del empleador, sobre todo en el control y en la exigibilidad por el trabajador de derechos laborales. Incluso colisionan elementos de Derecho Internacional Privado al aclararse las normas

[27] Carabelli, U.: *Organizzazione del lavoro e professionalitá: una riflessione su contratto di lavoro e post-Taylorismo*, Universitá degli Studi di Catania, Facultá di Giurisprudenza, Italia, 2003. p. 41.

[28] Sierra Benítez, E.M.: *El contenido de la prestación laboral en el teletrabajo*, Sevilla, Consejo Económico y Social de Andalucía, 2001. p. 41.

[29] Sobre su clasificación puede verse: Sierra Benítez, E.M. *op. cit.* pp. 50-112; Thibault, J.: *Cuarta mesa de trabajo: El teletrabajo*, 3era Jornada. Acciones e investigaciones sociales, Universidad de Zaragoza, España, pp. 212-214. Estas clasificaciones son mencionadas por las reglamentaciones de: Colombia, Artículo 2 (trabajo autónomo, móvil o suplementario); Paraguay, artículo 7 (de acuerdo al lugar de trabajo, al modo de desempeño y a la forma utilizada) y El Salvador, artículo 4 (de acuerdo al lugar y a la fijación del horario y la jornada laboral).

[30] Román De La Torre, M.D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo,* Valladolid, Ediciones Grapheus, 1992, p. 191.

[31] Los elementos a contener en el contrato o suplemento contractual se establecen en el artículo 10 de la Resolución No. 71/2021 MTSS.

jurídicas aplicables a la relación jurídica laboral o la determinación de la competencia territorial de los órganos judiciales para solucionar los conflictos que puedan suscitarse.

Por ende, sobre la base de la trascendencia del elemento locativo en la relación de empleo se sugiere que este sea un elemento esencial a determinar en la modificación contractual, el cual puede ser negociado entre las partes o definido por la empresa, si no se hace mención alguna a este particular por el trabajador.

Para Rosembaum Carli "(…) el teletrabajo prestado en una relación subordinada, constituye (para algunos autores) una modalidad atípica de contratación del trabajo asalariado, por el hecho de que se ejecuta fuera del establecimiento o centro de producción del empleador. De ese modo, el teletrabajo sintetiza una alteración de paradigma que preponderantemente supone cambiar la oficina tradicional por un espacio en la casa del trabajador como lugar en el que se presta la actividad."[32].

Siguiendo la línea sobre la que se define que la actividad se realice fuera de la empresa debe entenderse, para hablar de teletrabajo, que dicha actividad debe ejecutarse con carácter regular[33]. Es decir, que el lugar de trabajo distante de la sede de la empresa se utilice habitualmente, sin descartar la presencia ocasional del trabajador en la empresa[34]. "Poco importa si se trata de su domicilio u otro espacio elegido por él o pactado, como tampoco que su ejecución se lleve a cabo exclusivamente en ese lugar o alternando períodos de presencia en el centro de trabajo, siempre que la prestación a distancia no sea esporádica o de escaso relieve, sino habitual y preponderante desde el punto de vista cuantitativo."[35].

Esta regularidad no impide la realización del teletrabajo en alternancia. La definición cubana no incluye un concepto tan estricto al permitir la alternación del trabajo fuera del centro y en otro lugar distinto. También determina que puede realizarse a jornada completa o parcial[36], posición semejante en legislaciones de Uruguay, Paraguay, Ecuador, España y Perú.

No se le atribuye alcance a aquellas labores de escasa entidad, importancia o trascendencia que se realicen de forma esporádica u ocasional fuera de la empresa. Se necesita que dichas labores transformen la manera de realizar la prestación de forma suficiente como para cambiar formalmente el lugar de trabajo del trabajador. Estos particulares serán resultados de los mecanismos de participación y negociación entre el empleador y el trabajador con el objetivo de establecer las pautas esenciales de la nueva forma de ejecución de la prestación laboral.

Por último, otro de los elementos para individualizar el teletrabajo lo constituyen el uso de los medios de la informática y las telecomunicaciones[37]. Para ello, es importante sostener que, para hablar de esta forma de organización, las comunicaciones entre el empleador y el trabajador deben depender de las tecnologías de la información. Los medios tecnológicos se convierten en útiles para el desempeño de la actividad. No puede hablarse de teletrabajo cuando las tecnologías de la informática se utilizan de forma secundaria o residual.

---

[32] Rosembaum Carli, F.: "El teletrabajo dependiente: cuestiones centrales en torno a su regulación", *Revista Jurídica del Trabajo*, núm. 2, Montevideo, 2020, p. 288.

[33] Esta regularidad está presente en determinadas definiciones normativas como las del Acuerdo Marco europeo.

[34] Así lo define el reglamento nacional al definir el teletrabajo en el artículo 7, cuando expresa: "sin que se excluyan encuentros presenciales en la empresa.".

[35] Sanguineti Raymond, W.: "El teletrabajo como fenómeno social y como noción jurídica.", *Revista Jurídica del Trabajo*, vol. 2, núm. 4, Montevideo, 2021, p. 195.

[36] Artículo 5. Resolución No. 71/2021 MTSS.

[37] Los ordenamientos jurídicos de Paraguay, Uruguay, Argentina, España, Colombia, Perú, El Salvador e Italia entienden a este elemento como rasgo caracterizador del teletrabajo.

La norma nacional hace referencia al uso preponderante, pero no total de los medios tecnológicos de comunicación[38]. De este elemento han de precisarse dos elementos, el primero será que entender por tecnologías de la informática y las comunicaciones y segundo, que entender por preponderante.

Sobre el primer punto, la propia definición de la normativa nacional especifica que estos medios tecnológicos serán el "uso del correo electrónico, redes sociales, mensajería instantánea y otros mecanismos de comunicación que garantiza el empleador."[39] Si bien la norma nacional intentó determinar aquellos elementos que permiten la realización del trabajo a través del uso de estos medios sigue quedando incierto su individualización al precisar que podrán ser otros medios que garantice el empleador. Por ello, en busca de la coherencia de la ordenación nacional el Decreto Ley No. 370/2019 sobre la Informatización de la sociedad cubana precisó en su artículo 3 que entender por dichos medios; a saber, "Se denominan Tecnologías de la Información y la Comunicación, en lo adelante TIC, al conjunto de recursos, herramientas, equipos, programas y aplicaciones informáticas, redes y medios, que permiten la compilación, procesamiento, almacenamiento, transmisión y recepción de información en cualquier formato: voz, datos, texto, video e imágenes."[40].

Oportuno es mencionar que la utilidad de la comunicación vía internet a través de las redes sociales o el correo electrónico no puede negarse para prácticamente ningún tipo de empleo, pero ello no significa que todas las prestaciones se realicen mediante teletrabajo. Para una configuración efectiva del teletrabajo como forma de organización es válida la preponderancia de la utilización de los medios de la informática y las comunicaciones. Estos adquieren un rol protagónico en el desempeño de las laborales y su uso repercute en la realización plena de las laborales.

Para Thibault[41] existe teletrabajo cuando "hay un uso intensivo de las técnicas de la informática y las comunicaciones"; y explica también que "la distancia no debe salvarse necesariamente por medio de las telecomunicaciones, sino que también es teletrabajo la actividad que se realiza mediante herramientas informáticas, aun y cuando el soporte magnético en que se contienen las especificaciones del trabajo o el resultado del mismo se reciba o envíe por trasporte convencional, correo o mensajería.".

Sobre ellos algunos ordenamientos han optado por la definición del tiempo que se necesita para configurarse el teletrabajo en relación con el uso de los medios tecnológicos. Al respecto señala Castillo Reynoso[42], con quien se comparte su opinión manifiesta que: "(…) señalar un porcentaje puede presentar el inconveniente práctico de poderlo medir con tal precisión; así mismo, la exclusión de lo ocasional o esporádico del trabajo no siempre aparece con claridad en los centros de trabajo, sobre todo en circunstancias como las que se viene presentando a partir de la pandemia en el 2020 en donde lo que parecía en un inicio como una situación temporal se ha convertido un parte de la nueva

[38] Es este el elemento fundamental que, tras la lectura de la reglamentación nacional, permite diferenciar el teletrabajo del trabajo a distancia, al conceptualizar para el segundo, que puede prescindirse de los medios tecnológicos de comunicación.

[39] Artículo 7, Resolución No. 71/2021 MTSS. Asimismo, este elemento ha sido conceptualizado por legislaciones de México, para quien los medios tecnológicos serán: "el conjunto de servicios, infraestructura, redes, software, aplicaciones informáticas y dispositivos que tienen como propósito facilitar las tareas y funciones en los centros de trabajo, así como las que se necesitan para la gestión y transformación de la información, en particular los componentes tecnológicos que permiten crear, modificar, almacenar, proteger y recuperar esa información". *Vid* en: Decreto por el que se reforma el artículo 311 y se adiciona el capítulo XII Bis de la Ley Federal del Trabajo, en materia de Teletrabajo, en DOF, 11 enero 2021.

[40] Decreto Ley No. 370 de 17 de diciembre de 2018 "Sobre la Informatización de la sociedad en Cuba" en *Gaceta Oficial Ordinaria* No. 45 de 4 de julio de 2021.

[41] Thibault, J.: *op. cit.* p. 211.

[42] Castillo Reynoso, C.: "La nueva regulación del teletrabajo en México", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 9, núm. 3, julio-septiembre de 2021, p. 287.

normalidad en muchos centros de trabajo". De esta manera será necesario la convergencia de todos los elementos antes mencionados teniendo en cuenta las individualidades teóricas que pueden generarse para la determinación de una relación laboral en teletrabajo.

En resumen, el teletrabajo será considerado una forma de organización del empleo que se realiza en un lugar de trabajo distante de la sede de la empresa y previamente pactado entre las partes, donde se utilice de forma preponderante e imprescindible los medios de la informática y las comunicaciones para el desempeño de la actividad de trabajo. De esta manera, si bien se considera oportuna la definición instrumentada en la norma nacional se hace necesarias las precisiones apuntadas en pos de evitar confusiones terminológicas con otras formas de organización.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El teletrabajo como forma de organización se aplica en aquellas relaciones de trabajo donde existe trabajo subordinado. Así lo establece la reglamentación nacional en el artículo 2.1, al determinar que el destino de la norma será para aquellos trabajadores que laboran bajo un régimen de subordinación. Ello responde a que las particularidades que han llevado a los legisladores a la regulación de este fenómeno se han dado para la protección de determinados derechos en el trabajo que entran en conflicto en una relación de subordinación frente a los deberes y poderes jurídicos del empleador.

La relación laboral entre el empleador y teletrabajador ocurre en un ámbito de subordinación del segundo con respecto al primero, que no busca romper la causa del contrato de trabajo, sino modificar la forma de realizarla. Por tanto, no ocurre una circunstancia de novación de la relación jurídica de trabajo por otra de naturaleza mercantil o civil; pues en caso de ocurrir sería una extralimitación de los poderes del empleador. Por ello, la necesidad de la determinación de las condiciones por las cuales se modificará la prestación laboral es una vía para evitar la flexibilización de la relación de empleo que perjudique los derechos en el trabajo.

La subordinación no desaparece necesariamente en el teletrabajo, ya que la organización y el control de la prestación del trabajador pueden tener lugar con igual o mayor eficacia mediante el empleo de las propias herramientas tecnológicas"[43]. En consecuencia, el teletrabajo genera una nueva forma de subordinación que puede identificarse en espacios como: la dependencia tecnológica, la inserción en el sistema informático de la empresa, la presencia de fórmulas de conexión interactivas, la continuidad del vínculo y la genericidad de su objeto, la conexión funcional de la prestación con la actividad ordinaria de la empresa y la cobertura de los costes del trabajo por el acreedor.

Castillo[44], al analizar la normativa mexicana de teletrabajo expresa, al referirse a la subordinación que, "(…) fue un concepto determinante y funcional para distinguir una relación laboral de otro tipo de relaciones y que permitiría construir buena parte del Derecho del trabajo a lo largo del siglo XX; sin embargo, la diversidad de nuevas maneras en que se presta el trabajo en los últimos años, trajo consigo también nuevas maneras en que se presenta la subordinación en el mundo del trabajo, frente a las cuales el Derecho del trabajo ha tenido dificultades para regularlas, pero el cual poco a poco ha venido incluyendo en sus conceptos, ideas y matices para ir adaptando aquella subordinación a las nuevas realidades; y este es precisamente el caso, con motivo del teletrabajo en donde el legislador mexicano señaló que el contrato deberá indicar los mecanismos de contacto y

[43] Sanguineti Raymond, W.: "El teletrabajo como fenómeno social y como noción jurídica", *Revista Jurídica del Trabajo*, vol. 2, núm. 4, Montevideo, 2021, p. 197.

[44] Castillo Reynoso, C.: *op. cit.*, p. 289.

supervisión entre las partes, es decir, la manera como se presentará aquella subordinación distintiva de las relaciones laborales.".

Por tanto, sobre el base del reconocimiento del ejercicio del teletrabajo en una relación subordinada ha de precisarse las formas de expresión de dicha subordinación desde la óptica del ejercicio de los poderes jurídicos del empleador, sobre todo el poder de dirección y el poder de control. Más allá de las legislaciones que han precisado el ámbito de aplicación de las normas de teletrabajo a la relación subordinada, existen otros que lo han expresado desde las definiciones del fenómeno. Tal es el caso de México que utiliza la expresión de "contacto y mando", para hacer mención a la utilidad de los medios de telecomunicaciones. También, Uruguay y Perú al sentar la particularidad de "un sistema de control y supervisión".

La relación de la prestación fuera de la sede física del empleador presupone una modulación adecuada del ejercicio del poder de dirección sobre la base de evitar extralimitaciones entre el plano personal, familiar y laboral. El rediseño del poder de dirección viene acompañado de nuevos mecanismos de organización del trabajo de ahí que posee evidencias más explícitas en el inicio de las orientaciones, objetivos, planes o tareas encomendadas y en la verificación y control final de su cumplimiento. Desaparecen las obligaciones estrictas relacionadas con la asistencia y la puntualidad al centro de trabajo; no así el resto de los deberes comunes, según oportunamente aclara la propia norma nacional[45]. Por ello, son importante la delimitación específica de las funciones de trabajo, aspecto sobre el que se precisaran algunas ideas más adelante.

"La relevancia tradicionalmente atribuida al sometimiento del trabajador a las directrices y al control del empresario, "puede atribuirse ahora al análisis del programa que determina, encauza y controla la prestación de trabajo. La atenuación de la presencia del empresario en el seguimiento de la prestación queda compensada por su papel más significativo en la determinación del modo con el que el trabajador se integra en la empresa tecnológicamente innovada"[46].

Sin embargo, esta nueva modulación del poder de dirección, al que muchos empleadores han estado renuentes, ha generado la aparición de nuevos mecanismos de control a través de los medios digitales, aparejando no pocos conflictos con derechos laborales y derechos fundamentales. Lo cierto es que la aparición del teletrabajo, ha comenzado a generar un desplazamiento del clásico concepto de subordinación del Derecho del Trabajo. Adquiere un rol importante el acuerdo entre las partes, la definición de funciones y responsabilidades. Ello significa, el reacondicionamiento de la autonomía contractual, de todos los sujetos involucrados estando llamados a una prueba de responsabilidad. Porque solo a través de una equilibrada negociación de los intereses que cada una de las partes ponga en juego, irá tomando forma la revolución organizacional que el teletrabajo significa[47].

Otro elemento a destacar en cuanto al ámbito de aplicación de la norma será la delimitación del empleador. Algunos ordenamientos debaten sobre la aplicabilidad del teletrabajo en las Administración Públicas; sobre la base de rol negociador de las condiciones de trabajo, frente a la función pública que desempeñan. Sin embargo, el protagonismo de la negociación de las condiciones de trabajo no significa necesariamente la flexibilización del contenido de trabajo. El teletrabajo parte de un modo de organización que busca realizarse a través de la utilización de los medios tecnológicos, pero solo en aquellas actividades que lo permita la naturaleza de la prestación a desempeñar. Un cambio del objeto de la prestación laboral modifica uno de los elementos esenciales de la relación jurídica y puede

[45] Artículo 4, Resolución 71/2021 MTSS

[46] Sanguineti Raymond, W.: *op. cit.*, p. 131.

[47] Rojas Valentino, I.A.: "Una aproximación al smart working en Italia", *Revista Derecho & Sociedad*, núm. 53, Perú, 2019, p. 259.

suponer la ruptura de la actividad del empleador. No es necesario, cuando se habla de teletrabajo en la Administración Pública, confundir el rol que posee el ente público como estructura del Estado para la satisfacción de un interés colectivo, con el que le asiste como empleador de una relación de empleo público. Esta aunque sea de naturaleza funcionarial o laboral, incluye el reconocimiento a los funcionarios o trabajadores de determinados derechos en el trabajo.

Incorporando el debate al contexto nacional la reglamentación utiliza la denominación de "entidad"[48] en coherencia con el precepto 10 del Código de Trabajo. Dicha terminología no excluye a las empresas públicas, privadas o Administraciones Públicas, sino que engloba a todos los actores económicos que confluyen en el contexto nacional. Por ello, puede concluirse que no existe veto en la ordenación patria para la exclusión de esta forma de organización de alguna forma jurídica que posea la capacidad jurídica para concertar obligaciones en el marco de una relación de trabajo. Aclaración oportuna que, dicha forma puede ser adoptada por aquellos trabajadores por cuenta propia, a los cuales actualmente la norma les reconoce la contratación de fuerza de trabajo de hasta 3 trabajadores y los cuales también vienen obligado a la concertación adecuada de la relación jurídica de trabajo[49].

4. LAS FORMALIDADES EN EL TELETRABAJO

En el discurso teórico que se viene presentando se ha mencionado la relación directa del teletrabajo como circunstancia de modificación de la relación jurídica de trabajo. También, como nueva forma de organización que no extingue la relación jurídica de trabajo, sino que modifica uno de sus elementos fundamentales: el lugar de trabajo. Apareja la creación de nuevos derechos y obligaciones que le permiten al empleador controlar el efectivo cumplimiento de la prestación laboral y, al trabajador, disfrutar de condiciones dignas que sustenten la realización de la actividad sin renunciar a sus derechos laborales. Estas nuevas condiciones se plantean que son parte del acuerdo de voluntades del empleador y trabajador y como pacto han de quedar dispuestas en un contrato de trabajo o en un suplemento contractual al instrumento principal.

La norma nacional establece en su artículo 9 y siguientes, de manera preceptiva la redacción de un contrato de trabajo o de un suplemento, según convenga[50]. De igual manera, dispone cuáles serán los principales aspectos que dicho instrumento ha de contener[51]. Varias de las cláusulas que preceptivamente configuran el articulado son expresión de las nuevas formas de ejercicio y acreditación de la subordinación como elemento de la relación de trabajo. La delimitación de los objetivos de trabajo y la organización de la prestación, el control de la calidad y cantidad del trabajo y las vías de entrega de la información y de los resultados de trabajo, son ejemplo de ello.

Desde líneas anteriores se han resumido las nuevas formas de expresión que adquieren los poderes jurídicos del empleador, en especial el de dirección y control, los cuales han de adoptar nuevas modulaciones que deben encontrar asiento en estas cláusulas del contrato de teletrabajo. Esto no supone una mera formalidad ni una traba al ejercicio del teletrabajo, sino define y delimita el ámbito funcional en que ha de desenvolverse el teletrabajador. Este ámbito funcional será el soporte para la exigibilidad de cumplimiento por parte del empleador mediante los mecanismos de control. Además, constituye el elemento causal para la exigibilidad de responsabilidad disciplinaria cuando se vulnera el orden conductual y la disciplina de la empresa, que también tiene reflejo en las funciones de trabajo del trabajador.

[48] Artículo 2.1 Resolución No. 71/2021 MTSS.

[49] Artículo 7.1. Decreto Ley No. 44 de 6 de agosto de 2021, "Sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia", en *Gaceta Oficial Ordinaria* No. 94, de 19 de agosto de 2021.

[50] La misma dinámica es seguida por las normas jurídicas de El Salvador (Artículo 7); Uruguay (Artículo 5); Perú (Artículo 7)

[51] Artículo 10. Resolución No. 71/2021 MTSS.

En cuanto al contenido obligaciones debe hacerse referencia en el contrato o suplemento a la jornada de trabajo y el tiempo de descanso, cuestiones con las cuales, si bien el teletrabajo, permite una mejor conciliación entre la vida familiar y laboral, no puede significar la exigencia de obligaciones de trabajo fuera de los límites de la jornada de trabajo que por derecho posee los trabajadores[52].

Igual ocurre con el pago de las remuneraciones, donde los teletrabajadores deben poseer el mismo salario y remuneraciones por su trabajo que aquellos que trabajan de manera presencial en la empresa, salvando las diferencias entre tiempo, calidad y salario.

Asimismo, se establecen otros parámetros relaciones directamente a la nueva forma de organización de las laborales. Ejemplo de esto pueden ser, la planificación de los objetivos del trabajo, las vías y frecuencias de recepción de la información solicitada y las formas de control de los resultados del trabajo.

Asimismo, dicho pacto contractual ha de regular lo relativo a las herramientas tecnológicas que utilizara el teletrabajador, pues si bien estas pueden ser entregadas por el empleador, también puede ser de propiedad personal del laborante. Para el primero de los casos, es necesario definir la calidad del uso en que se entregan esos bienes y sus características especiales como vía para la exigibilidad posterior de responsabilidad material en caso de daño de los equipos entregados. En el segundo supuesto, es útil, tal como obliga la norma nacional, a crear mecanismos por el empleador para facilitar el arreglo de los equipos cuando estos se afectan por el uso intensivo para la realización de la labor[53]. También, la delimitación de otros gastos en que ha de incurrir el trabajador, por ejemplo, por concepto de electricidad. Ello se sustenta en que no puede ser una carga para el trabajador las obligaciones económicas asociadas al uso para desarrollar la labor encomendada.

Otros de los elementos formales del teletrabajo se asocian a su regulación en los instrumentos de negociación colectiva como los Convenios Colectivos de Trabajo[54]. Los Convenios Colectivos de Trabajo son los instrumentos que, a través de la negociación colectiva, establecen las principales cláusulas que se acuerdan entre el sindicato y el empleador para el desarrollo de la prestación de trabajo. Evidentemente, el ejercicio del trabajo en esta nueva modalidad de organización debe ser recogida en dicho instrumento contractual. Así lo define el artículo 3 de la reglamentación cubana.

En dichos cuerpos normativos deben delimitarse los puestos de trabajo en los cuales pueden adoptarse las formas de teletrabajo, las circunstancias por las cuales puede accederse y terminarse el ejercicio de la prestación en esta modalidad. Además, las principales obligaciones para cada una de las partes en dependencia des actividades que desarrollen los trabajadores, agregando el asunto de los gastos en que puede incurrir ambas partes[55].

[52] Así lo deja claro el inciso g) del artículo 10, al establecer que se fijaran los términos para la entrega del resultado del trabajo, de manera que las tareas planificadas no obstaculicen el tiempo de descanso del trabajador. Resolución No. 71/2021 MTSS.

[53] Artículo 12.2 de la Resolución No. 71/2021 MTSS, el cual establece: "Si los dispositivos y medios informáticos a utilizar son propiedad del trabajador, el empleador garantiza su mantenimiento y la conectividad necesaria que permita desarrollar el trabajo.".

[54] El Convenio Colectivo de trabajo se define en le legislación nacional como el instrumento a través del cual una parte la organización sindical, y de la otra el empleador, acuerdan lo concerniente a las condiciones de trabajo y la mejor aplicación y exigencia de los derechos y obligaciones recíprocos que rigen las relaciones d trabajo y el proceso de trabajo en la entidad. Artículo 181, Ley 116/2013 Código de Trabajo.

[55] El Manual de Buenas Prácticas en Teletrabajo emitido por la Organización Internacional del Trabajo en su regla 6.9.7 define algunos de los temas que deben ser incluidos en dichas normas colectivas. Estas son: Voluntariedad y reversibilidad, Remuneración, Compensación adicional, Jornada de trabajo, Formación y capacitación, Evaluación y desarrollo profesional, Derecho de información, Comunicación, Instalaciones y equipamiento. *Vid*. Organización

Castillo Reynoso[56], sobre la utilidad de su regulación en los instrumentos colectivos refiere que ello "(…) pone al teletrabajo como un posible tema de coincidencia, pero también de debate entre el patrón y los sindicatos, lo cual podría ayudar a partir de la negociación colectiva, en la depuración y perfeccionamiento de marco jurídico e implementación del teletrabajo, también podría convertirse en diversos reclamos del sindicato relacionados con derechos existentes o futuros asociados a esta modalidad.".

Si bien, la norma nacional no hace una enunciación específica del contenido que puede establecerse en dichos convenios, si se indica en la norma particular del teletrabajo que dicho tema sea llevado a mencionado instrumento. En consecuencia, pactarlo contraviniendo los derechos y deberes que se reconocen en esta norma serán causa para la declaración de nulidad de las cláusulas contrarias a derecho[57].

5. LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE INFORMAN EL TELETRABAJO

Las distintas normas de teletrabajo de la región han configurados en sus reglamentaciones jurídicos determinados principios que operan frente a una relación jurídica en teletrabajo. Los más trascedentes a los fines particulares de este modo de ejercicio de la prestación laboral son: voluntariedad[58], reversibilidad[59] e igualdad y no discriminación[60]. Estos no han sido regulados íntegramente en las normas jurídicas objeto de comparación, como tampoco han sido asumidos por la reglamentación nacional.

5.1. Voluntariedad

La voluntariedad es un principio inherente a la relación jurídica de trabajo y consecuente con el ejercicio del derecho al trabajo de titularidad de las personas[61]. Asimismo, el tema del consentimiento[62] se configura en el plano nacional como elemento imprescindible ante los supuestos de modificaciones objetivas de la prestación laboral, donde existe una mutación de los elementos esenciales del contrato de trabajo, en este caso el lugar de trabajo. La manifestación libre y consiente de la voluntad del trabajador o del empleador para cambiar dichos elementos esenciales es un requisito que le otorga licitud al acto jurídico. Como expresan Saad *et alias*, estos cambios en la forma de desarrollar la prestación son expresión del *ius variandi* del empleador, que si bien es fruto de su poder de dirección, posee límites en el ejercicio de los derechos de los trabajadores. "La novación de tipo de prestación

Internacional del Trabajo. *Manual de buenas prácticas en teletrabajo*, 1ra. ed. Oficina Internacional del Trabajo, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Unión Industrial, Argentina, 2011.

[56] Castillo Reynoso, C.: *op. cit*., p. 291.

[57] Artículo 182. Ley 116/2013 Código de Trabajo.

[58] La voluntariedad ha sido definida por: Uruguay (Artículo 3 inciso a); El Salvador (Artículo 6); Paraguay (Artículo 8, inciso a); España (Artículo 5.3); Colombia (Artículo 10); Argentina (Artículo 7).

[59] La reversibilidad ha sido definida por: Uruguay (Artículo 3 inciso b); El Salvador (Artículo 10); Perú (Artículo 7); Paraguay (Artículo 8, inciso c); Ecuador (Artículo 9); España (Artículo 5.1); Colombia (Artículo 10); Argentina (Artículo 8).

[60] La igualdad y no discriminación ha sido definida por: Uruguay (Artículo 3 inciso c y d); El Salvador (Artículo 11); Perú (Artículo 4); Paraguay (Artículo 8, inciso a); España (Artículo 4); Colombia (Artículo 6).

[61] "(…) En fin, es derecho al trabajo -o a trabajar-, la prerrogativa que tienen los sujetos con personalidad jurídica226 para realizar una labor, -en condiciones dignas- con el fin de satisfacer sus necesidades; así como la posibilidad de percibir que sus Estados realizan esfuerzos para la promoción de empleos y políticas públicas en aras de su protección y promoción. Significa pues tener acceso a un empleo o a la posibilidad de realizar un trabajo para satisfacer necesidades personales, familiares o sociales.". Batista Torres, J. y Lam Peña, R.: *Los derechos laborales en la era de la Globalización y las nuevas tecnologías*, Bogotá, Editorial Leyer, 2019. p. 72.

[62] Artículo 43. (…) para efectuar el traslado con carácter definitivo se precisa del consentimiento expreso del trabajador que recibe el salario del cargo que pasa a desempeñar, lo cual implica la correspondiente modificación de su contrato de trabajo. Ley 116/2013. Código de Trabajo de la República de Cuba.

de trabajo presencial a teletrabajo debe ser libremente consensuada por trabajador y empleador, caso contrario, el trabajador podría invocar la figura del *ius variandi* y solicitar al empleador lo retorne a su puesto anterior al haberle causado un perjuicio, patrimonial o moral"[63].

Dicho consentimiento puede expresarse de dos maneras distintas. Una cuando el trabajador se encuentra en una presencialidad en la ejecución de su trabajo y debe pasar a la modalidad de teletrabajo, donde entonces el consentimiento se expresa en la concertación de los suplementos a los contratos bases de la prestación de trabajo. El segundo es cuando, en la especificación de la prestación laboral para la cual será contratado un sujeto, se encuentran como características implícitas laborar en la modalidad de teletrabajo, en cuyo caso el consentimiento se expresa al momento de firmar el contrato de trabajo que da inicio a la relación jurídica laboral, no pudiendo emitir consideraciones distintas con posterioridad.

En el caso cubano el precepto 9, inciso b)[64] establece que se suscribe un suplemento al contrato de trabajo inicial para que las modificaciones acordadas por las partes surtan efectos legales, de lo cual es posible interpretar que debe haber una manifestación de voluntad previa de ambas partes que se formaliza en la firma del mencionado suplemento.

Sin embargo, de la manifestación volitiva de las partes se desprende otro principio de suma trascendencia y que no ha corrido igual suerte en su regulación en el plano patrio, el principio de reversibilidad.

5.2. Reversibilidad

La reversibilidad es definida por Caminos[65] como "la facultad mediante la cual una o ambas partes de la relación de trabajo, luego de decidir traspasar hacia la modalidad de teletrabajo, deciden retornar a la modalidad de trabajo empleada previo a este traspaso, en las mismas condiciones y bajo las mismas garantías.".

Es decir, una vez se ha manifestado la voluntad de pasar a teletrabajo alguna de las partes desea volver a su *status* anterior. Este principio sufre hoy entre la doctrina y la legislación diferentes matices. Algunos ordenamientos lo definen como un derecho[66] y o como un principio[67]; otros lo configuran como una decisión unilateral de cualquiera de las partes independientemente[68] o por

[63] Saad, C., Mini, E., Suarez, O. y Loza Serra, I.: "Alcance del derecho de reversión en el teletrabajo dependiente", CIIDDI, 2016, p. 3.

[64] Artículo 9, Resolución No. 71/2021 MTSS.

[65] Caminos, Juan I. *Teletrabajo, reversibilidad y derechos humanos: hacia una conducta empresarial responsable.* Disponible en: www.microjuris.com; consultado el 8 de noviembre de 2021.

[66] Este es el caso de El Salvador (Artículo 10); Perú (Artículo 7); Ecuador (Artículo 9); España (Artículo 5.1); Colombia (Artículo 10); Argentina (Artículo 8).

[67] Este es el caso de Uruguay (Artículo 3 inciso b) y Paraguay (Artículo 8, inciso c).

[68] Ejemplo de normativa que le concede el derecho a una de las partes independientes es Perú que regula para el trabajador y para el empleador de forma diferida:
Artículo 7: *Por razones debidamente sustentadas, el empleador puede variar la modalidad de prestación de los servicios de presencial, a la de teletrabajo. Asimismo, el teletrabajador puede solicitar al empleador la reversión de la prestación de sus servicios de forma presencial a teletrabajo, la cual será evaluada por el empleador, pudiendo denegar dicha solicitud en uso de su facultad directriz.*
Igualmente, Ecuador la define para el empleador:
Artículo 9: *Cuando un trabajador hubiere pasado a modalidad de teletrabajo, podrá volver a prestar sus servicios de forma presencial por pedido del empleador, excepto en los siguientes casos:*
a) Si el contrato de trabajo se hubiese modificado permanentemente por acuerdo entre las partes hacia la modalidad de teletrabajo; y,
b) Si por disposición de autoridad competente no fuera posible el trabajo presencial.

consentimiento mutuo[69]. Incluso, algunos ordenamientos configuran un período de prueba donde el trabajador de forma unilateral puede solicitar volver a la presencialidad, pasado el cual deberá regir el acuerdo mutuo[70].

Este tema hoy ocupa la atención pues ante la desescalada de las medidas restrictivas en diversos países, lo que pensamos llegó para quedarse, está desapareciendo demasiado rápido. Lo cierto es que tras esas decisiones existen efectos jurídicos que afectan a los trabajadores.

Es necesario partir, tal como se explicó anteriormente que la voluntad del empleador, fruto de su poder de dirección posee límites en la protección de los derechos de los trabajadores. Las modificaciones en la prestación laboral, cuando transforma elementos esenciales de la misma necesitan el acuerdo previo, el cual se manifiesta en la firma de los instrumentos contractuales. Por ello, para volver al estado anterior también surge una situación de modificación de un elemento esencial en ese nuevo suplemento, que también circunda sobre el lugar de trabajo. De ahí que se considera y defiende en este ensayo investigativo que ha de exigirse el acuerdo mutuo entre el trabajador y el empleador para finalizar una relación en teletrabajo, más cuando estas decisiones *ipso facto* generan inseguridad jurídica para el trabajador.

Caso distinto sería cuando el trabajador, en el ejercicio del teletrabajo y resquebrajo de sus derechos laborales asociados a las condiciones de trabajo, la remuneración, la seguridad y salud laboral, entre otros, invoca que sea reparada la situación de vulnerabilidad en que se encuentre, aunque exista la negativa del empleador. "La reversibilidad cumple un doble rol garantista de los derechos humanos de la persona trabajadora, uno de corte preventivo en el momento en el cual se muda la relación de teletrabajo sin su libre consentimiento y otro de corte reparatorio ante el acaecimiento de una causal cuya génesis se ubica durante la prestación de tareas teletrabajadas, siendo su fundamento el de impedir la perpetuación de una situación de vulneración y abordar los efectos que se pudieran haber causado[71].

Las normas prácticas de la OIT sobre el tema expresan que su apartado 6.3.2[72] que "Los acuerdos, individuales y colectivos, que refieran al teletrabajo deben garantizar el derecho a volver al puesto de trabajo en un futuro, tanto si lo solicita el teletrabajador como la empresa." Aquí aparece un elemento importante que ocupa un papel trascendente: los Convenios Colectivos de Trabajo. Estas normas colectivas deben aportar a la solución de los conflictos que puedan surgir ante la reversibilidad definiendo las causas y condiciones, incluso definiendo un periodo de prueba donde ambas partes valorar la pertinencia de teletrabajar.

La norma nacional, la sido omisa en la regulación de uno de los temas angulares en la relación de teletrabajo, cuestión que tampoco encuentra asiento en la norma laboral ordinaria, generando un vacío legislativo salvable con la invocación de los principios del Derecho del Trabajo.

---

[69] Entendida como consentimiento mutuo pueden citarse, entre otros a Paraguay:
Artículo 8 c): *La reversibilidad puede implicar una vuelta al trabajo en los locales de la empresa a solicitud del trabajador o del empleador. Las modalidades de esta reversibilidad se establecerán por acuerdo de partes y a falta de ello, serán las establecidas para los trabajadores de la empresa.*

[70] Artículo 10 (El Salvador): **Los trabajadores** que actualmente realicen su trabajo en las instalaciones del empleador, y pasen a la modalidad de teletrabajo tendrán un período de treinta días, a partir del inicio de tal modalidad, **para solicitar su regreso a la modalidad presencial**, y el empleador deberá acceder a lo solicitado. **Luego de ese período cualquier cambio deberá hacerse de común acuerdo con el empleador**.

[71] Caminos, J. I.: *Teletrabajo, reversibilidad y derechos humanos: hacia una conducta empresarial responsable.* Disponible en: www.microjuris.com; consultado el 8 de noviembre de 2021.

[72] OIT.: *op. cit*., p. 18.

Para ello, es necesario partir de la voluntad en la concertación de las condiciones de trabajo que se establecen como contenido de la relación de trabajo, la cual es indispensable para la licitud del acto, so pena de declararse la nulidad de pleno de derecho de un acto viciado. Asimismo, entender que la legitimidad en las facultades empresariales del empleador, en este caso del poder de dirección, poseen frenos en el resguardo de los derechos de los trabajadores, lo cual se incardina con el principio protectorio como fundante de la disciplina jurídica. En consecuencia, es válido invocar sobre la base de la protección del trabajador, el acuerdo mutuo en la decisión de terminar la relación de teletrabajo, pudiendo colocarse excepciones en aquellas decisiones apremiantes para el restablecimiento de los derechos laborales de los teletrabajadores o los intereses del empleador para el desenvolvimiento de su actividad empresarial.

5.3. Igualdad y no discriminación

El principio de igualdad y no discriminación no es un fundamento propio de la relación jurídica en teletrabajo, como tampoco particular del Derecho del Trabajo. La igualdad es un principio general del Derecho, que posee su primer asiento en los textos constitucionales. Así lo dispone la Constitución de la República de Cuba en su artículo 42[73] al disponer la igualdad de trato y el goce de las mismos derechos y oportunidades sin discriminaciones de ninguna índole para todos los ciudadanos. Ello encuentra fundamento en axiomas como la dignidad como valor supremo que sustenta el reconocimiento y ejercicio de todos los derechos.

Traído al plano del Derecho del Trabajo también constituye un fundamento de la disciplina jurídica, sobre la base de colocar a los trabajadores en un plano de igualdad en el disfrute de sus derechos laborales. Así lo reconoce la propia norma constitucional en el precepto 42 al mencionar que se recibe igual salario por igual trabajo sin discriminación alguna. Más adelante el artículo 2, incisos b) y c)[74] del Código de Trabajo vigente también enuncia la igualdad y no discriminación como principio transversal del ordenamiento jurídico laboral, no pudiendo circunscribirse únicamente al ámbito de las remuneraciones.

En consecuencia, imbrica a todos los derechos en el trabajo de que son titulares los trabajadores, sin importar la forma de organización del trabajo en que se encuentren. Ello también, se asienta desde la concepción que se ha venido ofreciendo sobre el teletrabajo, al entenderse, no como una prestación laboral independiente fuera de los elementos caracterizadores de la laboralidad, sino como una modalidad distinta de organizar el trabajo.

[73] Artículo 42 (Constitución de la República, 2019): Todas las personas son iguales ante la ley, reciben la misma protección y trato de las autoridades y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de sexo, género, orientación sexual, identidad de género, edad, origen étnico, color de la piel, creencia religiosa, discapacidad, origen nacional o territorial, o cualquier otra condición o circunstancia personal que implique distinción lesiva a la dignidad humana.
Todas tienen derecho a disfrutar de los mismos espacios públicos y establecimientos de servicios.
Asimismo, reciben igual salario por igual trabajo, sin discriminación alguna.
La violación del principio de igualdad está proscrita y es sancionada por la ley.

[74] Artículo 2 (Ley 116/2021, Código de Trabajo): Los principios fundamentales que rigen el derecho de trabajo son:
(…)
b**) igualdad en el trabajo**; todo ciudadano en condiciones de trabajar tiene derecho a obtener un empleo atendiendo a las exigencias de la economía y a su elección, tanto en el sector estatal como no estatal; sin discriminación por el color de la piel, género, creencias religiosas, orientación sexual, origen territorial, discapacidad y cualquier otra distinción lesiva a la dignidad humana.
c) **igualdad en el salario**; el trabajo se remunera sin discriminación de ningún tipo en correspondencia con los productos y servicios que genera, su calidad y el tiempo real trabajado, donde debe regir el principio de distribución socialista de cada cual según su capacidad a cada cual según su trabajo. El Estado, atendiendo al desarrollo económico-social alcanzado, establece el salario mínimo en el país;
(…)

Es común encontrar la enunciación a igualdad y discriminación unidas en un mismo precepto, toda vez que puede entenderse que, al existir un comportamiento desigual no justificable por condiciones de equidad necesarias para un sujeto dentro de un mismo patrón de igualdad, se genera una discriminación.

Con respecto a la no discriminación la OIT en su Convenio No. 118 expresa que "(…) la discriminación implica cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación". Asimismo, continúa diciendo que "será también cualquier otra distinción exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación.".

Su reconocimiento expreso ha sido traspolado a las normativas especiales promulgadas para el teletrabajo. Este es el caso de Uruguay, en el artículo 3, incisos c) y d); El Salvador, en el artículo 11; Perú, artículo 4; Paraguay, en el artículo 8, inciso a); España, artículo 4 y Colombia en el artículo 6; siendo solamente Uruguay el país donde el legislador separo ambos principios. En todos los casos se enuncia la igualdad de derechos laborales entre los trabajadores que laboran en la sede de la empresa y los que lo hacen fuera de la misma.

Ello es un elemento importante, pues a pesar de organizarse la prestación de forma diferente, los trabajadores cumplen las mismas funciones de trabajo y poseen, en su puesto o cargo, las mismas responsabilidades y complejidades, transformándose la forma de desempeñar la función, pero no su contenido. Dicha concepción también encuentra un mecanismo de resguardo en la progresividad[75] e irrenunciabilidad de los derechos laborales, y el rol que desempeña el consentimiento al momento de la mutación de la prestación de trabajo.

Prudente es apuntar a que, como expresa Podetti[76], la igualdad no significa una igualad mecánica, sino evitar tratos desiguales frente a un mismo denominador. Otorgar remuneraciones diferentes, privar a los teletrabajadores de iguales condiciones de seguridad y salud en el trabajo, de derechos colectivos o de ser beneficiarios con normas internas del empleador, son expresiones de desigualdad y discriminación que condicionan la nulidad de lo dispuesto por atentarse contra el derecho fundamental a la no discriminación.

Cuba preceptuó de forma tácita la igualdad entre trabajadores y teletrabajadores en su artículo 4[77], entendiéndose atinadamente, no enmarcado en el derecho al salario, sino en todos los derechos laborales de que pueden ser titulares. Así, existe, más allá de los postulados generales sobre igualad y no discriminación, una regulación expresa en el ámbito del teletrabajo.

---

[75] Orsini expresa sobre la progresividad que "este principio intenta reducir progresivamente el estado de desposesión en el que se encuentran los trabajadores en el orden socioeconómico, imponiendo en favor de ellos el aumento sostenido y unidireccional de los niveles de tutela jurídica existentes. Asimismo, y como insoslayable contrapartida, veda toda posibilidad de reducción regresiva de las conquistas sociales normativamente alcanzadas, estableciendo un vallado inexpugnable a cualquier pretensión de retrogradar -por vía legislativa y aún interpretativa- los derechos de los trabajadores. Orsini, J. I.: "Los principios del Derecho del Trabajo", *Revista Anales*, año 7, núm. 10, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de la Plata, Argentina, 2010, p. 500.

[76] Podetti, H.: "Los principios del Derecho del Trabajo", en De Buen, N. (Coord.) *et al*: *Instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, p. 148.

[77] Artículo 4. Resolución No. 71/2021 MTSS: Los trabajadores sujetos de este Reglamento reciben igual retribución por el trabajo realizado, según la forma y sistema de pago que tengan aplicado y tienen los mismos derechos que los que laboran con presencia física en la entidad, salvo aquellos que son inherentes al trabajo presencial relacionados con la puntualidad, la asistencia al trabajo y la realización de trabajo extraordinario.

6. CONCLUSIONES

El teletrabajo, si bien fue un fenómeno originario de la segunda mitad del siglo XX, su desarrollo práctico y teórico es resultado del siglo XXI. Las nuevas tecnologías, la conectividad y la globalización generan nuevas formas de empleos, nuevos métodos de trabajo y variantes de organización del trabajo, todo ello bajo el umbral de la economía 4.0.

Importante, han de considerarse entonces, las regulaciones que en diversas latitudes han surgido para el teletrabajo, que no distan en los elementos comunes que permiten su configuración.

Sin embargo, también genera interrogantes importantes en las que se necesitan sentar pautas interpretativas sobre su implementación. Por ello, valen comprender sus características como forma de organización del trabajo, las formalidades que la rodean y los principios jurídicos fundamentales que informan su normación, en pos de lograr una protección más efectiva de los derechos laborales.

Las conquistas sociales de la clase trabajadora no pueden retroceder a espacios diferentes a los ya ganados. Son momentos de análisis de los nuevos fenómenos que surgen y los que pueden surgir, siempre desde la óptica del reconocimiento de los derechos laborales, y no desde una desregulación o flexibilización del Derecho del Trabajo.

Es el teletrabajo un mecanismo útil y dinámico donde los trabajadores desempeñan una prestación de trabajo que debe ser protegida. Necesita y se defiende su reconocimiento especial, pero no como una norma más, sino para sentar aspectos que se sobresalen de los contornos habituales.

La normativa cubana, si bien posee aciertos, también dejo fuera elementos cruciales que son esenciales en el teletrabajo y para el cual será necesaria una integración de las instituciones y categorías del Derecho del Trabajo, un examen de los derechos laborales desde su interdependencia como derechos fundamentales y una interpretación de los tribunales sociales desde la centralidad y protección del trabajador.

7. BIBLIOGRAFÍA

Batista Torres, J. y Lam Peña, R.: *Los derechos laborales en la era de la Globalización y las nuevas tecnologías*, Bogotá, Editorial Leyer, 2019.

Caminos, J. I.: *Teletrabajo, reversibilidad y derechos humanos: hacia una conducta empresarial responsable.* Disponible en: www.microjuris.com; consultado el 8 de noviembre de 2021.

Carabelli, U.: *Organizzazione del lavoro e professionalitá: una riflessione su contratto di lavoro e post-Taylorismo*, Universitá degli Studi di Catania, Facultá di Giurisprudenza, Italia, 2003.

Castillo Reynoso, C. "La nueva regulación del teletrabajo en México", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 9, núm. 3, julio-septiembre de 2021.

Hormigos Ruiz, J.: "Nuevas formas de trabajo en la sociedad del conocimiento: el teletrabajo", *Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 5, España, 2002.

Lam Peña, R.: "Derechos laborales y COVID-19. La experiencia de Cuba", *Revista Estudios de Derecho Social: Cuba y América Latina (FLACSO)*, vol. 9, núm. 1. enero-abril, La Habana, 2021.

Lam Peña, R.: "Trabajo decente, teletrabajo y precariedad laboral: los efectos de una pandemia", *Revista Jurídica del Trabajo*, vol. 2, núm. 4, 2021.

Maurizio, R. *Desafíos y oportunidades del Teletrabajo en América Latina y el Caribe. Serie Panorama Laboral de América Latina y el Caribe*, Publicaciones OIT, 2021.

Nilles, J.: *The telecommunications-transportation tradeoff, Options for tomorrow and today,* California, Jala Internacional, 1973.

Organización Internacional del Trabajo.: "*Resolución relativa a un llamamiento mundial a la acción para una recuperación centrada en las personas que sea inclusiva, sostenible y resiliente*", Conferencia Internacional del Trabajo Nro. 109, 2021.

Organización Internacional del Trabajo. *Manual de buenas prácticas en teletrabajo*, 1ra. ed. Oficina Internacional del Trabajo, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Unión Industrial, Argentina, 2011.

Orsini, J. I.: "Los principios del Derecho del Trabajo", *Revista Anales*, año 7, núm. 10, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de la Plata, Argentina, 2010.

Podetti, H.: "Los principios del Derecho del Trabajo", en De Buen, N. (Coord.) *et al*: *Instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.

Rojas Valentino, I.A.: "Una aproximación al smart working en Italia", *Revista Derecho & Sociedad*, núm. 53, Perú, 2019.

Rojas Piedrahita, M. y Esquivel Cabezas, L.: "Aproximaciones sobre el Trabajo en Cuba en tiempos de COVID-19".

Román De La Torre, M. D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo,* Valladolid, Ediciones Grapheus, 1992.

Rosembaum Carli, F.: "El teletrabajo dependiente: cuestiones centrales en torno a su regulación", *Revista Jurídica del Trabajo*, núm. 2, Montevideo, 2020.

Saad, C., Mini, E., Suarez, O. y Loza Serra, I.: "Alcance del derecho de reversión en el teletrabajo dependiente", CIIDDI, 2016.

Sanguineti Raymond, W.: "Informe Teletrabajo y Globalización: en busca de Respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo", *El blog de Wilfredo Sanguineti*. [Consulta: 30 de abril, 2017]. Disponible en https://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2009/08/teletrabajo-y-globalizacion-final-informe.pdf

Sanguineti Raymond, W.: "El teletrabajo como fenómeno social y como noción jurídica", *Revista Jurídica del Trabajo*, vol. 2, núm. 4, Montevideo, 2021.

Sierra Benítez, E. M.: *El contenido de la prestación laboral en el teletrabajo*, Sevilla Consejo Económico y Social de Andalucía, 2001.

Thibault, J.: *Cuarta mesa de trabajo: El teletrabajo*, 3era Jornada. Acciones e investigaciones sociales, Universidad de Zaragoza, España.

Ushakova, T.: "El Derecho de la OIT para el trabajo a distancia: ¿una regulación superada o todavía aplicable?", *Revista Internacional y Comparada*. Disponible en: http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Bronzini21-USHAAKOVA-332-686-1-PB.pdf

8. LEGISLACIÓN

Constitución de la República de Cuba de 2019, en *Gaceta Oficial Extraordinaria* No. 5 de 10 de abril de 2019.

Ley No. 116 de 20 de diciembre de 2013 "Código de Trabajo de la República de Cuba", en *Gaceta Oficial Extraordinaria* No. 29 de 17 de junio de 2014.

Decreto Ley No. 370 de 17 de diciembre de 2018 "Sobre la Informatización de la sociedad en Cuba" en *Gaceta Oficial Ordinaria* No. 45 de 4 de julio de 2021.

Decreto Ley No. 44 de 6 de agosto de 2021, "Sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia", en *Gaceta Oficial Ordinaria* No. 94, de 19 de agosto de 2021.

Resolución No. 71 de 12 de agosto de 2021. "Reglamento para el teletrabajo y el trabajo a distancia", en *Gaceta Oficial Extraordinaria* No. 72 de 18 de agosto de 2021

Economía, Sociología e Historia de las Relaciones de Trabajo y del Estado Social

Laborum

nº 4 (3er Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

La garantía de los derechos sociales en la Carta Social Europea como 'Constitución Social' de la Europa amplia

The guarantee of social rights in the European Social Charter as the 'Social Constitution' of the wider Europe

José Luis Monereo Pérez *Catedrático de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Director de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum
Director de la Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social
https://orcid.org/0000-0002-0230-6615

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L. "La garantía de los derechos sociales en la Carta Social Europea como 'Constitución Social' de la Europa amplia". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. núm. 4 (2022): 215-326.

Resumen

España estuvo en las condiciones democráticas exigidas para ratificar la "primera" -y ya gran versión- de la Carta Social Europea de 1961 en el año 1980, cuando previamente fue aprobada la Constitución Española de 1978. Desde entonces su influencia en legislación española sobre garantía efectiva de los derechos sociales fundamentales ha sido extraordinaria [como desde antes lo ha venido sido en todos los Estados miembros de la Europa amplia], tanto respecto a la producción legislativa como en la interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales (atendiendo a los artículos 94 a 96 y 10.2 de la Constitución), aunque se podría objetar que, hasta ahora, no se ha sacado el máximo partido que era posible esperar. Un salto cualitativo en la coyuntura histórica actual se opera en nuestro país con el Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (Revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996. Se incorporan nuevos derechos de contenido social y se establece en el mismo Instrumento de Ratificación que: - «En relación a la parte IV, artículo D, párrafo 2, de la Carta Social Europea (revisada), España declara que acepta la supervisión de sus obligaciones contraídas en la Carta según lo que establece el procedimiento recogido en el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea que desarrolla un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo, el 9 de noviembre de 1995.». La Carta Social Europea es la verdadera "constitución social de la Europa amplia"

Abstract

Spain was in the democratic conditions required to ratify the "first" -and already great version- of the European Social Charter of 1961 in 1980, when the Spanish Constitution of 1978 was previously approved. Since then, its influence on Spanish legislation on the effective guarantee of fundamental social rights has been extraordinary [as it has been in all the Member States of the wider Europe], both in terms of legislative production and in the interpretation carried out by the judicial bodies (in accordance with articles 94 to 96 and 10.2 of the Constitution), although it could be objected that, until now, it has not been used to the full extent that could have been expected. A qualitative leap in the current historical conjuncture is operated in our country with the Instrument of Ratification of the European Social Charter (Revised), made in Strasbourg on May 3, 1996. New rights of social content are incorporated and it is established in the same Instrument of Ratification that: - "In relation to Part IV, Article D, paragraph 2, of the European Social Charter (Revised), Spain declares that it accepts the supervision of its obligations under the Charter as established by the procedure set out in the Additional Protocol to the European Social Charter developing a system of collective complaints, done at Strasbourg, on November 9, 1995.". The European Social Charter is the true "social constitution of the wider Europe"

Palabras clave

Carta Social Europea Revisada; democracia sustancial; constitucionalismo de derecho privado y social; garantía multinivel de los derechos fundamentales sociales; principio de unidad e indivisibilidad de los derechos fundamentales; Comité Europeo de Derechos Sociales; "Constitución Social de la Europa amplia"

Keywords

Revised European Social Charter; substantial democracy; constitutionalism of private and social law; multilevel guarantee of fundamental social rights; principle of unity and indivisibility of fundamental rights; European Committee of Social Rights; "Social Constitution of Wider Europe".

Fecha Recepción: 07/06/2022 - Fecha Revisión: 31/08/2022 - Fecha Aceptación: 31/08/2022
Pags. 215-326

"La existencia de un derecho no puede depender exclusivamente de la justiciabilidad, cualquiera que sea la forma como se la describa; lo que sucede, más bien, es que cuando existe un derecho éste es también justiciable. Ninguna objeción de peso fundamenta el hecho de que los derechos fundamentales sociales necesiten una configuración jurídica ordinaria"

Robert Alexy[1]

1. LOS FACTORES HISTÓRICOS EPOCALES: LA REFUNDACIÓN DEL ORDEN INTERNACIONAL GENERAL Y EUROPEO EN LA POSTGUERRA

Nuestro País estuvo en las condiciones democráticas exigidas para ratificar la "primera" -y ya gran versión- de la Carta Social Europea de 1961 (en adelante CSE) en el año 1980[2], cuando previamente fue aprobada la Constitución Española de 1978. Desde entonces su influencia en legislación española sobre garantía efectiva de los derechos sociales fundamentales ha sido extraordinaria [como desde antes lo ha venido sido en todos los Estados miembros de la Europa amplia], tanto respecto a la producción legislativa como en la interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales (atendiendo a los artículos 94 a 96 y 10.2 CE), aunque se podría objetar que, hasta ahora, no se ha sacado el máximo partido que era posible esperar.

Un salto cualitativo en la coyuntura histórica actual se opera en nuestro país con el Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (Revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996 (en adelante CSEr)[3]. Se incorporan nuevos derechos de contenido social y se indica en el mismo Instrumento de Ratificación que: - «En relación a la parte IV, artículo D, párrafo 2, de la Carta Social Europea (revisada), España declara que acepta la supervisión de sus obligaciones contraídas en la Carta según lo que establece el procedimiento recogido en el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea que desarrolla un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo, el 9 de noviembre de 1995.»[4]. La CSEr es la verdadera "*Constitución Social de la Europa amplia"*, esto es, del continente europeo.

Este proceso de consolidación del constitucionalismo democrático social en que se inserta y profundiza la CSEr no hace sino realzar que cualquier reforma en materia de derechos económicos, sociales y culturales (sintetizados en la expresión tipológica y arquetípica "derechos sociales" como categoría jurídica funcional unificante) tendrá necesariamente (no es una opción de política del Derecho) que contar con el cumplimiento respetuoso de este Instrumento con rango normativo de Tratado en su fórmula de garantía de tales derechos y atendiendo a la interpretación vinculante del Comité Europeo de Derecho Sociales de la Carta.

Pero para comprender en toda su profundidad el significado y alcance de la Carta Social Europea es necesario atender al marco histórico de referencia originario e incardinarlo en una perspectiva histórica de larga duración.

---

[1] Alexy, R.: *Teoría de los derechos fundamentales,* trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1933, p. 496.

[2] Instrumento de Ratificación, de 29 de abril de 1980, de la Cada Socia! Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961 https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1980-13567
Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980, de la Carta Social Europea, hecha en Turín de 18 de octubre de 1961 TEXTO CONSOLIDADO Última modificación: 11 de junio de 2021 https://www.boe.es/buscar/pdf/1980/BOE-A-1980-13567-consolidado.pdf

[3] https://www.boe.es/boe/dias/2021/06/11/pdfs/BOE-A-2021-9719.pdf

[4] Aplicación provisional del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo el 9 de noviembre de 1995. BOE, núm. 153, de 28 de junio de 2021.

Tras la Segunda Guerra Mundial se operó una refundación del orden internacional general y europeo -y no se olvide que había sido centro operativo y geopolítico del conflicto político y bélico-. En la postguerra se recupera y profundiza en la tradición del constitucionalismo democrático social con Estado Social de Derecho y se lleva a cabo un proceso de creación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, acompañado de la promulgación de un conjunto de Constituciones Estatales que se inspiraron en la experiencia del constitucionalismo democrático social de entreguerras (Señaladamente, la Constitución de la República de República Weimar, la Constitución de la República Austriaca y la Constitución de la República Española).

Existía una percepción compartida en sus bases fundamentales de que era necesario revisar por completo el orden geopolítico y jurídico internacional y europeo que condujo a la tragedia de la Segunda Guerra Mundial impulsada por las grandes potencias mundiales imperialistas y por las ideologías totalitarias que contribuyeron a legitimar las acciones políticas y militares. La Segunda Guerra mundial fue una "guerra total", que afectó tanto a civiles como a soldados, con una deriva hacia el exterminio del considerado enemigo[5]. Las secuelas de la Segunda Guerra Mundial en Europa ofrecían una perspectiva de total miseria y desolación; y subyacía un desencanto respecto al mito civilizatorio de la modernidad y de idea de "progreso". El proceso del constitucionalismo democrático-social y la construcción del sistema multinivel de garantía de los derechos humanos en la postguerra presentan una serie de hitos fundamentales, que aquí, por el momento, sólo conviene enumerar de manera sucinta:

1º. La Declaración de Filadelfia, 1944 de la OIT. OIT, "Constitución de la OIT", sobre la vigencia y la necesidad de fortalecer los derechos sociales fundamentales. La Constitución de la OIT "originaria" data de 1919 en la Parte XIII del Tratado de Versalles, la cual vincula la justicia social y con los derechos humanos (basta reparar en el tenor de su magnífico "Preámbulo")[6]. Específicamente en la Declaración relativa de los fines y objetivos de la Organización de la OIT" se viene a consagrar implícitamente la unidad e indivisibilidad de todos los derechos humanos fundamentales y la centralidad de los derechos sociales para autentificar el conjunto de tales derechos construidos a través de distintas generaciones[7]. El mismo Tratado de Versalles en su art. 427 -más allá de la Parte XIII del Tratado- señalaba con contundencia que el trabajo no es un objeto de comercio.

2º. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) de la Organización de las Naciones Unidas[8], establecía un catálogo de los Derechos Fundamentales básicos, que se incluirían en los Textos Constitucionales de los Estados nacionales en la postguerra mundial[9] y que después sería objeto de *positivación normativa* internacional al máximo nivel del Derecho Internacional en

[5] Por todos, Judt, T.: *Postguerra: una historia de Europa desde 1945* (2005)*,* Madrid, Taurus, 2020.

[6] Texto de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (BOE, núm. 226, de 21 de septiembre de 1982). El texto original de la Constitución aprobada en 1919 ha sido modificada por la enmienda de 1922 que entró en vigor el 4 de junio de 1934, por el Instrumento de enmienda de 1945, que entró en vigor el 26 de septiembre de 1946; por el Instrumento de enmienda de 1994, que entró en vigor el 22 de mayo de 1963 y por el Instrumento de enmienda de 1972, que entró en vigor el 1º de noviembre de 1974. El Reglamento de la Conferencia Internacional del Trabajo fue adoptado el 21 de noviembre de 1919 por la Conferencia en su primera reunión y revisado en un nuevo texto en la 27ª reunión.

[7] La Conferencia General de la OIT, congregada en Filadelfia en su vigésima sexta reunión adopta, el día 10 de mayo de 1944, la Declaración de los fines y objetivos de la OIT y de los principios que debieran inspirar la política de sus Estados Miembros. La Declaración enuncia los "principios fundamentales" sobre los cuales está basada la OIT. La Declaración figura como Anexo al Texto de la Constitución de la OIT.

[8] Adoptada y proclamada por la 183 Asamblea General de la ONU en 10 de diciembre de 1948.

[9] De manera tardía por la persistencia de la Dictadura del franquismo, véase el art. 10.2 de la Constitución Española de 1978.

los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos de 1966, con rango de Tratados Internacionales[10].

3º. En la tradición del constitucionalismo democrático social con Estado Social de Derecho (forma típica de Estado constitucional)[11], y en el marco de un proceso de refundación del constitucionalismo, se promulgaron las constituciones europeas de la postguerra basadas en la interdependencia y comunicabilidad de los derechos fundamentales (la Constitución Italiana, la Constitución Francesa, la Constitución de la República Federal de Alemania, etcétera), que recuperaron y reforzaron la tradición del constitucionalismo democrático social de las Constituciones de la República de Weimar, la Constitución de la República Austriaca y la Constitución de la República Española de entreguerras.

En esta trayectoria histórica se produce la creación del Consejo de Europa (fundada en virtud del Tratado de Londres el 5 de mayo de 1949[12]); una organización que pronto forjará un Derecho internacional regional europeo que, entre otras finalidades, reiteraba, especificaba y garantizaba los fines ya establecidos por la Naciones Unidas en el ámbito geopolítico y jurídico de Europea[13]: la cooperación entre los Estados para fines pacíficos, el desarrollo de los derechos humanos y la cooperación y desarrollo económico. Aquí conviene destacas los hitos más importantes en materia de tutela de los derechos fundamentales:

1º. La aprobación del Convenio Europeo de los derechos Humanos (1950), con rango de Tratado Internacional. Cuya garantía queda reforzada por reforzada con la creación del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. Ratificado por España.

2º. Y, con innegable y criticable retraso respecto del anterior Tratado: La aprobación de la Carta Social Europea de 1961 (en adelante CSE), revisada en 1996 y ratificada por nuestro país tanto en la versión originaria con la última versión mucho más completa y con un mecanismo reforzad de contrato de cumplimiento. La pretensión es establecer un modelo social europeo, basado en el

[10] Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966, ratificado por Instrumento de 13 de abril de 1977; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, ratificado por Instrumento de 13 de abril de 1977. En el preámbulo de los dos instrumentos se indica que "Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad, inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables. *Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana.* Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal humano libre…".

[11] La formulación del concepto de "Estado Social de Derecho" se debe a Hermann Heller. Véase, al respecto, Monereo Pérez, J.L.: *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009, espec., cap. 1.4 ("Teoría jurídico-social: Homogeneidad social y Estado Social de Derecho"), pp. 67 y ss.

[12] El Tratado de Londres -Estatuto del Consejo de Europa-, es un tratado internacional regional europeo que establece las bases políticas y jurídicas del Consejo de Europa, en su condición de organismo internacional que impulsa una unidad de acción de los Estados de la Europa amplia a través de la colaboración entre ellos y con la exigencia de utilizar, en todo momento, métodos democráticos en sus decisiones y estructura de funcionamiento. Su objetivo central es promover la configuración de un espacio político y jurídico común en el continente europeo, sobre los valores de la democracia constitucional, la garantía efectiva de los derechos humanos y el Estado Social de Derecho.

[13] Véase la "Carta de las Naciones Unidades y el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia", aprobados por la Conferencia de las Naciones Unidas para la Organización Internacional, reunida en San Francisco, el 26 de junio de 1945, con numerosas enmiendas introducidas a partir de 1963 en adelante. De estos instrumentos se infiere que los fines y principios de la Organización se resuelven en cuatro objetivos principales: el respeto al Derecho Internacional y erradicación de la guerra; la igualdad entre los Estados soberanos; fomento del progreso económico y social mundiales como una unidad indisociable; y la promoción y garantía de los derechos de la persona humana.

garantismo de los derechos sociales de desmercantilización y el reconocimiento de las libertades colectivas-sindicales.

Hay que subrayar, ya en esta primera aproximación, que la Carta Social 1961-1996 en su devenir histórico ha venido ejerciendo una extraordinaria influencia en otros instrumentos comunitarios como la "Carta comunitaria de los derechos fundamentales de los Trabajadores" (1989)[14] y la Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea 2000 (rango de Declaración)-2007 (rango de Tratado de la Unión Europea) (en adelante CDFUE), la cual que alcanzaría el rango equiparable a los Tratado fundacionales de la Unión en virtud de lo establecido en el art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea, tal como resulta del Tratado de Lisboa. Pero esa influencia se ha reflejado en los textos constitucionales de los Estados Miembros del Consejo de Europea (y nótese que su número de miembros no está muy lejos de duplicar al número de los países miembros de la Unión Europea)[15], en legislaciones nacionales relativas a los derechos sociales del trabajo y de la Seguridad Social, y en el establecimiento de una doctrina sobre el núcleo básico y contenido esencial de tales derechos por parte de los órganos del poder judicial, incluida la jurisprudencia de la justicia constitucional.

2. LA CARTA SOCIAL EUROPEA COMO CONSTITUCIÓN SOCIAL DE LA EUROPA AMPLIA

El punto de partida aquí no es otro que la verificación de los fundamentos del Consejo de Europa y su vigencia actual. Y esto nos lleva hacia la toma en consideración del Estatuto del Consejo de Europa[16]. Su Preámbulo es expresivo al indicar que la consolidación de la paz, basada en la justicia y la cooperación internacional, es de interés vital para la preservación de la sociedad humana y de la civilización; y reafirmando su adhesión a los valores espirituales y morales que son patrimonio común de sus pueblos y la verdadera fuente de la libertad individual, la libertad política y el imperio del Derecho, *principios sobre los cuales se funda toda auténtica democracia*. Añadiendo que para salvaguardar y hacer que se realice progresivamente este ideal y en interés del *progreso social y económico*, se impone una unión más estrecha entre todos los países europeos animados de los mismos sentimientos y compromisos civilizatorios.

Ya en su articulado se deja constancia de su finalidad, haciéndola entroncar con el principio democrático y la garantía de los derechos humanos fundamentales. En efecto, se declara que la finalidad del Consejo de Europa consiste en realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer

[14] El estudio más completo sobre este instrumento en Monereo Pérez, J.L.: "La Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores" (I) y (II), *Revista Española de Derecho del Trabajo. Civitas,* núm. 56-57, 1992-1993, respectivamente.

[15] Con la incorporación de Montenegro en 2007, 46 Estados son miembros del Consejo de Europa. Bielorrusia es hoy el único Estado europeo que actualmente no forma parte de la Organización. Para cumplir con los objetivos de promoción y garantía de los derechos fundamentales, la democracia y el Estado de Derecho, el Consejo de Europea ha creado un elevado número de mecanismos especializados de seguimiento ("monitoring") con carácter independiente que elaboran Informes periódicos. Es el caso del Comité de Prevención de la Tortura, el Comité de la Convención Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, el Comité Europeo de derechos sociales de la Carta Social Europea (antes, Comité de Expertos Independientes), la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia (CEPEJ), el Grupo de seguimiento de la Convención anti trata de seres humanos (GRETA) o el Comisario de Derechos Humanos. A través de los llamados "Acuerdos Parciales Ampliados" se ha creado otros grupos, como el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) o la Comisión de Venecia, que se configuran como Acuerdos Parciales, que cuentan con la participación voluntaria de un número de Estados miembros del Consejo de Europa que refuerzan su cooperación en estos ámbitos específicos, a los que pueden sumarse otros no miembros del mismo.

[16] Instrumento de Adhesión de España al Estatuto del Consejo de Europa (número 001), hecho en Londres el 5 de mayo de 1949. Fue objeto de algunas enmiendas en 1951 y 1953. Instrumento de Adhesión de España al Estatuto del Consejo de Europa (número 001), hecho en Londres el 5 de mayo de 1949. («BOE núm. 51/1978, de 1 de marzo de 1978»).

su progreso económico y social, por un lado, y por otro, que esta finalidad se perseguirá, a través de los órganos del Consejo, mediante el examen de los asuntos de interés común, la conclusión de acuerdos y la adopción de una acción conjunta en los campos económicos, social, cultural, científico, jurídico y administrativo, así como la *salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales* (art. 1).

En su proceso dinámico de juridificación, la Carta Social Europea 1961-1996 se incardina en la tradición contemporánea del *constitucionalismo de Derecho Social*. Se sitúa en una *lógica sistémica dualista* del garantismo propia del intervencionismo público de Estado Social de Derecho a través de la garantía jurídica de los derechos sociales de desmercantilización "relativa" del trabajo y de los modos de satisfacción de las necesidades sociales[17] y del constitucionalismo horizontal de Derecho privado y social, es decir, con una nítida proyección directa en las relaciones laborales (efecto horizontal de los derechos fundamentales sociales prestacionales y de libertad). Por contraposición al constitucionalismo del Estado de Derecho "Liberal", en el constitucionalismo del Estado Social de Derecho los derechos y garantías constitucionales se proyectan tanto en las relaciones verticales entre el Estado y los individuos/grupos sociales (conformando un constitucionalismo de Derecho público y social), como respecto a las relaciones horizontales en la sociedad civil en las relaciones entre particulares (confirmando, a su vez, un constitucionalismo de Derecho privado y social, cuando relaciones de coordinación entre los sujetos jurídicos). En otras palabras, y por decirlo más expresivamente, en el constitucionalismo del Estado Social de Derecho la idea de estar protegidos y defenderse jurídicamente del poder tiene una eficacia y fuerza vinculante bilateral frente a cualquier poder de índole público o de carácter privado. La experiencia ha puesto de manifiesto que los poderes privados pueden someter a los individuos y ejercer poderes con relevancia no sólo "social", sino también con efectos jurídicos, de manera tan intensa como para neutralizar o vulnerar los derechos de las personas en el marco de la sociedad civil, el mercado y la empresa como organización económico-social. En este espacio la autonomía privada no sólo se construye sobre la base de los derechos de libertad y autonomía, sino que suponen una atribución de poderes sobre las personas y su ejercicio se traducen en poderes privados que han de ser limitados por la legislación atendiendo a los equilibrios de poderes (paradigmáticamente encontramos estas relaciones de poder en las relaciones laborales, donde no sólo la subordinación determina una sujeción al círculo rector y disciplinario del empleador, sino una implicación de la persona que trabaja (directa e inseparable de su fuerza de trabajo entendida como energía que se despliega durante el desarrollo de la prestación de servicios laborales), que le sitúa en una posición de debilidad y vulnerabilidad en relación a los poderes empresariales; posición de debilidad que expone a la persona a la limitación de sus derechos de la personalidad y no sólo a los derechos específicamente laborales siendo necesario garantizar lo que se podría llamar una "ciudadanía laboral" en el mercado y en la empresa.

Esta asimetría de la relación de trabajo ha exigido el reconocimiento y garantía de la identidad y representación subjetiva de los trabajadores a través de los sindicatos y otras instancias de representación de intereses, buscando un equilibrio de poder en el sistema de relaciones laborales[18]. Y

[17] Véase Monereo Pérez, J.L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, pp. 27 y ss. ("Los modelos de Estados del Bienestar y la desmercantilización como objetivo de la política social moderna"), Cap. II ("La desmercantilización relativa del trabajo como objetivo de la política social en el capitalismo avanzado: el trabajo y su ordenación jurídica"), 45 y ss., y Cap. III ("Estado del Bienestar y ciudadanía social: los derechos sociales como derechos de la ciudadanía"), pp. 159 y ss.

[18] Los grandes clásicos del iuslaboralismo supieron ver el papel del Derecho del Trabajo como un sector del ordenamiento jurídico que no se limita a garantizar derechos y deberes, sino que tiene una dimensión "política" en cuanto que pretender establecer un equilibrio de poderes asimétricos entre los empleadores y sus organizaciones de intereses y los sindicatos. Véase Sinzheimer, H.: *Crisis económica y Derecho del Trabajo,* trad. y estudio preliminar a cargo de F. Vázquez Matero, IELSS, Madrid, 1985; Kahn-Freund, O.: *Trabajo y Derecho,* trad. y Nota Preliminar de Jesús M. Galiana Moreno, IN MEMORIAM por F. Cavas Martínez y J. Luján Alcaraz, edición al cuidado de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2019; Tarello, G.: *Teorías e ideologías en el*

ciertamente, el Derecho en general es una técnica de regulación del poder social. Esta afirmación es válida para el Derecho del Trabajo como lo es para otros sectores de cualquier ordenamiento jurídico El Derecho del Trabajo, efectivamente, está en gran medida conectado con este básico fenómeno del poder social. En tal sentido el objetivo principal de este sector del orden jurídico es regular, reforzar y limitar el poder de los empresarios y sus organizaciones y el poder de las organizaciones de los trabajadores. No sindicatos son detentadores de poder para desempeñar su papel en la sociedad y un contrapoder en el seno mismo de las relaciones laborales[19]. Ninguno de estos poderes "privados" puede configurarse jurídicamente como poderes absolutos, ilimitados e incondicionales; derechos y poderes se insertan encuadrados en un sistema de límites recíprocos. Corresponde del Derecho Social del Trabajo -exponente del constitucionalismo social con Estado Social- disciplinar las relaciones de poderes asimétricos en que se resuelven las relaciones de trabajo tanto en el sector privado como en el sector público. El Derecho del Trabajo ha tratado de limitar el poder de los empleadores (limitando la subordinación y reconocimiento instrumentos de contrapoder colectivo-sindical) al propio tiempo que introducir un principio de legitimación de tales poderes jurídicamente definidos (es decir, delimitados y acotados en su alcance)[20]. Ese intervencionismo público se realiza sirviendo a los valores constitucionales, sin que por ello las relaciones laborales se configuren como relaciones jurídico-públicas: ello es reflejo de la coexistencia en las relaciones de trabajo de elementos de "status" y contrato delimitando la constitución del trabajo[21], por un lado, y por otro, en el reconocimiento del contrapoder de la autonomía colectiva, la libertad sindical y el derecho de huelga.

Y más allá del sistema de relaciones laborales, nos encontramos con los derechos sociales de desmercantización vinculados a la democracia sustancial y a la democracia social, que encuentra su expresión en artículos como 3º de la Constitución Italiana y el 9º.2 de la Constitución Española, pero sobre todo, como especificaciones de la dignidad humana y del principio de igualdad sustancial, en el reconocimiento constitucional del derecho a la existencia digna de la persona no sólo a través de ingresos mínimos garantizados, sino también a través de la procura del desarrollo de las capacidades humanas y de la oportunidades vitales; y con la garantía constitucional de los derechos de Seguridad Social Contributiva y No contributiva, la asistencia social y los servicios sociales[22].

Derecho Sindical. La experiencia italiana después de la Constitución, traducción, edición y estudio preliminar, "Cultura jurídica y pluralismo jurídico-sindical en Giovanni Tarello" (pp. VII-XCV), a cargo de J. L. Monereo Pérez, y J.A. Fernández Avilés, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), , 2002.

[19] Kahn-Freund, O.: *Trabajo y Derecho,* trad. y Nota Preliminar de Jesús M. Galiana Moreno, IN MEMORIAM por F. Cavas Martínez y J. Luján Alcaraz, edición al cuidado de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2019, pp. 44 y ss.

[20] Monereo Pérez, J.L.: "Ciudadanía, empresa y constitución social del trabajo: por un constitucionalismo de derecho social", en *lacittadinanzaeuropea@nline.Rivista di studi e documentazione sull'integrazione europea. Lceonline(*www.lceonline.eu*),* 1 /2022, I, pp. 1-48.

[21] Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España,* Madrid, Trotta, 1999, capitulo 4 (sobre la constitución jurídica de la clase trabajadora y la combinación de "status" y contrato en la "constitución del trabajo), pp. 191 y ss.

[22] La CSE/CSEr, y que se corresponde con el estándar internacional multinivel de los derechos fundamentales. VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2017, 1005 pp. (Es el estudio más completo del sistema de derechos sociales en su conjunto de la Carta Social Europea Revisada); Valdés Dal-Ré, F.: *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras,* Albacete, Bomarzo, 2016; Monereo Pérez, J.L.: "Nivel de protección en el garantismo multinivel (artículo 53 de la CDFUE)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.) *et altri*.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Granada, Comares, 2012, pp. 1397-1419.

3. ¿POR QUÉ LA CARTA SOCIAL EUROPEA ES LA CONSTITUCIÓN SOCIAL DE EUROPA?: DEMOCRACIA SUSTANCIAL, DEMOCRACIA SOCIAL Y PRINCIPIOS DE INDIVISIBILIDAD, INTERDEPENDENCIA Y PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

3.1. Introducción

No debe olvidarse que los fines aludidos desde la misma creación del Consejo de Europa (5 de mayo de 1949), tras la época de refundación democrática posterior a la Segunda Guerra Mundial, conducen a proclamar la defensa de los derechos fundamentales y los principios de la democracia constitucional por parte de todos los países de la Europa amplia y unida. Pero esa misma democracia constitucional supone no sólo afirmar la democracia basada en el sistema de partidos y en la participación activa de los individuos en las decisiones públicas, sino que también conlleva la democracia sustancial y social basada en los derechos y libertades fundamentales en su unidad. Dicho en otras palabras, se vincula con un modelo de construcción europea democrático y social. Respetando la gran Declaración Universidad de los Derechos Humanos de 1948 y la Carta de las Naciones Unidas y el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de 1945[23], la idea era establecer un conjunto de instrumentos de garantía jurídica e institucional que los materializara haciéndolos valer en su ejercicio efectivo y que todos los Estados miembros asumirán la forma política del Estado Social del Derecho en sus respectivas Constitucionales.

Pero ello se hacía ya pensando en la expansión de la sociedad internacional y de una sociedad de Estados civilizados, esto es, una sociedad mundial en busca de un orden nuevo; y en una Europa en la tensión permanente entre diversidad y unidad. De ahí la dificultad de afirmar la "idea de Europa" y tanto más, en sentido amplio, la idea de "integración europea" en sentido integral, más allá de su cristalización posterior en la más restringida Unión Europea[24] como nueva forma de organización política definida. Tanto el Consejo de Europea como la Unión Europea se situarían en una lógica de creación de las condiciones de un orden político y jurídico post-hobbesiano.

A los objetivos de la paz y la cooperación entre los Estados se añade una *emergente* por entonces concepción de que los derechos humanos fundamentales no tienen en sí una diversa naturaleza jurídica, singularidades respecto de a su estructura y modalidades de garantía. De ahí que se planteara, sin embargo, una cierta incoherencia en el distinto tratamiento jurídico e institucional y de garantías entre el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales -firmado, con rango de Tratado, en Roma el 4 de noviembre de 1950- y la *muy posterior (sic.)* promulgación del Tratado que constituye la Carta Social Europea -firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, en su primera versión. Dicotomía ciertamente discutible, pero habitual el tratamiento diversificado tanto en el Derecho internacional como en los ordenamientos nacionales, atendiendo a las distintas "generaciones de derechos" y a una cierta inmadurez en la "cultura jurídica" de la época respecto el sentido intrínseco de la unidad entre los derechos civiles y políticos y los

[23] Aprobados por la Conferencia de las Naciones Unidas para la Organización Internacional reunida en San Francisco, el 26 de junio de 1945. La Carta de las Naciones Unidas dispone en su art. 1.3, que "Los propósitos de las Naciones Unidas son (…) Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto de los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión".

[24] Al respecto, en una perspectiva general, véase Truyol Y Serra, A.: *La sociedad internacional,* Madrid, Alianza editorial, 2ª ed., 1977, pp. 81 y ss.; Truyol Y Serra, A.: *La integración europea. Idea y realidad,* Madrid, Tecnos, 1972, espec., pp. 13 y ss., y 30 y sigs.; García De Enterría, E., Linde, E., Ortega, L.I., y Sánchez Moron, M.: *El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos. Estudio de la Convención y de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derecho Humanos,* García De Enterría, E. (Coord.), Madrid, Ed. Civitas, 1979, espec, pp. 22 y ss.

derechos económicos, sociales y culturales. Esa unidad de las distintas generaciones de derechos ya se infiere del propio texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (la cual tardaría en "positivarse" en sus contenidos a través de los Pactos de Derecho Civiles y Políticos y Derechos económicos, sociales y culturales, como instrumentos separados pero con rango de tratados, promulgados el 19 de diciembre de 1966).

Este nuevo orden, está presidido por los principios de indivisibilidad e interdependencia en el sistema jurídico multinivel de garantía de los derechos fundamentales. Efectivamente, en el sistema jurídico multinivel de garantía de los derechos fundamentales adquiere un papel central el principio de indivisibilidad e interdependencia entre todos los derechos fundamentales. Este principio enlaza con la idea-fuerza de que los derechos fundamentales presentan la unidad propia de su principio articular, que no es otro que la dignidad humana. En los sistemas jurídicos actuales y en el pensamiento contemporáneo prevalece la idea de la indivisibilidad de los derechos fundamentales. Este principio de indivisibilidad presupone que los derechos fundamentales forman un bloque unitario y no pueden ser situados en una estricta relación jerárquica. Tales derechos se presuponen y necesitan mutualmente en orden a garantizar su plena efectividad jurídica social. Dicha indivisibilidad e interdependencia se debe vincular con la problemática de la efectividad de los derechos fundamentales y no sólo en el sentido de eficacia jurídica en orden a la predisposición de mecanismos apropiados de tutela judicial efectiva, sino también, en ligazón inmanente con la misma, con la efectividad práctica de tales derechos (eficacia jurídica en la realidad; en el mundo de la vida donde el Derecho se hace realmente "vivo"). Por otra parte, y en este marco analítico, es importante reconsiderar el llamada principio de no regresión o irregresividad del nivel alcanzado en la garantía de los derechos fundamentales.

3.2. Los principios de indivisibilidad e interdependencia en el sistema jurídico multinivel de garantía de los derechos fundamentales

3.2.1. El principio de unidad de todos los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales presentan la unidad propia de su principio articular, que no es otro que la dignidad humana[25]. Por ello mismo, todos los derechos (de cualquier clase, o cualquier que sea su "generación" de origen) presente el mismo fundamento. No obstante, cada categoría de derechos adquiere su propia fisonomía y funcionalidad en la realización de ese principio nuclear. Ahora bien, que se admita la realidad jurídica de una diferenciación, como regla, entre las diversas categorías de derechos atendiendo al contenido y a las técnicas de protección, no puede conducir a afirmar su necesaria separación y abogar por un tratamiento jurídico completamente independiente. Es frecuente, sin embargo, en la categorización jurídico-política de los derechos humanos la aseveración de que los derechos civiles y políticos pueden ser garantizados con independencia absoluta de los mecanismos que aseguren la realización efectiva de los derechos socio-económicos. Pero, en el fondo, ambas categorías de derechos gozan tan sólo de una autonomía relativa, pues desde el punto de vista de su funcionalidad social guardan una estrecha relación entre sí que hace difícilmente pensable su existencia aislada en el actual estadio civilizatorio. Aun así se suele mantener su pretendida independencia absoluta y, a veces, la misma confrontación en términos de principio, en base a su distinta estructuración jurídica y a su diversa funcionalidad social. Ciertamente, no se podrá negar la existencia de una especificidad jurídica de los derechos sociales respecto a los derechos civiles y

[25] Véase paradigmáticamente, el Preámbulo de los dos Pactos Internacionales de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales, de 19 de diciembre de 1966, que fundamenta en su unidad e indivisibilidad todos los derechos fundamentales y su sistema de garantías en la dignidad de la persona: "Considerando -se afirma- que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad, inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables. Reconociendo que estos derechos *se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana*…".

políticos, pero no una independencia absoluta y una genérica contraposición entre ambos tipos de derechos. Técnicamente los derechos civiles y políticos comportan principalmente -no únicamente- una garantía de libertad negativa; en tanto que los derechos sociales implican, en términos de principio, una más intensa garantía positiva (garantías sociales) -aunque incluyen normalmente también componentes negativos-, bien de carácter promocional de las libertades colectivas (es el caso del derecho de libertad sindical, del derecho de huelga y del derecho a la negociación colectiva), o bien a la concesión de prestaciones por los poderes públicos, o bien, en fin, a la participación en la formación de la voluntad decisoria en instituciones públicas o privadas. Pero esa diversidad de estructura no puede conducir a la negación de la positividad de los derechos sociales, desconociendo aquellas normas constitucionales que garantizan al individuo derechos subjetivos de carácter social, asegurándole un status jurídico material de ciudadano en el más amplio sentido.

No existen en general inconvenientes técnico-jurídicos relevantes para que las normas constitucionales sobre derechos sociales los garanticen en su mayoría como derechos subjetivos especiales y no queden relegadas sólo a meras normas de principio u organización de carácter programático. En realidad, teniendo en cuenta las características jurídico-políticas del Estado social, las normas de derechos fundamentales continúan siendo normas de conducta para la acción estatal y normas de delimitación para la ordenación de las relaciones Estado-Ciudadano. Desde un punto de vista más jurídico-material, ambas categorías de derechos no se hallan en posición jurídica de conflicto, pretendiendo una inevitable contraposición entre la libertad garantizada por los derechos civiles y políticos ("derechos de libertad") y la igualdad/seguridad garantizada por los derechos sociales ("derechos de igualdad" y de "solidaridad", la mayoría de los cuales comportan obligaciones de prestación a cargo de los poderes públicos), porque la fórmula del Estado social presupone la intrínseca unión entre los bienes jurídicos de la libertad y la igualdad, siendo la finalidad primordial de la incorporación de los derechos sociales en la Constitución, la de ampliar y potenciar la libertad real de los individuos y de los grupos en que éstos se integran, aportando un componente igualitario indispensable a los derechos civiles y políticos (cfr.art.9.2 CE), de este modo los derechos sociales actúan también a modo de componente/condición de la real efectividad de este tipo de derechos, estableciéndose entre ambas categorías una penetrante complementariedad e interrelación funcional y de fines que permite trazar su campo específico de actuación y sus límites una vez consentida su compatibilidad.

En esta línea de pensamiento se debe realzar que los derechos políticos facilitan una salvaguardia y un significado a los derechos civiles; en tanto que los derechos económicos y sociales facilitan los medios esenciales para el ejercicio de los derechos políticos. Esta misma comunicabilidad y continuidad histórica y jurídico-política en el Estado social entre los derechos humanos (libertades públicas tradicionales y derechos sociales) subyace a la realidad jurídica de una confluencia cada vez más intensa en las técnicas de organización jurídica de ambos tipos de derechos, las que a menudo aparecen como técnicas compartidas, implicando la garantía de los derechos civiles y políticos una acción positiva de los poderes públicos y una "programación pública" de las condiciones adecuadas para su ejercicio en confrontación con las exigencias de la entera formación social, es decir, incorporando elementos prestacionales. Como ha puesto de relieve T.C.Van Boven[26], "en el pensamiento moderno prevalece la idea de la indivisibilidad de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Esta idea de indivisibilidad presupone que los derechos humanos forman, por decirlo así, un bloque único y no pueden ser situados uno sobre otro en una escala jerárquica". Tales derechos

[26] Van Boven, T.C.: *Criterios distintivos de los derechos humanos,* en Karel Vasak (Editor general) *et al*: *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Tomo I, Barcelona, Ed. SELBAL/UNESCO, 1984, pp. 77 y sigs.; Monereo Pérez, J.L.: "La Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores" (I) y (II), *Revista Española de Derecho del Trabajo. Civitas,* núm. 56-57, 1992-1993, espec., núm. 57, 1993, pp. 85 y ss., con cita de dicho ensayo.

se presuponen y necesitan mutualmente en orden a garantizar su plena efectividad jurídico-social (eficacia jurídica en la realidad; en el mundo de la vida donde el Derecho se hace realmente "vivo"). (Cfr. Ya la Resolución de la Asamblea General de la ONU 32/13O-1977, de 16 de diciembre[27], y el Preámbulo de la Carta Social Europea de Turín, Revisada en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996. En dicho Preámbulo se subraya que "la necesidad, por una parte, de preservar el carácter indivisible de todos los derechos humanos, sean civiles, políticas, económicas, sociales o culturales y, por otra parte, de dotar a la Carta Social Europea de un nuevo impulso".). Existe una estrecha conexión entre todos los derechos fundamentales, los cuales están mutuamente condicionados. Es la misma indivisibilidad o unidad de la persona humana la que parece constituirse en la base para afirmar la interrelación entre los derechos civiles y políticos y los de carácter económico, social y cultural, denotándose, en tal sentido, en el ámbito internacional la tendencia gradual a reducir y difuminar la línea divisoria estricta entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales .Y no obstante, la diversidad de técnicas de organización jurídica derivada de su peculiar estructura (ante todo porque se realizan por lo general a través de y por la acción positiva del Estado), se ha de destacar la naturaleza "doble o mixta"(sociopolítica) de algunos derechos sociales que adquieren la consideración jurídico-constitucional de libertades públicas. En esa lógica garantista, el catálogo de derechos reconocidos en los Textos Internacionales afirma los principios de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la relación de derechos proclamados solemnemente en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea 2007(2007/2010)[28] (en adelante CDFUE) no parece desconocer tampoco las sinergias y la relación de complementariedad existente entre los derechos sociales y los derechos civiles y políticos, rehusando inclinarse (como sí lo hace la Carta comunitaria de los derechos fundamentales de los trabajadores de 1989)[29] hacia un "cartismo democrático" de los derechos sociales en detrimento actual del reconocimiento unitario-integral e interdependiente de todos los derechos humanos a escala comunitaria en un documento de valor constitucional o de máximo rango jerárquico del que deriven compromisos jurídicamente vinculantes, ante todo teniendo en cuenta la progresión futura hacia la integración política. Esto se ha de conectar no ya sólo con el hecho innegable de que la Carta actual (CDFUE) no puede tener la consideración jurídica equiparable a un texto de valor constitucional (aun teniendo el rango equiparable al de los Tratados de la Unión Europea), sino que hasta el momento no ha existido voluntad política suficiente para afirmar la unificación europea en un Tratado constitutivo de valor constitucional integrador tanto en la dimensión política como en la dimensión económica y social, instaurando una ciudadanía europea asentada en la existencia de normas de derechos fundamentales que garantizan *ex definicione* derechos subjetivos y normas que organicen y programen la acción pública tendente a garantizar esa protección que se confiere al más alto nivel del ordenamiento jurídico comunitario (Debe subrayarse el carácter integrador de la Constitución normativa). No obstante, puede verse la CDFUE como un instrumento de la Unión Europea, al que alcanza ya el rango jurídico de una norma positiva, que

[27] "Todos los derechos humanos son indivisibles e interdependientes; deberá prestarse una atención igual y una consideración urgente a la realización, la promoción y la protección tanto de los derechos civiles y políticos, como de los derechos económicos, sociales y culturales". Antes la Declaración de la Conferencia de Derechos Humanos de 1968 de Teherán, afirmaba que: "Los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, resultando imposible el disfrute completo de los derechos civiles y políticos sin el de los derechos económicos, sociales y culturales. Los progresos duraderos en la vía de la aplicación de los derechos humanos suponen una política nacional e internacional racional y eficaz de desarrollo económico y social".

[28] Art. 6.1 TUE, en la versión dada por el Tratado de Lisboa.

[29] Ello no supone, por supuesto, desconocer la gran importancia político-jurídica y como base de generación de principios generales del Derecho comunitario que representó desde su aprobación la Carta de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores, firmada en Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989, por once de los doce Estados miembros, con adhesiones posteriores. Pese a todo, esta Carta de 1989, no fue dotada de fuerza normativa vinculante, pero ha sido una constante fuente de inspiración para el legislador europeo y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Actualmente, Tribunal de Justicia de la Unión Europea). Ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: "Carta Comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores (I) y (II)", *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo (REDT),* núm. 56-57, 1992-1993, *passim.*

contiene los principios y los derechos sociales en términos de valores superiores positivados que han de determinar los fines a perseguir por las instituciones políticas de la Unión Europea sirviendo de base político-jurídica a sus programas de acción social, y asimismo los derechos subjetivos fundamentales alegables jurisdiccionalmente por las personas y ciudadanos.

Hay que dejar constancia de que la Carta de la Unión europea supera en su estructura interna la técnica de fragmentación en dos instrumentos con dos sistemas de garantías establecidos en el marco del Consejo de Europa. En cambio, la Carta de la UE es un instrumento más debilitado en su eficacia jurídica porque su aplicación está condicionada -en su mayor parte- a la regulación del Derecho de la Unión Europea (art. 51 CDFUE), por un lado, y por otro, porque los instrumentos del Consejo de Europea gozan de un sistema más reforzado y eficiente de garantías inmediatas y sistemas específicos de control de cumplimiento. En cualquier caso, la CDFUE presenta aspectos muy positivos -y de envergadura- desde el punto de vista del sistema reforzado de garantías, como es el caso, harto significativo, de lo establecido en el art. 52.3, a cuyo tenor: "En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que le confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa"[30].

En este sentido resulta clarificador el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas de 1945: "Los Pueblos de las Naciones Unidas están resueltos "a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional, a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad…".

Por su parte, el Preámbulo de la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, acoge, modélicamente, esa noción global y la comunicabilidad de todos los derechos humanos fundamentales al establecer que: "la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana"; "que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias"; "que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión"; entendiendo que es "también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones"; "que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad"; "que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre; y "que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso, la asamblea general de las Naciones Unidas Proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por

[30] Véase, ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: "Alcance e interpretación de los derechos y principios (artículo 52 de la CDFUE)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.) *et altri*: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Granada, Ed. Comares, 2012, pp. 1341-1396.

el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción"[31].

En la Declaración de Viena de 1993[32], se expresa que: "Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar a los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso" (Punto 5).

En esa dirección el Preámbulo de la *Carta Social Europea Revisada* (hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996), expresa -recordando la acordado en la Conferencia Ministerial sobre los derechos del hombre, celebrada en Roma el 5 de noviembre de 1990- "la necesidad, por una parte, de preservar el carácter indivisible de todos los derechos humanos, sean civiles, políticos, económicos, sociales o culturales y, por otra parte, de dotar a la Carta Social Europea de un nuevo impulso".

Con todo, se refleja la unidad intrínseca, sin jerarquías rígidas (pues participan del mismo fundamento: la dignidad humana que entronca con los valores de libertad, igualdad y solidaridad) entre todos los derechos fundamentales, los cuales deben interpretarse de forma interrelacionada e interdependiente y disfrutar de "análogas" (no necesariamente "idénticas") garantías de efectividad, exigibilidad jurídica y justiciabilidad. Y ese haz de derechos entronca con el principio de la dignidad humana y realiza en su conjunto y unidad los grandes valores fundamentales (libertad, igualdad, solidaridad -versión laica de la fraternidad de las primeras "Declaraciones de Derechos"-…). No se puede negar, pues, que en el Derecho Internacional general y regional europeo se consagra explícitamente el principio de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos fundamentales (y no sólo respecto de los "derechos humanos") dentro del sistema *normativo* multinivel de garantías de tales derechos. Ese principio esencial es de obligada aplicación directa como criterio interpretativo

[31] Puede consultarse, Haberle, P.: "La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal", en Fernández Segado, F. (Coord.) *et al*: *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de Derecho Público*, Madrid, Ed. Dykinson, 2008. Carrillo Salcedo, J.A.: *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después,* Madrid, Ed. Trotta, 1999; De Asis,R. y Pele, A.: "Dignidad humana", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Granada, Ed. Comares, 2012, pp. 3 y sigs. También reivindicando la dignidad humana como base la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, De La Villa Gil, L. E.: "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* núm. 32, 2001.

[32] Declaración y Programa de Acción de Viena, Aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993. En ella también se reitera el fundamento unitario del sistema de derechos humanos: "Reconociendo y afirmando que todos los derechos humanos tienen su origen en la dignidad y el valor de la persona humana, y que ésta es el sujeto central de los derechos humanos y las libertades fundamentales, por lo que debe ser el principal beneficiario de esos derechos y libertades y debe participar activamente en su realización". También se subraya su vinculación con la democracia: "La democracia, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales son conceptos interdependientes que se refuerzan mutuamente. La democracia se basa en la voluntad del pueblo, libremente expresada, para determinar su propio régimen político, económico, social y cultural, y en su plena participación en todos los aspectos de la vida. En este contexto, la promoción y protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional deben ser universales y llevarse a cabo de modo incondicional. La comunidad internacional debe apoyar el fortalecimiento y la promoción de la democracia, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el mundo entero" (Punto 8). Las Naciones Unidas han reiterado constante los principios ancilares del sistema internacional de los derechos humanos. Así en el Preámbulo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006) se reafirma "la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación" [Apartado c)].

de carácter transversal u horizontal en la articulación de todo el conjunto de derechos garantizados en el Sistema jurídico internacional multinivel. Y en la interpretación jurídica todos los jueces y tribunales deben aplicarlo y tomarlo en consideración en sus resoluciones, incluido el reclamo de los correspondientes criterios de ponderación ante posibles conflictos que puedan plantear entre los derechos.

Esa indivisibilidad, comunicabilidad e interdependencia entre todos los derechos humanos positivados se debe conectar o vincular con la problemática de la efectividad de los derechos fundamentales (generales o específico sociales de la persona en su concreta posición socio-jurídica) y no sólo en el sentido de eficacia jurídica en orden a la predisposición de mecanismos apropiados de tutela judicial efectiva, sino también, en ligazón inmanente con la misma, con la efectividad práctica de tales derechos[33]. En esta perspectiva, se debe situar ahora el problema entre la técnica de garantía y su resultado práctico aplicativo. El tema se ha formulado en términos altamente satisfactorios cuando se afirma sin más que efectividad de los derechos fundamentales quiere decir, que los mismos deben poder hacerse realidad en la experiencia jurídica. Ella se hace depender de una política de derechos fundamentales orientada a dar vida a una serie de instituciones que produzcan una mayor efectividad práctica de los derechos fundamentales. Por otra parte, el hecho de afirmar la interdependencia funcional y la existencia de un fundamento común (la dignidad humana), ello no supone que en una sociedad compleja no se puedan producir conflictos ocasionales entre los derechos fundamentales. Lo que sí será preciso establecer el marco constitucional de preferencias y técnicas de ponderación entre los mismos en los casos de situaciones específicas de conflicto[34].

3.2.2. Indivisibilidad, comunicabilidad e interdependencia en el sistema jurídico multinivel de garantía de los derechos fundamentales

La interdependencia, comunicabilidad e indivisibilidad entre los derechos fundamentales de la persona (civiles, políticos y sociales) se consagra en el Preámbulo de la CSEr y cristaliza de manera más perfecta y articulada en las normas de garantía de derechos fundamentales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), a pesar de que después realiza una diferenciación por principios o valores (dignidad, libertades, igualdad, solidaridad, ciudadanía y justicia), que en varios aspectos puede ser problemática. Su "Preámbulo" es suficientemente expresivo de esa consideración conjunta e inseparable al afirmar: "Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, *sitúa a la persona en el centro de su actuación.* La Unión contribuye a la preservación y al fomento de estos valores comunes dentro del respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa…". Se realza así la unidad de la dignidad humana y su indivisibilidad expresada la interconexión diferenciada -por meras razones de organización y "gestión" jurídica del sistema de derechos- entre los derechos individuales y los derechos sociales. Ello no obstante, el déficit general de esta Carta, consistente en no tener eficacia normativa directa (ni está incorporada al sistema de los Tratados, ni se ha formalizado como un instrumento de valor normativo) y el criterio subyacente de admitir una tutela diferenciada entre los diversos derechos fundamentales (tutelas debilitadas para los derechos sociales).

[33] Monereo Pérez, J.L.: "Carta Comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores (I) y (II)", *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo (REDT),* núm. 56-57, 1992-1993, partiendo de los principios de indivisibilidad e interdependencia de los todos los derechos fundamentales; *Ibid., La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo,* Granada, Ed. Comares, 2009; *Ibid.,* "El constitucionalismo social europeo: un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía socia europea", *Revista Española de Derecho del Trabajo. Civitas,* núm. 160, 2013.

[34] Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2017, pp. 137 y ss.

En todo caso, en el sistema de los Tratados vigentes se aprecia un diverso tratamiento jurídico entre los derechos relativos a las libertades económicas (derechos fuertes, en cuanto reforzados en sus garantías) y los derechos sociales (derechos débiles, en cuanto derechos debilitados por las limitadas garantías comunitarias, y sujetos al llamado método abierto de coordinación, que remiten a la colaboración interestatal a fin de articular, por aproximación, políticas comunes en materia sociolaboral, bajo el impulso de la Comisión Europea. Es un método flexible que busca la aproximación rechazando el método de armonización europea considerado más rígido. En cierta medida es una aproximación por objetivos. En el sistema de los Tratados tradicionales se confiere, sin duda, un garantismo estatutario débil de los derechos sociales que, sin embargo, sí tienen reconocidos los Estados europeos más avanzados en sus textos constitucionales (constituciones sociales, presididas por un garantismo fuerte). La primacía y "comunitarización" (europeización funcionalizada a la construcción del mercado interior europeo) de los derechos y libertades económicas comunitarias respecto a los derechos sociales "nacionalizados" en su mayor parte pone de relieve la consideración instrumental de tales derechos al servicio del sistema económico comunitario. Tras ello subyace el dominio y carácter acabado de la "constitución económica" de la Comunidad Europea, respecto al carácter debilitado-subordinado e incompleto de la "constitución democrático social" en la construcción del proyecto europeo. Ello permite comprender las dificultades de juridización de las dos "Cartas" comunitarias (la Carta de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores y la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea) y el rechazo de una plena comunitarización de los derechos fundamentales sociales, no sólo reconociéndolos en el sistema de los Tratados, sino también atribuyendo plenas competencias a las instancias comunitarias y al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en su justiciabilidad o exigibilidad judicial.

Es de señalar que la Carta de los DFUE parte de la unidad de los derechos fundamentales y los estructura no separadamente en forma clásica sino con arreglo a los principios o valores superiores que articulan (libertad, igualdad y solidaridad), situados, además, en una lógica universalista ante todo por lo que atiende a su vinculación con la persona como sujeto titular. En el sistema del Tratado de Lisboa se le confiere a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) el rango de Tratado, con pleno sometimiento de la Unión Europea a ella. Esa "juridificación" de la Carta podría permitir la apertura de una nueva fase del proceso de constitucionalización del trabajo y de los derechos sociales en el sistema de la Unión Europea. Esa constitucionalización europea podría contener el proceso de des-construcción del modelo social europeo, construido a partir del constitucionalismo social. Podría evitar el progresivo desplazamiento de la constitución democrático-social por la constitución flexible o neoliberal del trabajo, es decir, un tipo de constitucionalismo débil y minimamente garantista. Un presupuesto para "salvar" y consolidar el modelo social europeo es la constitucionalización plena de los derechos sociales fundamentales. Sin esa juridicación al máximo nivel la constitución flexible del trabajo emergente operará sobre un espacio constitucionalmente vació de condicionamientos de las políticas comunitarias. De ahí la relevancia de la juridificación que pretende llevar a cabo el Tratado de Lisboa, pues en él la Carta iría más allá de ser un instrumento de decisión político-jurídica para pasar a ser más incisivamente un producto normativo dotado de fuerza jurídica vinculante. Se ha podido señalar que la CDFUE tiene una gran relevancia a pesar de todas sus imperfecciones: "Con vistas a la creación de una esfera pública como esfera de igualdad y lugar de la política, así como de sentido común de pertenencia, lo que cuenta, más que la institución de un improbable y ni siquiera auspiciable super-Estado europeo, es precisamente la estipulación de los derechos fundamentales a favor de todos los europeos. Es este sentimiento de la igualdad y de la comunidad en los derechos lo que crea la cohesión política y la identidad colectiva, y no viceversa"[35].

Sin embargo, aparte de la necesidad de dotar de eficacia normativa constitucional a la Carta de Derechos y su justiciabilidad (Ciertamente su sistema de garantías es deficiente, pero interesa

[35] Ferrajoli, L.: *Democracia y garantismo,* Madrid, Ed. Trotta, 2008, p. 357.

anotar -en el lado positivo- que conforme al art.52 de la Carta de Niza, "Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades". Esta garantía es importante porque introduce un elemento de relativa rigidez frente a las tendencias actuales hacia la máxima flexibilidad. Por lo demás, el Tratado de Lisboa, juridifica a la Carta, aunque sin incorporarla en el sistema interno del Tratado), es preciso que ésta contenga un catálogo completo y renovado de los derechos fundamentales. Por el momento, la Carta acoge una formulación amplia y con textura abierta de los derechos. La Carta estructura los derechos que proclama atendiendo a los principios que materializa, pero rehúsa utilizar la clasificación tripartita tradicional: derechos civiles, políticos y sociales. Pero al propio tiempo incorpora los "nuevos" derechos emergentes de la tercera generación (vinculados a la ecología, medioambiente, bioética). En este sentido, la técnica de la Carta es más innovadora ante todo respecto a la garantía de los derechos de última generación, como los derechos personalísimos, relativos al cuerpo y a la bioética. En la técnica clasificatoria no existe una jerarquía explicitada en el sistema de derechos entre los de la primera y segunda generación (civiles y políticos) en relación a los de la tercera y cuarta generación (los derechos sociales y los nuevos derechos emergentes). Este criterio es, ciertamente, coherente con la interdependencia e indivisibilidad de los principios, valores y derechos fundamentales de las personas en la percepción que actualmente se infiere en la "cultura" de los derechos fundamentales. Existe la convicción generalizada de que no es posible escindir los derechos fundamentales, no someterlos a jerarquía rígidas en atención a supuestas premisas de la graduación de los valores y principios que a través de ellos se realizan. Afirmar la escisión entre derechos clásicos de libertad y derechos sociales es contradecir el principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales, de manera que los derechos sociales dejan de estar sometidos a un estatuto jurídico análogo a los tradicionales derechos de libertad libera. De ahí la crítica a la teoría que reconduce los derechos sociales formulados en la Carta a simples "principios" regulados en normas de finalidad, sin directa fuerza jurídicamente vinculante. De este modo la teoría e ideología liberal clásica -basada en la "idea individual"-cede terreno frente a la teoría e ideología democrático-social de reformismo constitucionalista o garantista -que pretende conciliar y armonizar esa "idea individual" con la "idea social"-[36]. Es manifiesto que esta configuración integrada del sistema de derechos fundamentales supone en sí avance, en la medida en que refleja objetivamente un reforzamiento de los derechos sociales y de los nuevos derechos ambientales y personalísimos.

Todos los derechos en el constitucionalismo social acaban -en mayor o en menor medida- teniendo una dimensión social, como manifestación de la unidad de los grandes valores y principios fundamentales del sistema jurídico (libertad, igualdad, solidaridad y participación). El reconocimiento de que los derechos sociales no son derechos separados -sin perjuicio de su especificidad- del resto de derechos, porque son también derechos de las personas, refuerza la unidad de la dignidad del hombre en las distintas dimensiones en las que se desarrolla su personalidad. Si se avanza por esa senda la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea tendrá un papel central en un proceso constituyente de carácter eminentemente más democratizador, dentro del respeto a la identidad diferenciada de los pueblos de Europa. En este sentido el Sistema de los Tratados no se pretende construir una nueva subjetividad soberana de decisión política, sino más reforzar un vínculo más intenso entre los "pueblos europeos", los cuales no pierden su identidad propia, ni son absorbido por una nueva subjetividad del tipo "pueblo europeo". El Sistema de los Tratados apunta a la idea de una "constitución" u ordenación fundamental de la Unión Europea, sin que exista una Constitución

[36] Véase Gurvitch, G.: *La Déclaration des Droits Sociaux,* New York, Éditions de la Maison Française, 1944; 2ª edición, París, Librairie Philosophique J. Vrin, 1946; *Ibid., Elementos de sociología jurídica,* edición y est. prel., "Pluralismo jurídico y derecho social: la sociología del derecho de Gurvitch", a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001; *Ibid., La idea del Derecho Social. Noción y Sistema del Derecho Social. Historia doctrinal desde el siglo XVII hasta el fin del siglo XIX,* edición, traducción y estudio preliminar, "La idea del derecho social en la teoría general de los derechos: El pensamiento de Gurvitch", a cargo de J. L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2005.

en sentido técnico, sin nación, sin Estado, sin pueblo. Un sistema institucional europeo inédito de soberanía, repartida y dividida, pero imaginada como una soberanía común y compartida. En un contexto de globalización, más que reeditar las soberanías particulares de los Estados europeos, el principio de soberanía en la Unión tan sólo podrá salvarse más allá del Estado, más allá de la soberanía estatal, con la invención de una nueva soberanía europea, que no podrá ser monolítica, y en cuyo marco puedan garantizarse efectivamente los derechos fundamentales y el principio de "justicia social"[37]. Se realza el hecho de que la Constitución se libere de la nación, de que el concepto de Constitución se abstraiga del contexto de fundación del Estado nacional, pues una constitución flexible sin nación (una Constitución sin un fundamento social y cultural de legitimación autónomo y homogéneo) es la forma más adecuada a la naturaleza policéntrica, flexible, fluida y posmoderna de la sociedad y de la política europeas contemporáneas. Un fenómeno materialmente constitucional que parece excluir expresamente del horizonte constituyente la perspectiva de la construcción de un "Estado europeo" (en unas de los tipos "compuestos" que históricamente han sido individualizados en la experiencia constitucional contemporánea; y en el marco de un ordenamiento comunitario compuesto). Así, en la Unión podría escindirse Constitución y Estado y asimismo Constitución y pueblo[38], donde subraya que una visión tan limitada de la Constitución es herencia, según el nuevo constitucionalismo europeo, del monismo típico del paradigma estatal. De la nostalgia, nunca superada, que provoca en la ciencia jurídica europea, la idea de proceder a una *reductio ad unum.*). La Unión como Unión supranacional, que podría caminar en la dirección de una futura Constitución de tipo federal, afrontara con éxito el déficit de legitimidad democrática del que adolece actualmente la construcción de una aspiración común y solidaria para Europa[39].

Pero, nótese, que la Carta de Derechos Fundamentales -a la que dota del mismo valor jurídico que los Tratados de europeos el art.6 TUE- no es reconducible a las Declaraciones de Derechos propias de la Parte dogmática de una verdadera Constitución Europea, entre otras cosas -aparte de los problemas relacionados con su eficacia aplicativa real- porque es un texto jurídico situado fuera del Sistema de los Tratados de la Unión. En la tradición del constitucionalismo democrático-social no es imaginable una Constitución sin Declaración de derechos que tenga eficacia vinculante. Por el momento, la CDFUE es, sin duda, una Declaración internacional de derechos fundamentales de carácter jurídicamente vinculante, pero no de naturaleza estrictamente constitucional. En cualquier caso, la Unión Europea dispone de un texto de Derecho positivo relativo a la garantía de los derechos fundamentales y no a su simple "proclamación" o "Declaración" político-jurídico (Aunque los Protocolos anexos determinan la no aplicación de la Carta al Reino Unido y a Polonia), con independencia de que ese reconocimiento se realice a través la de determinación normativa externa ex art.6.1 TUE. Con todo, la Carta constituye, a partir ahora (y atendiendo a la autovinculación con el Convenio Europeo de los Derechos Humanos del Consejo de Europa, aunque es merecedor de crítica y se echa en falta la misma *autovinculación explícita* a la Carta Social Europea instrumento emanada también del Consejo de Europa), un *estándar mínimo* en materia derechos fundamentales en la Unión Europea inescindiblemente *vinculado* con los demás instrumentos internacionales de protección de dichos derechos (art.53 CDFUE). Efectivamente, conforme al art.53 CDFUE "*Ninguna* de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos

[37] OIT.: *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésimo séptima reunión, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 10 de junio de 2008.

[38] Cantaro, A.: *Europa soberana. La Constitución de la Unión entre guerra y derechos,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2006, Parte I (la ideología europea: el minimalismo jurídico).

[39] Habermas, J.: *La Constitución de Europa,* Madrid, Trotta, 2012; *Ibid.,* "¿Un pacto a favor o en contra de Europa? No faltan razones para la comunidad, pero sí política y responsabilidad", publicado el 7 de abril de 2011, en *Süddeutsche Zeitung.* Para Habermas la dignidad humana que constituye la base de los derechos fundamentales está *asociada con el estatus que los miembros de la comunidad asumen en el orden político autoproducido; un orden democrático fundado y basado en la garantía efectiva de los derechos humanos (La Constitución de Europa, cit., p. 26).*

humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como las constituciones de los Estados miembros". Es ésta también una importante cláusula de "blindaje" o "salvaguardia" del estándar internacional de los derechos fundamentales. Ello es coherente con la declaración del art.2 TUE, conforme al cual la Unión Europea "se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres". Lo que se refuerza con el deber de sometimiento como condicionante de pertenencia o ingreso en la Unión establecido en art.49 TUE, al afirmar que "cualquier Estado europeo que respete los valores los valores mencionados en el art.2 y se comprometa a promoverlos podrá solicitar el ingreso como miembro en la Unión".

Pero, en primer lugar, dado este paso importante sería preciso avanzar más en una comunitarización de competencias de la Unión respecto a la regulación legislativa comunitaria de los derechos sociales. Precisamente ello ha de ser así, porque la disociación significativa entre los ámbitos de competencias económicas (en términos generales de asunción comunitaria de los aspectos esenciales de la "constitución económica") y los ámbitos de competencias sociales (en términos de conjunto de asunción comunitaria muy limitada -y mayormente remitida a las políticas nacionales- de los aspectos principales de la "constitución social") cuestiona severamente (incluso paradójicamente) ese principio de indivisibilidad e interpenetración de los todos los derechos fundamentales sin excepción. Ninguno puede ser plena y eficazmente garantizado si los demás no lo están al propio tiempo.

En este orden de ideas -y realzando interdependencia, indivisibilidad y comunicabilidad de todos los derechos fundamentales- interesa destacar la referida *autovinculación* de la Carta y del sistema de los Tratados al Convenio Europeo de los Derechos Humanos del Consejo de Europa. En este sentido, el art.52.3 CDFUE establece que "en la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa". Por tanto, el reenvío al Convenio Europeo actúa como un *canon o cláusula hermenéutica* para delimitar el sentido y alcance de los derechos garantizados en ambos instrumentos europeos de protección de los derechos fundamentales. Y aquí resulta especialmente relevante la jurisprudencia establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por lo demás, ese reenvío no puede dejar de operar tanto al texto en sí de sus disposiciones como a su interpretación por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH).

Aparte de ello, en el sistema de la Carta se establece una garantía de respeto al estándar internacional y europeo de protección o tutela multinivel de los derechos fundamentales, al declarar que "Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros" (art.53. "Nivel de protección"). A lo que se añade la prohibición de abuso de derecho ex art.54 CDFUE. Ese reconocido de distintos niveles de protección -integrando un sistema jurídico complejo con una pluralidad de subsistemas diferenciados, pero interrelacionados- de los

derechos fundamentales comporta de suyo no sólo el pluralismo de los textos normativos de garantía de tales derechos, sino también de la tutela multinivel de organismos de control institucionales (cuasi-jurisdiccionales, y por tanto insuficientes en sí mismos, como es el caso del Comité Europeo de los Derechos Sociales) y jurisdiccionales[40]. Lo que necesariamente reclama en la praxis jurídica un diálogo y colaboración mutua entre los diversos organismos de garantía de su efectividad (judiciales y no judiciales), y especialmente entre los distintos órganos judiciales (Tribunal Europeo de los Derechos Humanos; Tribunal de Justicia de la Unión Europea; Jueces y Tribunales nacionales a distinto nivel) que velan por esa efectividad de los derechos fundamentales[41]. De este modo el tránsito de las simples "declaraciones" a las "garantías" de los derechos[42] en Europa se produce a través de textos normativos de valor fundamental que se hacen acompañar necesariamente de una efectiva tutela multinivel a través de una pluralidad articulada de órganos judiciales y cuasi-jurisdiccionales con vínculos de conexión finalista (tutela multinivel de los derechos fundamentales) y búsqueda de interpretaciones coherentes y no contradictorias sobre el sentido y alcance de los derechos fundamentales. De este modo, la tutela multinivel de los derechos fundamentales adquiere una doble dimensión garantista normativa y jurisdiccional articulados en diversos niveles (internacionales, europeos y nacionales). Con la expresión de "tutela multinivel" se hace referencia, pues, al complejo entramado articulado de mecanismos e instituciones de protección de los derechos y libertades fundamentales y las interrelaciones existentes entre los organismos nacionales e internacionales y/o supranacionales que se ocupan de su control y garantía de efectividad. La tutela multinivel presupone la existencia de distintas esferas de protección de los derechos más allá de la frontera del Estado nacional, aun reconociendo la diversa eficacia jurídica (y jurídico-política) y especificidad de las medidas de garantía incluidas en cada nivel de protección[43]. La articulación de distintos niveles de garantía de los derechos fundamentales en el espacio jurídico internacional y europeo en particular constituye en sí misma una *garantía reforzada* de tales derechos en una lógica universalista vinculada a la dignidad de la persona

[40] Monereo Pérez, J.L.: "Nivel de protección (Artículo 53)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Granada, Ed. Comares, 2012, pp. 1396 a 1419.

[41] Véase Valdés Dal-Ré, F.: *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2016, pp. 89 y ss., quien observa que el reconocimiento del diálogo entre los órganos de garantía "constituye una exigencia ineludible para asegurar unos niveles razonables de contención y, en su caso, composición de los potenciales conflictos que pueden darse en los ámbitos subjetivos y materiales de la tutela, en el espacio europeo, de los derechos fundamentales laborales, en particular, y el de los derechos fundamentales sociales, más en general" (p. 92). Ello no obstante, constata el autor, con planteamiento crítico, las asimetrías entre la densidad de los derechos garantizados en el constitucionalismo europeo y efectividad de su protección (pp. 110 y sigs.). Igualmente, del mismo autor, "La vinculabilidad jurídica de los derechos fundamentales de la persona del trabajador: una aproximación de derecho comparado", en *Derecho Privado y Constitución,* núm. 17, 2003. En una perspectiva más amplia, puede consultarse Freixes Sanjuán, T.: "Multilevel constitutionalism y principios fundamentales de los ordenamientos supranacionales: el caso de España", en BILANCIA, P. (A cura di): *Federalismi e integrazioni sopranazionali nell' arena della globalizzazione: Unione Europea e Mercosur,* Milano, Giuffrè Editore, 2006; Bilancia, P. y De Marco, E. (A cura di): *La tutela multilevello dei Diritti,* Milano, Giuffrè Editore, 2004.

[42] Jellinek, G.: *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano,* trad. De Adolfo Posada, edición y Estudio preliminar, "Genealogía de las Declaraciones de Derechos y su significación político-jurídica", a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2009.

[43] Véase Montesinos Padilla, C.: *Tutela multinivel de los derechos: obstáculos procesales,* Tesis doctoral, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015, pp. 18 y ss., y la bibliografía allí citada. Para un estudio exhaustivo y completo sobre la garantía multinivel de los derechos fundamentales en el sistema internacional y europeo, véase la trilogía de Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Granada, Comares, 2012; *Ibid., El Sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio Sistemático de la declaración universal de derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes,* Granada, Ed. Comares, 2014; *Ibid., La garantía de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta Social Europea. La garantía multinivel de los derechos fundamentales en Europa,* Granada, Ed. Comares, 2017.

como tal y no sólo a la condición de ciudadanía nacional (En este sentido los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966, parte de la premisa de que el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales "se derivan de la dignidad inherente a la persona humana", y dato jurídico y político de que "la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos"; Preámbulo de los Pactos).

En la perspectiva interna al sistema de los Tratados, el art.6 del TUE va más lejos, pues contiene dos previsiones de extraordinaria relevancia:

a). Por una parte, indicando que "la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados" (art.6.2 TUE). Lo primero a destacar es que se trata de un mandato ("se adherirá"), pero un mandato sin determinación de una fecha máxima, lo que, criticablemente, deja muy abierta la obligación jurídica de la adhesión. El mandato, por el momento, queda inactuado, de manera que la Unión no es todavía parte en el Convenio Europeo de 1950 a pesar del tiempo transcurrido desde la implantación del nuevo sistema de los tratados de la Unión en virtud del Tratado de Lisboa. Por otra parte, es harto significativo que se indique, con contundencia, que dicha adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados, lo que, entre otras cosas, limita en ese aspecto el siempre posible efecto renovador de la garantía de los derechos fundamentales establecidos en la Carta.

Interesa dejar constancia de la Declaración núm. 2, relativa al apartado 2 del art.6 TUE, según la cual "la Conferencia conviene en que la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales debería realizarse de manera que se preserven las especificidades del ordenamiento jurídico de la Unión. En este contexto, la Conferencia toma nota de que existe un diálogo regular entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, diálogo que podrá fortalecerse cuando la Unión se adhiera al citado Convenio". Reténgase que esa adhesión de la Unión se ha de realizar de manera que se preserven las especificidades del ordenamiento jurídico de la Unión, la cual como resulta obvio es nueva forma política geopolítica definida -compuesta y multilateral-, que es distinta al Estado y que, por tanto, ni siquiera es reconducible a una especie de Estado federal.

Los términos en virtud de los cuales se haya de producir dicha adhesión vienen establecidos, con pretensión no sólo clarificadora sino también condicionante de los términos en que la misma se haya de efectuar, en el Protocolo núm.35 sobre el apartado 2 del art. 6 del TUE, relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. En él se precisa, en efecto, que el "acuerdo relativo a la adhesión" de la Unión al Convenio Europeo estipulará que se preserven las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión, en particular por lo que se refiere a: a). las modalidades específicas de la posible participación de la Unión en las instancias de control del Convenio Europeo (lo cual remite, evidentemente, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos); b). los mecanismos necesarios para garantizar que los recursos interpuestos por terceros Estados y los recursos individuales se presenten correctamente contra los Estados miembros, contra la Unión o contra ambos, según el caso (art.1 del Protocolo).

Por otra parte, dicho "acuerdo de adhesión" "garantizará (imperativo categórico) que la adhesión *no afecte a las competencias de la Unión ni a las atribuciones de sus instituciones*. Garantizará que ninguna de sus disposiciones afecte a la situación particular de los Estados miembros respecto del Convenio Europeo, en particular respecto de sus Protocolos, de las medidas que adopten los Estados

miembros como excepción al Convenio Europeo con arreglo a su art.15 y de las reservas al Convenio Europeo formuladas por los Estados miembros con arreglo a su art. 57" (art.2 del Protocolo). Se establece, pues, un *criterio de no afectación al "orden" jurídico e institucional preexistente,* a pesar de la adhesión convencional de la Unión al Convenio Europeo.

Por otra parte, se establece que ninguna disposición del acuerdo de adhesión "afectará al apartado 2 del art.344 TFUE" (art. 3 del Protocolo). Se recordará que conforme a dicho art.344 TFUE "los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los Tratados". Lo que apunta, sin duda, a su reconducción necesaria ante el TJUE.

Por último, llama la atención significativamente, el dato normativo de que no se haya siquiera previsto la adhesión de la Unión Europea a la Carta Social Europea Revisada de 1996, a pesar de la fuerte conexión que guarda no sólo con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, sino también con la propia Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[44]. Pudiéndose inferir de la CDFUE el principio de indivisibilidad sistémica entre todos los derechos fundamentales.

b). La segunda indicación viene a recoger la doctrina consolidada por el TJUE en el sentido de que "los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del derecho de la Unión como principios generales" (art.6.3 TUE). No por ello resulta de trascendental relevancia, todo vez que *supone la incorporación en el Derecho de la Unión de los derechos fundamentales garantizados en el Convenio Europeo y las Constituciones de los Estados miembros al menos como "principios generales" del Derecho comunitario.* Ello se inserta en la reiterada doctrina del TJUE que ya se había pronunciado sobre la consideración como principios generales del derecho de los derechos fundamentales consagrados en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros (los cuales, por cierto, de modo generalizado ha suscrito, a su vez, el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos). Reténgase, de nuevo, que en la medida en que la "Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones" (art.52.4 CDFUE). De este modo, es manifiesto que la Carta se construye y se comprende desde esas tradiciones, y, como resulta obvio, no pretende hacer *tabula rasa* de las garantías precedentes, sino basarse en ellas e integrarlas con una perspectiva de escala europea. Y ello hace visible que su fuerza vinculante bilateral se despliegue con naturalidad en todo es el espacio jurídico de la Unión generando las correspondientes obligaciones de observancia.

En segundo lugar, debería mejorarse también la técnica de reconocimiento de los derechos -especialmente de los derechos sociales-, no sólo para avanzar en el trato igual o equivalente a todos los derechos, sino para dotar a todos ellos de un núcleo duro -esencial y resistente- que ponga límites a la actuación de los sujetos públicos y privados. En una sociedad compleja de mercado -hoy calificable como sociedad del riesgo- no es suficiente la proclamación abstracta de los derechos, se necesita una determinación más específica de su alcance y contenido, justamente para hacerlos

[44] En el Preámbulo de la CDFUE se indica que "La presente Carta reafirma, dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad, los derechos que emanan, en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como la jurisprudencia del TJUE y del TEDH. En este contexto, los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros interpretarán la Carta atendiendo debidamente a las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea".

valer con eficacia y evitar la desmaterialización de los mismos en la praxis aplicativa. En un modelo de constitucionalismo social o garantismo social fuerte, los derechos en general -y los derechos sociales en particular- no pueden ser configurados como meros derechos de carácter programático de estricta o virtual configuración legal, sino como verdaderos derechos sociales accionables o "justiciables". La línea a seguir, en este sentido, debería ser la propia de la vigente Carta Social Europea de Turín de 1961 (y Revisada en 1996), la cual está inspirada en un garantismo fuerte de los derechos, que se contrapone al garantismo débil que postula actualmente ciertas corrientes del pensamiento neoconstitucionalista. En dicha Carta Social Europea se consagran derechos subjetivos accionables y se imponen obligaciones positivas de actuar a los poderes públicos. En ella los derechos sociales son accionables y no meramente programáticos, no siendo esencialmente relevante el que el órgano competente no tenga propiamente carácter jurisdiccional, sino técnico-institucional -que en la práctica es equivalente a operar como instancia casi jurisdiccional (se trata del "Comité Europeo de los Derechos Sociales" de la Carta Social Europea). La unidad e indivisibilidad -más allá de las atribuciones funcionales específicas- de todos los derechos fundamentales contribuye a afirmar que en sentido propio todos los derechos fundamentales -incluidos los sociales- son derechos accionables y no meramente programáticos. Produce inquietud, ciertamente la "cláusula horizontal" de la Carta, conforme a la cual: "Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la Ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás" (art.52. "Alcance de los derechos garantizados", apartado 1º). En todo caso, es de realzar el aspecto positivo consistente en que el art.52 CDFUE obliga a garantizar el *contenido esencial* de los derechos fundamentales, como límite al legislador y como un límite intrínseco de alcance general. Lo que es coherente con el hecho de que los derechos fundamentales encarnan la esencia de los valores sobres los que se fundamenta la Unión Europea y las constituciones de los Estados miembros. De ahí que la garantía de los derechos fundamentales constituye un principio fundante de la Unión y es presupuesto indispensable de su *legitimidad*. Constituyen un fundamento del sistema político-institucional de todo sistema democrático; y, por tanto, los derechos fundamentales se presentan en su misma esencia como inatacables e indisponibles, situados en un *ámbito de indecibilidad e indivisibilidad* vinculada a su sustancial incompatibilidad con la lógica del intercambio mercantil[45].

En todo caso, el proceso constituye de Europa no cabe duda de que está realizándose a través de un camino del todo nuevo, y puede ser una oportunidad para una reproposición del "constitucionalismo social" europeo. En ese proceso constituyente europeo de nuevo tipo los derechos fundamentales son fuente de legitimación.

A través del reenvío hermenéutico que se opera ex art. 10.2 CE se garantiza la protección multinivel de los derechos fundamentales; una garantía internacional integrada por un conjunto de instrumentos jurídicos e institucionales de protección que sobrepasa y va más allá del nivel o ámbito de tutela garantista nacional. Esa garantía multinivel permite disponer, en principio, del estándar *más elevado* de protección de los derechos. En este sentido resultan determinantes en el espacio jurídico europeo los artículos 52 ("Alcance e interpretación de los derechos y principios"), apartados 3 ("En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa") y 4 ("En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a

[45] Ferrajoli, L.: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia (2007),* vol. 1., trad. P. Andrés Ibañez, C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto Sanchís y A. Ruíz Miguel, Madrid, Ed. Trotta, 2011, pp. 773 y ss.

los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones"), y 53 ("*Nivel de protección. Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros*") de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En una perspectiva de conjunto, el art. 52 CDFUE se inserta dentro del Título VII de la Carta, relativo significativamente a las "Disposiciones *generales* que *rigen* la interpretación y la aplicación de la Carta". En coherencia, se trata -como ocurre con todos los artículos de dicho Título VII- de una ordenación de carácter horizontal o transversal. La cuestión que se afronta es evidentemente fundamental respecto al propio catálogo de derechos fundamentales de la Unión que constituye la Carta. La Carta es un instrumento relativamente innovador, en el sentido de que reúne en un *texto único*, el conjunto de los derechos fundamentales garantizados en la Unión, pero que derivan de las tradiciones constitucionales y de los convenios internacionales comunes a los Estados miembros, del CEDH, de las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia consolidada del TJUE y del TEDH.

Lo primero que establece el art.52.1 CDFUE son las condiciones de aplicación de cualquier límite impuesto por el Derecho de la Unión o por los Derechos internos al ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Carta. Se trata, pues, de una cláusula transversal u horizontal de limitación *general* del ejercicio de los derechos fundamentales garantizados por la Carta. En este sentido se establecen varias condiciones básicas:

- Deberá ser establecida por Ley, entendiendo por tal un concepto amplio, es decir, una ley en sentido material y no exclusivamente formal;

- Deberá respetar el contenido esencial de los derechos y libertades, que como se sabe es un concepto jurídico indeterminado necesitado en caso de conflicto de una determinación o concreción "ad hoc" por el juez o tribunal que entienda del asunto;

- Sometimiento al principio de justificado motivo en la predisposición de límites a los derechos fundamentales (sólo podrá introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás en el marco de un sistema democrático);

- Debe guardarse el principio de proporcionalidad en la introducción de limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales.

Como se puede apreciar fácilmente, la Carta se ha inclinado por la previsión de una cláusula limitativa general frente a la técnica limitativa utilizada por el CEDH consistente en establecer un conjunto de límites específicos de los derechos garantizados.

Los restantes apartados del art.52 CDFUE se ocupan más propiamente de la rúbrica, es decir, se centran en la determinación del alcance e interpretación de los "derechos" y "principios" reconocidos en el sistema de la Carta en conexión con el sistema de los Tratados y con los instrumentos europeos y constitucionales que garantizan los derechos fundamentales en el espacio de la Unión. En este

sentido, el alcance y la interpretación de los derechos fundamentales de la Carta viene establecido por referencia permanente al estándar de derechos fundamentales consagrados tanto a nivel europeo como en el ámbito de las tradiciones constitucionales de los países miembros. Se trata de derechos que encuentra su fundamento tanto en el sistema del Tratado como en la CEDH. El criterio-guía es el de efectuar un alcance e interpretación homogénea en términos de compatibilidad y armonía entre los distintos instrumentos de garantía de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión. Entendiendo por garantía de los derechos fundamentales, tanto las garantías primarias (vinculadas al contenido de los derechos, esto es, con las expectativas positivas o negativas que el Estado o poder público ha de satisfacer) como las garantías secundarias (la sancionabilidad los actos o conductas desviantes, por ilícitas o inválidas). Estas garantías jurídicas constituyen técnicas necesarias para la efectividad de los valores fundamentales de todo ordenamiento jurídico democrático. Debe retenerse en este contexto que los textos constitucionales de la segunda postguerra mundial, en términos de conjunto, trataron de alterar la estructura de los sistemas jurídicos preexistentes, impidiendo la producción de normas inválidas por vulneración de los derechos fundamentales e imponen la producción de normas de garantía de tales derechos (y no sólo los de contenido social), como limitaciones jurídicos a los poderes públicos y privados (capaces también de amenazar la libertad, la igualdad y la autonomía individual) .

El apartado 2 del art.52 CDFUE es especialmente restrictivo respecto del alcance de los derechos garantizados en la Carta, pues establece que los derechos por ella reconocidos "que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos". Es manifiesto que en el sistema del Tratado se aprecia un acervo importante de garantías de derechos fundamentales, aunque con distintas estructuras y niveles de protección jurídica. El precepto quiere mantener una línea de integración y homogeneidad entre el sistema de los Tratados y los derechos garantizados en la Carta, pero deja claro, una vez más, que la Carta no podrá ir más allá ni ser interpretada en un sentido expansivo ("se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados" por los Tratados, son los términos utilizados por la norma). La Carta pertenece al Derecho de la Unión y tiene que ser objeto de una lectura integradora y sistemática con todas las piezas del sistema normativo de la Unión, tanto en el Derecho originario o primario como en el Derecho derivado; y asimismo con la jurisprudencia sobre derechos fundamentales del TJUE. Así, la Carta no tiene virtualidad para modificar el sistema de los Tratados y, en consonancia, los derechos garantizados en la Carta reconocidos en los Tratados no pueden tener una interpretación distinta entre los diversos instrumentos jurídicos del Derecho de la Unión. Su interpretación tiene que ser conjunta y coherente. Pero hay que reparar en el dato normativo de que no son pocos los derechos fundamentales que no encuentran una consagración adecuada en el sistema de los Tratados y que sí están proclamados en la Carta. Por lo demás, no se olviden los límites regulativos que impone el régimen de reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros (véase art.51 CDFUE). Por ello mismo la Carta debería haber dado un paso hacia adelante ampliando el ámbito de competencias de la Unión en materia de derechos fundamentales (Piénsese paradigmática en la exclusión actual del ámbito de competencias de la Unión de materias tan importantes como el derecho de asociación, derecho de libertad sindical, derecho de huelga, y la retribución -salvo restrictivamente en lo concerniente a la tutela del principio de igualdad entre hombres y mujeres que trabajan). En todo caso, una vez que la Carta ha sido elevada al mismo rango normativo que los Tratados ("tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados", dice el art.6.1 TUE), debe entenderse, en una lectura lógico-jurídica y sistemática, que todo el Derecho de la Unión debe respetar necesariamente el contenido esencial de los derechos y respectar el principio de proporcionalidad en la posible introducción de limitaciones tan sólo cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás (art.52.1 CDFUE). Sería un despropósito jurídico y una incoherencia lógica interpretar aisladamente el apartado 2 respecto a los demás apartados del art.52 CDFUE.

Todo ello lo confirma la Explicación Oficial del "Praesidium" de la Convención (hecho en el marco de la Convención que elaboró la CDFUE en Niza en 2000, en la versión originaria de la misma), cuando observa que "el apartado 2 se refiere a derechos que ya habían sido explícitamente consagrados por el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, que han sido reconocidos por la Carta y que se encuentran ahora en los Tratados (en particular, los derechos derivados de la ciudadanía de la Unión). Este apartado aclara que esos derechos siguen sometidos a las condiciones y límites aplicables al Derecho de la Unión en el que se basen, tal como se establecen en los Tratados. La Carta no modifica el régimen de los derechos conferidos por el Tratado CE, recogidos en los Tratados".

Interesa subrayar que la Carta presenta un déficit relevante pues no se ocupa de delimitar (como sí lo hace paradigmáticamente la Carta Social Europea de Turín de 1961, revisada cualitativamente en 1996, dotando a los derechos de un contenido esencial y de obligaciones de respeto y promoción impuestas a los poderes públicos) un "contenido esencial" (tan sólo podría tenerse "por referencia" a la Convención Europea y a las tradiciones y prácticas de los Estados miembros en materia de derechos fundamentales; referencia a las "prácticas" que en la que subyace la idea de que la realidad del Derecho no se agota en las normas, pues comprende la práctica y la experiencia jurídica). Esta falta de delimitación del contenido esencial *en la propia Carta*, debilita su carácter *conformador* de los derechos fundamentales que instituye.

Señalar que corresponde al legislador, y en general a todos los poderes públicos, ante todo garantizar y promover las condiciones necesarias para el ejercicio efectivos de los derechos fundamentales, protegiendo efectivamente toda la estructura y contenido del derecho. En todo caso, al menos y aunque sin las garantías suficientes, el art.52.1 establece una obligación genérica de "respetar el contenido esencial" de los derechos por cualquier limitación de su ejercicio que pueda ser establecida por Ley, consagrando la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales proclamados en la Carta. El TJUE había declarado que "pueden establecerse restricciones al ejercicio de estos derechos, en particular en el ámbito de una organización común de mercado, siempre que dichas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguibles por la Comunidad y no constituyan, teniendo en cuenta el objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la esencia misma de dichos derechos" (STJUE de 13 de abril de 2000, C 292/97, punto 45). No obstante, en el sistema de la Carta no se establecen en concreto los límites posibles al ejercicio del derecho fundamental, al contrario de la técnica de especificación acogida por el CEDH, artículos 8 a 11. El "contenido esencial" de los derechos fundamente constituye en sí mismo una garantía sustancial de los derechos fundamentales, a modo de una zona resistente e infranqueable (siempre difusa, ya en sí partiendo del dato jurídico de que el "contenido esencial" es típicamente un *concepto jurídicamente indeterminado* de difícil precisión) del derecho impuesta a las normas europeas y a las legislaciones de los países miembros. En caso de conflicto, corresponderá a la jurisdicción constitucional y al TJUE la tarea de precisar dicho "contenido esencial". La mejor doctrina ha tratado de atenuar el rigorismo de la contraposición de las teorías absoluta (lo importante es el mínimo intangible de la libertad jurídica fundamental) y relativa (indagación de existencia de otros bienes y valores constitucionales que justifican limitar derechos fundamentales) en el sentido de pragmática integración de los elementos teóricos operantes, bajo el prisma de la ponderación de bienes y componentes absolutos no relativizables. De manera que el "contenido esencial" no es tanto algo limitable y limitado en términos de "parte del derecho", cuanto algo a confirmar por el legislador[46].

[46] Haberle, P.: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn: una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley,* traducción de Joaquín Brage Camazano, presentación y estudio preliminar por Francisco Fernández Segado, Madrid, Dykinson, 2003; Haberle, P.: *La libertad fundamental en el Estado constitucional,* edición al cuidado de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2003.

La garantía del contenido esencial refuerza la protección de los derechos fundamentales frente a posibles actuaciones lesivas de los poderes públicos. Los derechos fundamentales deben ser garantizados por los poderes públicos. Y respetando ese contenido esencial sólo podrán introducirse limitaciones al "ejercicio de los derechos y libertades" reconocidos en la Carta, dentro del principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás (art.52.1 CDFUE). El principio de proporcionalidad exige que haya una ponderación de los fines y bienes jurídicos tutelados, pero de tal manera que la identidad de fines y valores del derecho fundamental de que se trate -y que lo hacen recognoscible como tal– no se encuentre afectada en sí por ninguna restricción o limitación jurídica.

Sin embargo, como se ha dicho, la Carta no contiene un señalamiento de límites en el ejercicio de los derechos fundamentales. Esas limitaciones actúan por reenvío a las posibles limitaciones legales respetuosas del contenido esencial y ante todo a la regla hermenéutica de "interpretación conforme" (en sentido y alcance) al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art.52.3) y a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros (donde esa interpretación coherente debe ser "en armonía con las citadas tradiciones"). Sin embargo, la seguridad jurídica y la mayor efectividad de la tutela dispensada a los derechos deberían haberse traducido en la indicación expresa de los límites y posibles excepciones y suspensiones (y sus condiciones extraordinarias de imposición) de los derechos fundamentales garantizados en la Carta de la Unión. Esas limitaciones podrían deducirse del reenvío al Convenio Europeo para la protección de los derechos fundamentales y libertades fundamentales (CEDH), el cual actúa, por el momento, como canon de interpretación en los supuestos de identidad de derechos, a la espera de una adhesión de la Unión a dicho instrumentos internacional. En su consideración como instrumento de protección de los derechos fundamentales el CEDH está llamado a operar como un estándar mínimo común europeo en materia de garantía de tales derechos. Por el momento, en tanto no se produzca dicha adhesión de la Unión la garantía plena de los derechos fundamentales no es sólo un proceso complejo, sino también inacabado e incompleto.

Por otra parte, el art.52.1 CDFUE no sólo impone el respeto al contenido esencial sino que también exige el respeto al principio de proporcionalidad en la imposición de limitaciones y, en relación a ello, la concurrencia de una *motivación relevante* por su vinculación a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás. Los objetivos generales vienen enunciados en los artículos 2 y 3 del TUE y se especifican en otros preceptos del mismo TUE (artículos 5, 26 y 41) y del TFUE (artículos 45.3, 36, 39 y 346, entre otros). El TJUE ha considerado legítimas las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales, siempre que sea atengan al principio de proporcionalidad y no se trate de una restricción desmesurada e intolerable que afecte a la esencia del derecho de que se trate (SSTJUE de 13 de abril de 2000, "Karlsson", C 292/97; 22 de octubre de 2002, "Roquette et frères", C 94/00).

El art. 53 CDFUE contiene una cláusula horizontal o transversal actúa como una "válvula de seguridad". Es una cláusula similar a la prevista en el art.5.2 de los dos Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El art. 5 de los PIDCP y PIDESC establece que: "*1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menos cabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, sopretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado".*

Dentro del Derecho Internacional regional europeo, una fuente de inspiración directa (a la que alude expresamente el art.53 CDFUE) y que desempeña una función análoga es el propio art.53 de la CEDH, relativo a la "Protección de los derechos humanos reconocidos", según el cual "Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte". Esta coincidencia es coherente con la orientación hacia la construcción de un *sistema europeo de protección y garantía de los derechos fundamentales;* un sistema de protección que comprende tanto las normas de derechos fundamentales como su interpretación por los Tribunales respectivos (TJUE y TEDH). Nótese, en tal sentido, que los derechos garantizados en la Carta tienen que ser interpretados en coherencia y armonía con los garantizados por el CEDH y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros (apartados 3 y 4 del art. 52 CDFUE). Estos instrumentos jurídicos de protección de los derechos fundamentales contienen un conjunto de garantías de los derechos y libertades fundamentales, de carácter normativo, jurisdiccional e institucional.

En gran medida la contemplada en el art.53 CDFUE -como su equivalente del CEDH- es una norma de conflicto, de manera que establece un principio de preferencia por la norma que confiere una mayor protección. Acoge un criterio interpretativo de carácter imperativo para la interpretación de las disposiciones de la Carta. Tiene un carácter y alcance generales respecto a todos los derechos fundamentales garantizados en la Carta. Esa garantía del nivel de protección *más elevado* debe completarse con lo establecidos en el art.52.3 CDFUE, cuando afirma que la adhesión al estándar europeo -construido entorno al CEDH- "no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa". En cualquier caso, no debe nunca olvidarse que el ámbito de aplicación de la Carta no es ni absoluto ni indiferenciado, pues sólo encontraría aplicación únicamente cuando se aplique directa o indirectamente el Derecho de la Unión, como reafirma el art.51.1 CDFUE. Esta precisión es importante para delimitar el verdadero alcance de la cláusula interpretativa ex art.53 CDFUE.

El principio de favor ex art.53 CDFUE impide una interpretación de la Carta en un sentido de reducción del nivel *ya garantizado o reconocido* en el Derecho internacional y europeo y asimismo en las constituciones internas nacionales ("las constituciones de los Estados miembros", son los términos utilizados por dicha disposición). En este sentido, se consagra el tradicional principio de no regresión en los instrumentos de garantía de los derechos fundamentales a nivel internacional y europeo. Una cuestión distinta -y ciertamente preocupante- es la que se plantea por la manifiesta "regresividad" que se aprecia en la coyuntura actual especialmente en materia derechos sociales fundamentales en la "realidad constitucional" y en las legislaciones y prácticas de los Estados miembros de la Unión y en los países signatarios de tales instrumentos internacionales. Esa "regresividad" está planteando una disociación -e incluso una ruptura- entre la "constitución jurídica formal" (de base garantista y formalmente inalterada) y la "constitución jurídico-material realmente existente" (de base liberalizadora y de eficacia real en cuanto capaz de operar una verdadera "mutación constitucional" fáctica, en el sentido de revisión "in peius" del nivel de protección de tales derechos fundamentales; más allá de que esa mutación coexista con unas disposiciones de valor normativo fundamental sustancial "inactuadas"). Los derechos fundamentales están estrechamente vinculados a los poderes llamados a garantizarlos atendiendo a la realidad de una lucha por el derecho. La garantía de todos los derechos fundamentales no es solo formal, procedimental y jurisdiccional (con ser imprescindibles), requiere y presupone el respaldo e impulso permanente de poderes políticos institucionales. Los derechos fundamentales son un hecho de cultura mediatizada históricamente por las luchas sociales para garantizarlos y hacerlos valer.

En todo caso, cabe decir que el art.53 CDFUE (como sus homólogos -aunque diferenciados en su alcance- art.5 PIDESC y PIDCP y 53 del CEDH) garantiza formalmente el nivel de protección *ya reconocido* en el Derecho internacional y europeo y asimismo en la tradicionales constitucionales comunes a los Estados miembros (artículos 53 y 52.4 y 6 de la CDFUE).Por tanto, en el art.53 CDFUE se contiene un principio de no regresividad en el momento de su vigencia respecto al estándar ya alcanzado en materia de derechos fundamentales. Este es el significado jurídico de la utilizada técnica del nivel de protección en términos de comparación de derechos y valores correspondientes. El art. 53 CDFUE contiene una cláusula horizontal prohibitiva de la interpretación *in peius* introduciendo limitaciones o restricciones en el estándar de protección preexistente ("… derechos y libertades fundamentales *reconocidos"*) de los derechos fundamentales. Adviértase que lógicamente el precepto prohíbe interpretaciones peyorativas, pero no prejuzga el dato de que los derechos fundamentales puedan ser objeto en hipótesis de ciertas restricciones o limitaciones. Precisamente para este supuesto se establece que "cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades". Añadiendo a continuación que "dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás" (art.52, relativo al "Alcance e interpretación de los derechos y principios", de la Carta). El carácter relativamente restringible de los derechos fundamentales se vincularía a la previsión sobre la posible colisión o conflicto entre derechos y bienes jurídicos (señaladamente, mediante la sujeción a un test de proporcionalidad y el respeto a la cláusula de la garantía del contenido esencial). Y atendiendo a la estructura y función específica (derechos de libertad o de defensa; derechos de prestación y derechos de igualdad) del derecho fundamental existirán siempre "límites de los límites o de las restricciones", es decir, en formas de interdicción del exceso y en las formas de prohibición de protección deficiente o inadecuada. De ahí la trascendencia del juego del principio de proporcionalidad y del criterio de ponderación. En este orden de ideas, la garantía del contenido esencial aparece como restricciones a las restricciones[47].

Necesariamente este art.53 CDFUE debe interpretarse sistemáticamente con las previsiones del art.52 CDFUE que afirma, con contundencia manifiesta, que "en la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones" (art.52.4 CDFUE). De manera que la Carta no puede ser utilizada para limitar o lesionar derechos fundamentales ya reconocidos, ni tampoco servir de "coartada" para no respetar el mayor nivel de protección conferido en las constituciones internas al derecho fundamental de que se trate. Interesa destacar, a estos efectos, que dichas tradiciones constitucionales (al menos de los países más avanzados de Europa) suelen disponer de una estándar de derechos y garantías superiores al estándar mínimo que proporciona la Carta.

Por otra parte, no obstante su autonomía relativa, los tres niveles de protección de los derechos fundamentales (Derecho de la Unión, el Derecho Internacional y europeo y el Derecho constitucional nacional de los Estados miembros; art.53 CDFUE) forman parte de lo que, con expresión afortunada, el Preámbulo de la Carta, denominada patrimonio común en materia de valores y derechos fundamentales. Se indica, además, que la Carta *reafirma,* dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad, los derechos que emanan, en particular, de las *tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros,* del CEDH, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del TJUE y del TEDH (Preámbulo de la Carta).

[47] Para esto último, Alexy, R.: *Teoría de los derechos fundamentales,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 286 y ss.

Los derechos fundamentales *realizan valores superiores y estos "valores son comunes* a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres" (art. 2 TUE). Ciertamente, la Carta "no amplia el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados" (art.51.2 CDFUE), pero precisamente por ello tampoco es susceptible de impedir o prohibir un mayor nivel de protección al derecho fundamental otorgado por los sistemas constitucionales comunes a los Estados miembros. El propio art.52.4 CDFUE deja claro que ante posibles situaciones de conflicto de regulación que "los derechos se interpretarán *en armonía* con las" tradiciones constitucionales comunes a los países miembros de la Unión. Los posibles conflictos se quieren resolver más que en términos de jerarquía de sus fuentes reguladoras por vía de integración y coherencia ("en armonía") a través del reclamo de la función interpretativa del TJUE y, en su caso, del TEDH. Las relaciones de Carta con las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros en la *ratio* de art.52.4 CDFUE no se atiende estrictamente a los principios de jerarquía o de supremacía de los ordenamientos coexistentes, sino a través de una *típica relación de coordinación internormativa* de lo que tan sólo metafóricamente puede entenderse como "interno" (Constituciones nacionales) y "externo" (Carta y Derecho de la Unión; que no son en rigor técnico propiamente externos a los ordenamientos jurídicos de cada Estado miembro). Criterio no estrictamente jerárquico que se realza, además, por la indicación, recogida en el apartado 6 del art.52, en el sentido de que "*se tendrán plenamente en cuenta* las legislaciones y prácticas nacionales según lo especificado en la presente Carta". Esta normativa de interpretación se corresponde con la realidad materialmente constitucional de que, al menos por el momento, existe una dualidad de identidades colectivas: las identidades nacionales existentes y la identidad europea (en gran parte emergente e incompleta).

En este orden de ideas, se viene produciendo un diálogo e interferencia mutua entre ambas instancias jurisdiccionales, como se refleja paradigmáticamente en algunas sentencias de ambos tribunales de justicia: SSTJUE 6 de marzo de 2001, "Connolly", C 274/99; de 22 de octubre de 2002, "Roquete Frères", C 94/00; y de 7 de enero de 2004, "K.B", C 117/01; SSTEDH de 7 de junio de 2001, "Kress vs. Francia"; de 26 de febrero de 2002, "Fretté vs. Francia"; 30 de junio de 2005, "Bosphorus vs. Irlanda"; 12 de julio de 2005, "Okyay vs. Turquía"; y de 11 de enero de 2006, "Rasmussen vs. Dinamarca y Sorensen vs. Dinamarca; estas tres últimas con referencia expresa al art.53 de CDFUE). No se olvide que el art.53 CDFUE es una norma de garantía que contiene una regla de conflicto en el nivel de protección de los derechos (esto es, ante posibles conflictos de derechos que puedan suscitarse); y una normativa de la Carta que está dirigida eminentemente a las instituciones de la Unión -dentro del respeto del principio de subsidiariedad- y a los Estados miembros *únicamente cuando apliquen, directa o indirectamente, el Derecho de la Unión* (art.51.1 CDFUE).

El principio de no regresividad en el estándar alcanzado en materia de derechos fundamentales y el principio de respeto a posibles niveles de protección *más elevados* concurrentes se infiere de una obligada interpretación sistemática de conjunto de todo el *bloque o grupo normativo unitario* relativo a las "Disposiciones que rigen la interpretación y a la aplicación de la Carta" (Título VII, artículos 51 a 54), el cual contiene piezas normativas diferenciadas, pero inequívocamente interrelacionadas. Estos dos principios interpretativos se despliegan e inciden en los tres ámbitos de protección considerados ex art.53 CDFUE y que son reflejo de la aceptación de la pluralidad de instrumentos de garantía y su cristalización en la reafirmada coexistencia de una *protección multinivel* en el espacio jurídico europeo(que actúa en paralelo e interconexión funcional con la construcción teórica del llamado *multilevel constitucionalism* -constitucionalismo multinivel- subyacente a la fase actual de la integración europea):

— el Derecho de la Unión (preserva y reafirma el nivel de protección ya alcanzado en espacio jurídico de la Unión -ordenamiento jurídico europeo al que pertenece, paradójicamente, la misma Carta-, a través del juego de las técnicas de garantía de los derechos fundamentales como normas de garantía sustancial y como principios generales del Derecho de la Unión en su consideración por el TJUE),

— el Derecho Internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y, en particular, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (preserva y reafirma lo que de un modo u otro es patrimonio común internacional aceptado en el espacio jurídico de la Unión; tanto más cuando, en relación al instrumento aludido, se materialice la imperativa adhesión al CEDH ex art.52.3 CDFUE). La referencia al CEDH se realiza atendiendo a su indudable importancia garantista para una Unión Europea que opera en el mismo espacio geopolítico que el Consejo de Europa (como se infiere de las Explicaciones del Praesidium; hecho en el marco de la Convención que elaboró la CDFUE en Niza en 2000, en la versión originaria de la misma), pero con explícito carácter ejemplificativo y paradigmático. El art.53 CDFUE, dice "…y *en particular* el CEDH…"; y "en particular" no es todo instrumento internacional y europeo. De manera que deberá respetarse el nivel de protección conferido en instrumentos europeos tan relevantes como la Carta Social Europea en su versión revisada de 1996 (Adviértase que el Preámbulo se inspira en y reafirma los derechos consagrados en "las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa").

Reténgase que la Carta Social Europea es un instrumento jurídico fundamental del constitucionalismo democrático social europeo, siendo así un pilar determinante del denominado "modelo social europeo". Es manifiesta la interacción normativa existente entre los diversos instrumentos jurídicos europeos encaminados a la protección de los derechos fundamentales. Es criticable que la Carta Social Europea no sea aludida *expresamente* en disposiciones tan relevantes del Derecho de la Unión como el art.6.2 del TUE (que sí alude explícitamente el CEDH como instrumento regulador de principios generales del Derecho entre otros instrumentos jurídicos en los que se incluye implícitamente la Carta Social Europea, sencillamente porque esta forma parte y es fruto también de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros) y el propio art.53 CDFUE (que alude genéricamente a los instrumentos internacionales y convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros). Por lo demás, el TJUE viene haciendo referencia a la Carta Social Europea y admite que los derechos sociales pueden limitar o modular el ejercicio de las libertades económicas, sobre la base de que la Unión no sólo tiene una finalidad económica, sino también social. De manera que *los derechos sociales fundamentales de la Carta Social Europea son asumidos como principios generales del Derechos Social de la Unión*, como impone ahora deducir del mismo art. 6.3 del TUE, pues dicho instrumento europeo forma parte y es fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros(SSTJUE 1 de abril de 2008, "Maruko", C 267/06; 18 de diciembre de 2007, "Laval un Partneri", C341/05; 13 de septiembre de 2007, "Del Cerro Alonso", C 307/05**;** 11 de diciembre de 2007, "International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union", C 438/05; y 15 de abril de 2008, "Impact", C 268/06). Por ello sorprende que no se haya previsto en el art.6 del TUE una obligación de adhesión expresa de la Unión a la Carta Social Europea revisada, en contraste paradójico con la prevista para la

adhesión de la Unión al CEDH, también instrumento normativo de garantía emanado del Consejo de Europa (art.6.2 del TUE). Y sin embargo, ambos Tratados forman parte del *estándar europeo* de protección de los derechos fundamentales. Y no se olviden, igualmente, que las Explicaciones relativas a la Carta hacen referencia expresa a la Carta Social Europea revista en 1996 (así, señaladamente, a propósito de los artículos 23, 25, 30, 31, 33.2, y 34.3 de la CDFUE); e interesa reparar en que esas Explicaciones tienen reconocido un valor interpretativo en el sistema de la Carta, pues según el art.52.7, "las explicaciones (o guías) elaboradas en la interpretación de la presente Carta *serán tenidas debidamente en cuenta* por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros". Con todo resulta innegable que la Carta Social Europea aparece como uno de instrumentos normativos europeos que sirven de parámetro de referencia obligada en el Derecho de la Unión para la interpretación del sentido y alcance de los derechos fundamentales (en este caso de específico contenido social), lo que es confirmado oportunamente por la "Red de Expertos Independientes de la Unión Europea en materia de Derechos Fundamentales", creada por la Comisión Europea a iniciativa del Parlamento Europeo[48].

— así como por las constituciones de los Estados miembros (preserva y reafirma lo que puede considerarse como las tradiciones constitucionales comunes vigentes en los Estados miembros de la Unión Europea). Pero más allá de la aplicación directa o conexa con el Derecho de la Unión, la Carta (no sólo la cláusula horizontal ex art.53, sino también atendiendo a todas las demás disposiciones generales del Título VII) no obliga a realizar revisiones o reformas constitucionales en aquellas constituciones nacionales que puedan tener un estándar de protección inferior al garantizado por la Carta (y sin perjuicio de que esto sea no sólo lo deseable sino también lo más coherente con los valores y el compromiso de respecto a los derechos fundamentales expresado en los artículos 2 y 6 del TUE). El art.53 CDFUE tiene por finalidad exclusivamente la de impedir que cualquier tentación de que las disposiciones de la Carta puedan interpretarse como limitativas ("*in peius*") o lesivas de los derechos fundamentales *ya "reconocidos"*, entre otros ámbitos jurídicos, "por las constituciones de los Estados miembros". Garantiza la no minoración o lesión al estándar ya existente acotado en las constituciones respectivas de los Estados miembros. La *Explicación del Praesidium de la Convención relativa al artículo 53 (Nivel de protección)* deja constancia de que "el objeto de esta disposición es *mantener* el nivel de protección *que ofrecen actualmente* en sus respectivos ámbitos de aplicación el Derecho de la Unión, el Derecho de los Estados miembros y el Derecho Internacional. Se menciona, debido a su importancia, el CEDH". Su preocupa es, pues, es impedir una reducción o lesión del estándar de derechos ya garantizado en los distintos ámbitos referenciados.

El respeto al estándar mínimo de protección consagrado en el importante CEDH se infiere, por otra parte, del art. 52.3 CDFUE ("En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio"; a lo que añade, evitando toda duda sobre la finalidad de respetar dicho estándar, que "esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa", pues precisamente de lo que se trata es de respetar ese estándar mínimo diseñado en el CEDH). De ahí que

[48] Consúltese su comentario a la Carta en http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/rights/charter/docs/network_commentary_final%20_180706).

quepa concluir que el CEDH es de aplicación preferente, actuando como norma mínima de garantía en la delimitación del sentido y alcance de los derechos de tutela compartida.

Esta previsión tiene que coordinarse con la garantía del "nivel de protección" prevista en el art.53 CDFUE, cuando afirma que ninguna disposición de la Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos fundamentales *reconocidos,* entre otros instrumentos jurídicos, en el CEDH. Es obvio que la referencia a la unidad de sentido y alcance de la CEDH comporta la prohibición de realizar una interpretación de la Carta como norma que limite tales derechos tal como han sido interpretados por la Jurisprudencia del TEDH. Los derechos fundamentales se positivizan en normas, pero esas normas son necesariamente objeto de interpretación de su sentido y alcance en cada momento de la dinámica de la evolución de la cultura jurídica de los derechos por parte del TEDH, en su condición de guardián del control de eficacia y cumplimiento de los derechos garantizadas. Para llegar a esta conclusión no era estrictamente necesario que si indicara expresamente -como se sugirió en el proceso de elaboración de la Carta- que la interpretación conforme al CEDH lo es "tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia del TEDH". Ello no obstante, por razones de seguridad jurídica en el reforzamiento del sistema de garantías hubiera sido más pertinente que la norma ex art.53 CDFU hubiera hecho en su redacción una referencia literal expresa al sometimiento al CEDH tal como ha sido interpretado por el TEDH. La cuestión no sería en exceso preocupante si no fuera por el hecho de que de las Explicaciones oficiales se suprimió de modo sobrevenido la matización según la cual: "En ningún caso el nivel de protección ofrecido por la Carta podrá ser inferior al garantizado por el CEDH, lo cual tiene como consecuencia que el régimen de limitaciones previsto en la Carta no puede descender por debajo del nivel previsto por el CEDH" (Redacción originaria de la Explicación relativa al art.53 de la Carta). También quedó suprimida del texto final la Explicación Oficial del "Praesidium" al art.53 CDFUE, en cuyo segundo párrafo se decía que "El nivel de protección ofrecido por la Carta no podrá, bajo ningún concepto, ser inferior al garantizado por el CEDH, lo que trae como consecuencia que el régimen de limitaciones establecido en la Carta no puede quedar por debajo del nivel previsto en el CEDH".

No obstante, para la lógica de homogeneización de los estándares en el espacio jurídico fundamental de la Unión, debe tenerse en cuenta, a los efectos afrontar conflictos de lógicas protectoras derivadas de una posible (y problemática) protección inferior en las Constituciones nacionales, el estándar *mínimo mejorable* otorgado por la Carta. En efecto, conforme al art.52.4 CDFUE, "en la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos *se interpretarán (es un imperativo categórico dirigido ante todo al TJUE) en armonía con las citadas tradiciones".* La Carta no pretende sustituir a las constituciones nacionales en su ámbito de aplicación respecto a la garantía de los derechos fundamentales a nivel nacional (En este sentido, se manifestó ya inicialmente, la Comunicación de la Comisión Europea de 11 de octubre de 2000, sobre la naturaleza de la Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea; COM(2000) 644 final).

No obstante, la Carta establece un estándar mínimo de protección que posibles reformas de las constituciones nacionales tendrán que respetar ante todo en lo que se refiera a la aplicación directa o conexa con el Derecho de la Unión (pues, la misma pertenencia a la Unión determina inexcusablemente el obligado respeto al instrumento normativo vinculante que constituye la Carta, en virtud de la asimilación efectuada por el art.6.1 TUE). Ni tampoco parecería muy coherente que no lo respetarán tampoco en lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales exclusivamente a nivel nacional, entre otras cosas porque lo pertinente es que los Estados miembros de la Unión hayan suscrito el CEDH, la Carta Social Europea e incluso los Pactos Internacionales sobre derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales de 1966, que interactúan con sus propias constituciones nacionales. Esa "comunicabilidad" de los textos internacionales y de las

Constituciones internas, desde luego, no evitará que exista siempre una tensión permanente *entre* dichos instrumentos jurídicos internacionales y europeos y las constituciones nacionales respectivas. Pero inevitablemente se producirá una suerte de *co-evolución en la cultura europea de los derechos fundamentales.* En países como España, en los que aparte de su pertenencia a la Unión se dispone de un canon hermenéutico en materia de derechos fundamentales como el contenido en el art.10.2 CE, la Carta tendrá una repercusión directa en nuestro Derecho interno. Y esa aproximación e integración dinámica de las garantías y técnicas de protección de los derechos fundamentales no puede considerarse en sí negativa desde el punto de vista de la defensa de tales derechos.

3.3. El obligado respeto al estándar de protección multinivel reconocido en el CEDH del Consejo de Europa, las "*Cartas Sociales Europeas"* y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros

El Preámbulo de la CDFUE pretende integrarse en el sistema de garantía multinivel de los derechos y libertades fundamentales con expresa referencia al CEDH y a la CSEr (aparte de la Carta de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989). En tal sentido declara que: "La presente Carta reafirma, dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad, los derechos que emanan, en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del *Convenio Europeo* para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las *Cartas Sociales* [Europeas] adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este contexto, los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros interpretarán la Carta atendiendo debidamente a las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea".

El instrumento de la Carta pretende integrarse con el CEDH, de manera que la Unión está obligada a respetar los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el CEDH. El sistema de Carta y de los Tratados está pensado ya para la adhesión a ese instrumento internacional de garantía de los derechos fundamentales. Esa adhesión tendría por efecto inmediato una tutela externa de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea. Esa idea integradora se manifiesta nítidamente en el art.52.3 CDFUE, según la cual el sentido y alcance de los derechos fundamentales ha de ser necesariamente "igual" al de los dos instrumentos jurídicos europeos. Pero sin impedir que el Derecho de la Unión pueda conceder una protección más amplia o extensa. Con ello, aparte de la búsqueda de una regulación coherente y armoniosa, lo que verdaderamente se pretende es *garantizar un estándar mínimo de protección,* que pueda ser mejorado en el marco del Derecho de la Unión, sobre la base la "comunidad de valores indivisibles y universales" a que alude el Preámbulo de la Carta. La universidad subjetiva tiende a expandir la idea-fuerza de que los derechos fundamentales son derechos de la persona en sí (con independencia de su nacionalidad de origen)[49], y no exclusiva y restringidamente derechos del ciudadano. Precisamente mediante la internacionalización (universalización) y "europerización" de los derechos fundamentales se tendería a transitar del "*status civitatis*" al "*status personae*", esto es, *evolucionar desde los derechos tradicionales del ciudadano (en el sentido tradicional vinculado a la nacionalidad) a los derechos de la persona como tal* y en una dimensión universalista e indivisible. Es así como cabe entender la "internacionalización" y "europeización" de los derechos fundamentales, esto es, substrayéndolos del condicionante liberal de

[49] Reténgase que conforme a la Declaración de Filadelfia relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, de 10 de mayo de 1944: "todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual *en condiciones* de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades".

la "Nacionalidad" (Un camino "intermedio" para alcanzar ese objetivo, por así decir, ha sido conectar la dotación de derechos vinculados a la "residencia"). Se trata de vincular derechos a la persona en sí (estatuto jurídico-protector de la persona) y, al propio tiempo y de manera no sustitutiva, de vincular derechos al empleo (estatuto jurídico-protector de empleo). Este doble título de atribución de derechos es tanto más importante cuanto se está produciendo un retroceso (*regresividad*) del estatuto jurídico protector de las personas y de los trabajadores (en general, y de los inmigrantes en particular).

Dicho criterio de garantizar un estándar mínimo de protección, que otorga prioridad aplicativa al instrumento que establezca un nivel superior de protección, se había consagrado anteriormente en otros instrumentos internacionales tanto de Derecho Internacional general (Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales) como de Derecho Internacional regional europeo (Convenio Europeo de Derechos Humanos). Nuestro propio Tribunal Constitucional ha mantenido que "que la Carta se concibe, en todo caso, como una *garantía mínima,* sobre los cuales puede desarrollarse el contenido de cada derecho y libertad hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso por el Derecho interno" (Dictamen 1/2004, de 13 de diciembre, sobre la ratificación de la Constitución Europea). Por lo demás, la Carta nunca puede ser interpretada en el sentido de minorar los derechos -inclusive los no incorporados explícitamente en el sistema de la Carta- reconocidos en los Tratados, en el Derecho Internacional general y regional europeo (señaladamente, el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos), ni tampoco por las constituciones de los Estados miembros (Ello se infiere no sólo del art.53 CDFUE, sino también del art.6.3 del TUE, conforme al cual los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentas y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros *formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales*). El art. 53 CDFUE impone el respeto a los derechos ya reconocidos en otros instrumentos jurídicos, con independencia de que hayan sido o no insertados expresamente en el texto de la Carta. En tal sentido, no resulta innecesario llamar la atención sobre el dato normativo consistente en que el art. 6.3 TUE toma en consideración y somete a la Unión al estándar de derechos fundamentales garantizado no sólo por el CEDH, sino también al conjunto de derechos que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Eso sí, afirmando que "formarán parte del Derecho de la Unión *como principios generales"* del Derecho de la Unión Europea.

Tras la adhesión de la Unión, el CEDH *constituirá el nivel mínimo* de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en Europa y tendrá una relevancia jurídica fundamental, en particular en los casos en que la protección que brinda la Unión sea inferior a la prevista en el CEDH. Ciertamente, el CEDH refuerza la protección de los derechos garantizados por la CDFUE que entran dentro de su ámbito de aplicación y que la Carta también reconoce otros derechos y principios que no se recogen en el CEDH y asimismo que la CDFUE también acoge otros derechos y principios que no se recogen en el CEDH sino en los Protocolos adicionales y en instrumentos relacionados con el CEDH. Por otra parte, la adhesión al CEDH proporcionará un *mecanismo adicional* para la aplicación de los derechos humanos, a saber, la posibilidad de presentar una demanda ante el TEDH en relación con una acción u omisión por parte de una institución de la Unión o de un Estado miembro en el marco de la aplicación del Derecho de la Unión y que se inscriba en el marco de las competencias del CEDH.

No obstante, esto no altera el sistema vigente de jurisdicción del TJUE ni del TEDH, y el requisito de haber agotado primero todos los recursos judiciales internos continuarán siendo la condición para la admisibilidad de cualquier recurso. Por tanto, la adhesión al CEDH exigirá, al mismo tiempo, una mayor cooperación dinámica institucional y funcional entre los tribunales nacionales, el TJUE y el TEDH en cuanto a la garantía de los derechos fundamentales. Esa cooperación entre los dos máximos tribunales europeos impulsará el desarrollo de un *sistema de jurisprudencia coherente*

en el campo de los derechos humanos. Por lo demás, debe destacarse el dato jurídico consistente en que el art.1 CEDH no sólo garantiza la protección de los ciudadanos de la Unión y de otras personas que se encuentran en el territorio de la Unión, sino también la de *cualquier individuo* que se acoja a la jurisdicción de la Unión fuera de su territorio. Adicionalmente, el Parlamento Europeo ha entendido que en el momento de la adhesión al CEDH, los Estados miembros deberían comprometerse, tanto entre ellos como en sus relaciones con la Unión, a no recurrir a una demanda entre Estados por incumplimiento en el sentido del art.33 CEDH cuando el acto u omisión objeto del litigio o controversia corresponda al ámbito de aplicación específico del Derecho de la Unión, porque de no ser así ello sería contrario a lo establecido en el art.344 TFUE [Véase, respecto a esto último, la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2010, sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas (2009/2241(INI) (2001/C 161 E/12)].

Adviértase que la adhesión de la Unión al CEDH implica el reconocimiento por parte de la Unión de la totalidad del sistema de protección de los derechos fundamentales tal y como ha sido desarrollado y codificado en los numerosos documentos y organismos del Consejo de Europa. En este sentido, la adhesión de la Unión al CEDH representa un primer paso fundamental que *deberá ser completado con la adhesión de la Unión, entre otros instrumentos, a la Carta Social Europea* firmada en Turín el 28 de octubre de 1961 y revisada en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, en coherencia jurídica con los avances consagrados en la CDFUE y en la legislación social de la Unión Europea (aparte de en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros). [Véase Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2010, sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas (2009/2241(INI) (2001/C 161 E/12)].

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea pretende garantizar los derechos fundamentales con el alcance y nivel de protección que el que se infiere de las tradiciones constitucionales comunes de los países miembros, consagrando un estándar común en el ámbito de la Unión respecto a los derechos fundamentales compartidos. Efectivamente, se indica que "en la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones" (art.52.4 CDFUE). Se consagra, pues, un *Derecho Común Europeo* en materia de derechos fundamentales vinculado a las tradiciones constitucionales comunes -pero en parte también heterogéneas en numerosos aspectos (relativos al contenido, la titularidad, modos de ejercicio y sistemas de límites y de garantías)- de los Estados miembros(art.52, apartados 4 y 6 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea -CDFUE-; art.6.3 TUE), a los instrumentos normativos europeos de garantía de tales derechos (de modo destacado, la CEDH y la Carta Social Europea) y la jurisprudencia establecida por el TJUE y el TEDH (artículos 52.3 y 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea -CDFUE-; art.6, apartados 2 y 3 del TUE). El TJUE como órgano jurisdiccional de la Unión tendrá que apreciar y determinar específicamente la existencia de las tradiciones constitucionales comunes teniendo en cuenta el nivel de protección *más elevado* y la necesidad de realizar una interpretación coherente y armoniosa de dichas tradiciones con el tratamiento de los derechos fundamentales realizado por la Carta en consonancia con la aplicación del Derecho de la Unión (artículos 52.4 y 52.2, en relación con el 51.1 de la CDFUE).

Ahora bien, el respeto a ese Derecho Común de los Estados miembros tiene que compaginarse, en una interpretación sistemática y finalista coherente, con la apuesta de la propia Carta por el nivel *más elevado* de protección entre los instrumentos concurrentes en un caso concreto, como impone deducir del art.53 CDFUE. Tampoco impedirá que el Derecho de la Unión pueda conceder una protección o garantía más amplia. Asimismo, el CEDH asume una función relevante en el marco de

la interpretación de la CDFUE en la medida en que algunos derechos garantizados en la Carta que se correspondan con derechos reconocidos en el CEDH deben ser interpretados conforme con este y que el CEDH es, en virtud de lo establecido en el art.6.3 TUE, una fuente de inspiración privilegiada para el TJUE en la formulación de principios generales del Derecho de la Unión. Además, el CEDH, con arreglo a lo previsto en el art.53 CDFUE, no puede interpretarse de manera que limite o vulnere derechos garantizados en la Carta, debiendo ésta mantener todo su valor jurídico vinculante [Véase, para esto último, la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2010, sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas (2009/2241(INI) (2001/C 161 E/12)].

De este modo, el *común denominador* no podría ser, en puridad, nunca inferior al propio estándar consagrado en las tradiciones constitucionales de cada Estado miembro. Este es el sentido que debe tener la expresión utilizada en el sentido de que "dichos derechos se *interpretarán en armonía* con las citadas tradiciones". La Carta pretende que no existan diferencias significativas o relevantes en la concepción y tratamiento conferido por ella y el que deriva de las tradiciones constituciones comunes a los países miembros. No es coherente, en la lógica del garantismo jurídico, que existan disonancias y fricciones entre los catálogos europeos y de las constituciones de los Estados miembros en materia de derechos fundamentales. A ello se añade el *principio de favor hacía el mejor nivel de garantía* de los derechos fundamentales (que es expresión del principio de *favor libertatis* que postula una interpretación extensiva de los derechos garantizados en los textos constitucionales o normativo de valor fundamental) recogido en el art.53.2 CDFUE, pues éste consagra el estándar de protección *más elevado* en las relaciones -en esto no jerarquizadas por el principio de primacía en atención a la tutela de los derechos fundamentales- entre el otorgado a nivel de la Unión y el conferido en el ámbito nacional correspondiente. Se garantiza, pues, la interpretación conforme al nivel de protección *más elevado*, que plantea, eso sí, el problema de la dificultad de un tratamiento uniforme del derecho fundamental en todo el espacio de la Unión. Ello no obstante, estas cláusulas horizontales o transversales (apartados 5 y 6 del art.52 CDFUE) a la par que tratan de impedir las situaciones de conflicto, suponen también una limitación del desarrollo jurisprudencial y del Derecho de la Unión en materia de derechos fundamentales.

En todo caso, un sistema de protección integral coherentemente construido de los derechos fundamentales en la Unión Europea *requiere de suyo la incorporación de la Carta como parte dogmática en el sistema de los Tratados.* Y tiene que ser así porque la Carta no debería ser un instrumento jurídico de valor fundamental *separado* del sistema de los Tratados (TUE y TFUE), sino un instrumento integrado en dicho sistema constituyente precisamente en atención a que los derechos fundamentales son el elemento de legitimidad de todo sistema democrático. Supone la realización efectiva en la Norma Fundamental del Derecho originario de la declaración recogida en el art.2 TUE, conforme a la cual la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres. Objetivos y fundamentos de la Unión que son *reiterados* en el Preámbulo de la misma Carta, mostrando que los valores indivisibles y universales que cristalizan en los derechos fundamentales son la base de los principios de la democracia y de un sistema jurídico democrático.

En la perspectiva del garantismo jurídico que debe presidir un instrumento jurídico de reconocimiento al máximo nivel de los derechos fundamentales no debería haberse realizado esa distinción y en todo caso de hacerlo, como se ha hecho, debería haberse precisado sin ambigüedad cuáles son los derechos y cuáles los principios. Al final esa distinción deberá ser depurada por el TJUE,

el cual tendrá la posibilidad de realizar esa delimitación, pero respetando siempre las previsiones de artículos como el 52.5 y 53 de la CDFUE.

Efectivamente, esta distinción no está exenta de ambigüedad, atendiendo al proceso de elaboración de la Carta y ante todo a las Explicaciones oficiales, parece que ello remite a una configuración distinta, pues los derechos subjetivos deberán ser respetados y a diferencia de los principios que simplemente deben ser observados y promovidos a través de intervenciones positivas que serían estrictamente necesarias para su ejercicio o disfrute. Mientras que los derechos subjetivos son derechos justiciables directamente; los principios no generarían derechos subjetivos inmediatamente alegables y exigibles. Como se indicó la tentación fácil -a tenor de lo establecido en el art.52 CDFUE- es la de entender que los "auténticos" derechos subjetivos serían los tradicionales derechos de libertad y los derechos de contenido patrimonial, mientras que los derechos sociales de prestación (derechos a una acción positiva del Estado o poder público que les imponen la realización de determinados objetivo o la materialización de determinados resultados correspondientes), más que derechos serían "principios" que exigen y están condicionados a la intervención pública y que, por tanto, no serían inmediatamente actuables sino es a través de los actos legislativos o ejecutivos de aplicación. De manera que, como se dice en las Explicaciones, no dan lugar a derechos inmediatos de acciones positivas de las instituciones de la Unión o de las autoridades públicas de los países miembros.

Lo que, se afirma, sería coherente tanto con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia[50] como con el planteamiento de los sistemas constitucionales de los Estados miembros respecto de los «principios», en particular en el ámbito del Derecho social. Y es que ciertamente la idea subyacente a los principios es que al amparo de ellos directamente no se generan derechos subjetivos, siendo necesario un desarrollo normativo adicional para hacerlos valer. Los principios tienen fuerza normativa vinculante unilateral para los poderes públicos de la Unión y de los Estados miembros, pudiéndose ser alegados conforme a las concretas modalidades de aplicación previstas por las normas de desarrollo. Actúan, pues, ante todo como límites de los poderes públicos de la Unión y de los Estados miembros. Se realza que los principios "sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad "de los actos legislativos o ejecutivos de tales poderes públicos, europeos y nacionales (art.52.5 CDFUE).

Por lo demás, tales principios *carecen de la garantía que confiere la cláusula del contenido esencial*, que el art.52.1 CDFUE parece reservar exclusivamente para los derechos y libertades fundamentales. Ahora bien, esos límites en cuanto a las condiciones de su alegación ante el orden jurisdiccional no supone una imposibilidad o prohibición para invocar o aplicar dichos principios por los jueces y tribunales y deberán informar necesariamente la práctica judicial, a pesar del carácter ciertamente restrictivo del último párrafo del apartado 5 del art.52 de la Carta, según el cual tales "principios" sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de los actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos emanados de los Estados miembros exclusivamente cuando apliquen (directamente o *de forma conexa*) el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas.

[50] Véase en particular la jurisprudencia sobre el «principio de cautela» que figura en el apartado 2 del artículo 191 del TFUE: sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de septiembre de 2002 en el asunto T-13/99, "Pfizer" contra Consejo, que contiene numerosas referencias a la jurisprudencia anterior, así como una serie de sentencias sobre el artículo 33 (antiguo artículo 39) sobre los principios de la legislación agrícola, por ejemplo, la TJUE en el asunto 265/85, Van den Berg, Rec. 1987, p. 1155: control del principio de estabilización de mercados y de confianza legítima).

Al tiempo, el apartado 5 del art.52 CDFUE lo que incide de manera inmediata y visible es una limitación de la aplicación y sus posibilidades evolutivas a través de la labor judicial, pues limita el conocimiento judicial de los "principios" a la interpretación y la verificación de la legalidad de los actos legislativos y ejecutivos emanados de las instituciones y organismos de la Unión o de los Estados miembros. Esta lectura inmediata y visible puede ser discutida y debe ser, sin embargo, matizada en un enfoque sistemático y teleológico de conjunto con los demás instrumentos jurídicos europeos en materia de derechos fundamentales. En efecto, más allá de que resulte criticable la distinción en sí *aplicada a los derechos fundamentales garantizados,* es lo cierto que la Carta ha de ser interpretada sistemáticamente y atendiendo a un criterio de unidad y coherencia interna. Y en tal sentido no se puede desconocer en ningún momento que la Carta contiene numerosos reenvíos a otros instrumentos internacionales reguladores de derechos fundamentales que muestran que se respetan los derechos sociales fundamentales ya garantizados (y por garantizar) en instrumentos como los propios Tratados fundacionales revisados, que contienen ya un conjunto incompleto de garantía de ciertos derechos de contenido social (art.52.2 CDFUE), el Convenio Europeo de los Derechos Humanos, que contiene algunos derechos de contenido social (art.52.3) y asimismo -y en materia de derechos fundamentales más significativos- el respeto a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros (art.52, apartados 5 y 6, según los cuales en la medida en que la Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones comunes a los países miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones; y a su vez, se deberán tener en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales de regulación específica en materia de derechos fundamentales -y no solo los textos constitucionales aludidos en el apartado 4 del art.52- según lo especificado en la Carta; lo que se aplica también a las "normas de principios" y, por supuesto, a todas las normas de la Carta reguladoras de derechos fundamentales civiles y políticos, económicos, sociales y culturales y los de la cuarta generación).

Todo ello reforzado con la "cláusula de blindaje" transversal contenida en el art. 53 CDFUE (norma de valor fundamental dentro del Derecho de la Unión), situado en la lógica de aceptación del pluralismo jurídico-constitucional realmente existente en los Estados miembros de la Unión, pero, al mismo tiempo, deja claro que queda salvaguardada la aplicación del nivel de protección *más elevado* respecto a la regulación de un mismo derecho fundamental en los diversos instrumentos de garantía (Derecho de la Unión, Derecho Internacional general y europeo y tradiciones comunes de los Estados miembros). Lo cual refleja el policentrismo normativo, la interconexión y ósmosis entre ordenamientos jurídicos diferenciados, que confiere una mayor complejidad a los procesos regulativos enmarcados y actuados en un contexto jurídico caracterizado por un marcado pluralismo de las fuentes de producción normativa. De manera que la coexistencia de distintos instrumentos y niveles de protección conducirá necesariamente por imperativo del art.53 CDFUE a aplicar el nivel de protección garantista *más elevado* (estándar superior de protección): de lo que se trata es evitar una reducción del nivel de protección o de garantía de los derechos fundamentales. Debe tenerse en cuenta que los derechos sociales fundamentales equiparados al resto de los derechos fundamentales no dejan de ser "sociales" por esa misma equiparación, pues contempla no al hombre o a la persona abstractamente, sino *socialmente situado* en el entramado de la sociedad, lo cual no sólo no se prejuzga en el sistema de la Carta, sino que aparece como una realidad irreductible por el momento de los instrumentos internacionales, europeos y constituciones nacionales reguladores de los derechos fundamentales (incluidos los de naturaleza y contenido social).

Pero, aparte de ello, se impone una interpretación sistemática externa a la Carta -pero interna al Derecho de la Unión, pues la Carta es un instrumento normativo de la Unión Europea- en relación con el sistema de los Tratados. Y en tal sentido, sería suficiente recordar que los derechos fundamentales que garantiza el CEDH y los que son fruto de las tradiciones constitucionales a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como *principios generales del Derecho* (art.6.3 TUE). Lo

que en esta perspectiva sí resulta insuficiente es la falta de previsión *expresa* de la adhesión paralela de la Unión a la Carta Social Europea de 1961, revisada en 1996, que es el instrumento normativo de Derecho internacional regional europeo que mejor garantiza la efectividad de los derechos fundamentales de contenido social. No obstante la Carta viene referida indirectamente en el art.53 CDFUE, cuando se refiere en términos generales a los instrumentos de regulación internacional y europeo en materia de derechos fundamentales, y aclara que "en particular" (pero no exclusivamente) al CEDH. Es manifiesto que, en este sentido, que se incluye implícitamente a la Carta Social Europea, que, como se sabe, es un instrumento normativo del Consejo de Europea encaminado a garantizar monográficamente los derechos sociales fundamentales. Ciertamente, la alusión tendría que ser expresa a la par que se debería imponer también la adhesión de la Unión a la Carta Social Europea revisada. En este sentido, la referencia recogida en el Preámbulo de la Carta es sin duda también muy importante, pero insuficiente ya que no se recoge en el propio texto normativo de la Carta. En efecto, se indica que "La presente Carta reafirma, respetando las competencias y misiones de la Comunidad y de la Unión, así como el principio de subsidiariedad, los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal de Derechos Humanos" (Preámbulo de la CDFUE). Por otra parte, hay que tener en cuenta la vinculación generalizada de los Estados miembros de la Unión con el Consejo de Europa y con sus dos instrumentos de garantía de los de los derechos fundamentales (Carta Social Europea y CEDH), lo que no puede sino trascender y penetrar directamente en sus respectivas tradiciones y culturas nacionales (formando parte de ellas) en materia de protección de todos los derechos fundamentales.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la Carta Social Europea es aludida en el propio sistema de los Tratados. Así, y paradigmáticamente, dispone el art.151 TFUE que "la Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 [Versión Revisada de 1996], y en la Carta comunitaria de los derechos fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contras las exclusiones".

Tampoco es baladí hacer notar que la tentación de una devaluación -o incluso desnaturalización- de los derechos sociales a simples normas programáticas de principios puede afectar a la misma idea de democratización del proceso de construcción de la Unión, toda vez que los derechos sociales son elementos determinantes de la legitimidad de todo orden jurídico-democrático, y expresan la realización materializada de los valores de libertad, igualdad y fraternidad (con la que se debe vincular la versión laica de la solidaridad). Esa configuración técnica es inadecuada para articular su garantía efectiva y posibilita su configuración instrumental y subordinada a la lógica de las libertades económicas configuradas como derechos en el Derecho de la Unión. Se convendrá que los derechos sociales de prestación requieren de normas directivas introducidas en las disposiciones de reconocimiento del derecho (precisamente como garantías de efectividad o cumplimiento) que atribuyan obligaciones de materialización, de resultado, a los poderes públicos, sin cuya actuación quedan inactuados o en suspenso en cuanto a su eficacia jurídica realmente operativa. Sin estas normas directivas las normas de reconocimiento tienden a derivar y vencerse hacia las reglas meramente programáticas. No se olvide que los derechos sociales dan contenido a la "Constitución jurídico-social"; y surgieron significativamente en el tránsito del Estado liberal al Estado Social de Derecho. De lo que se trataba,

básicamente, como dijera Hermann Heller, era de extender el Estado de Derecho a la esfera del trabajo y de los bienes. En virtud de esa nueva tarea de la comunidad política organizada, los poderes públicos deben velar (como deber jurídico y político que se les impone) por la "procura existencial" (*Daseinvorsorge*), asumiendo la responsabilidad de proporcionar a los individuos las prestaciones y servicios públicos para subvenir a sus necesidades consideradas en cada momento histórico como social y políticamente relevantes para garantizar una digna calidad de vida y trabajo.

Por otra parte, en el texto de la Carta la formulación de los derechos sociales (algunos en "clave de principios") se hace acompañar con la previsión genérica de posibles limitaciones discrecionales y de reenvío de sus modalidades de ejercicio al Derecho de la Unión y a las legislaciones y prácticas nacionales. El riesgo es que esa configuración como normas programáticas de principios (donde se ubicarían los derechos sociales fundamentales de prestación), sin las garantías de respeto al contenido esencial y con un sometimiento "difuso" al estándar mundial (artículos 52.5 y 53, *in fine* de la Carta) no permita proteger adecuadamente respecto a posibles retrocesos del nivel de garantía y protección conferidos a dichos derechos en los ordenamientos jurídicos nacionales. No es difícil constatar en las políticas sociales nacionales, en tal sentido, la creciente re-mercantilización y contractualización de los antes considerados derechos sociales de desmercantilización de necesidades fundamentales de los individuos en el marco o fuera del trabajo profesional[51].

El resultado es la verificación de una *posición jurídica debilitada* de los derechos sociales fundamentales (degradados a simples normas programáticas de principios sin prescripciones directivas de cumplimiento) en la sistemática de la Carta, a pesar del dato indudablemente positivo de que tales derechos aparecen formulados como derechos análogos y equiparados al conjunto de los derechos fundamentales clásico o tradicionales garantizados en la Carta. Los derechos sociales se encuadran sistemáticamente en una organización jurídica por categorías de valores a los que sirven de modo preeminente: así aparecen en la Carta bien en el título dedicado a la solidaridad, o en menor medida en los títulos dedicados a la libertad y a la igualdad. De este modo, rehusando establecer una clasificación artificiosa en términos tradicionales (derechos de la primera, segunda, tercera y cuarta generación) se realza la unidad e indivisibilidad de todos los derechos fundamentales. Y sin embargo esa unidad de todos los derechos fundamentales (que en sí misma contrarresta aquellas extendidas posiciones doctrinales que han venido negando esa condición a los derechos sociales y también a los derechos de la cuarta generación) es en no poco desvirtuada por el distinto tratamiento conferido a través del dualismo entre "derechos" y "principios" que se efectúa ante todo en el Título VII ("Disposiciones Generales que rigen la interpretación y aplicación de la Carta") de la Carta. Sin normas que determinen y prefiguren (formen y conformen) el contenido de los derechos y los deberes de actuación que comportan se va a atribuir un amplísimo margen de discrecionalidad al orden jurisdiccional.

Ese margen de discrecionalidad acentuará sin unas fronteras precisas el carácter creativo de la actividad jurisprudencial del TJUE y los jueces y tribunales estatales (Es obvio que no es suficiente el reconocimiento y respeto del derecho, sino que además tendría que haberse incorporado a las garantías obligaciones positivas de actuación o intervención a los poderes públicos; los derechos sociales de prestación no se organizan por sí mismos, ni se satisfacen automáticamente a través del libre juego de las fuerzas sociales, sino que han de alcanzarse por medios jurídicos y políticos que realicen los deberes de actuación pública necesarios para hacerlos valer; sino no hay garantías de equilibrio de

[51] Monereo Pérez, J.L.: "La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de desmercantilización"", *Revista de Trabajo y Seguridad Social,* núm. 19, 1995, pp. 7 a 46; *Ibid, Derechos Sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, pp. 27 y ss., y 159 y ss.

fuerzas y de desmercantilización de posiciones jurídicas las situaciones de desequilibrio materiales se traducen en la preeminencia del derecho del más fuerte. De manera que aquí las condiciones de efectividad de los derechos formulados deben poder ser puestas efectivamente en práctica). Aun siendo valorable positivamente la regla de conflicto recogida ex art.53 CDFUE (al impedir que la Carta pueda ser interpretada como limitativa o lesiva de los derechos fundamentales ya reconocidos en instrumentos internacionales, europeos y constituciones nacionales, lo que acaba haciendo prevalecer el estándar de garantía *más elevado*), ese margen tan amplio de discrecionalidad judicial (como igualmente respecto al propio legislador de desarrollo de los débiles o difusos mandatos contenidos en la Carta) subsistirá en los casos de conflictos entre los derechos garantizados en la tarea de buscar el nivel de protección más eficiente y adecuado. Hubiera sido preciso que las *disposiciones normativas* de la Carta delimitaran con mayor precisión el contenido de los derechos y los deberes de actuación correspondientes de los poderes públicos para la efectividad de los derechos sociales, ofreciendo así un parámetro de comparación y ponderación en los casos de conflicto previstos en el art.53 CDFUE (en relación con el art. 52 del mismo cuerpo jurídico).

Lo que ha cristalizado en el texto del Sistema de los Tratados (e incluso en el frustrado Tratado instituyente de la Constitución Europea) es una constitución social que incorpora una *decisión débil* o si se quiere, por decirlo expresivamente, una "constitución interna débil", que se proyecta en un sistema de garantías constitucionales debilitadas. Se configura un edificio normativo abstracto e incompletamente diseñado y, en definitiva, deficitariamente construido:

Primeramente, falta un sistema de garantías jurisdiccionales al estilo del art.53 CE, por ejemplo, que incluye el instrumento reforzado del recurso de amparo ante el más alto tribunal que asume la jurisdicción constitucional. Con la posibilidad de alegación directa (y no mediatizada) ante el TJCE. El art.6 del TUE y las disposiciones de aplicación de la Carta -elevada a rango de Tratado de la Unión Europea-, no deja sombra de duda al respecto. No obstante, tanto el art.6 TUE, como el sistema de garantías establecido por la Carta, dejan constancia del principio de obligatoriedad general de todos los derechos fundamentales, sin posibilidad de exclusión o de reserva de cláusulas. El art.52.1 CDFUE es particularmente expresivo de ello, al afirmar que cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley (nótese que se trata aquí de una *cláusula de reserva explícita,* contenida en una disposición o norma iusfundamental de la Carta que autoriza o prevé expresamente limitaciones) y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del principio de proporcionalidad (que impone al intérprete la tarea de buscar un equilibrio satisfactorio entre los derechos en conflicto), sólo podrán introducirse limitaciones (que deben respetar la garantía del contenido esencial) cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás. Esto obliga, de algún a modo, a identificar un núcleo del derecho fundamental que ha de ser respetado y no restringido por el legislador, aunque tienen cabida -y serían admisibles- intervenciones legislativas, siempre que respeten el principio de proporcionalidad, lo que conduce a la determinación del contenido esencial atendiendo a un criterio técnico de razonable ponderación.

Por lo demás, se establece, de manera elocuente, un principio de normación mínima respecto al nivel de protección, ya que "ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros" (art.53 CDFUE). La idea subyacente es establecer un mínimo denominador común de protección de los derechos y libertades fundamentales. Ahora bien, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea obliga al respeto del contenido esencial,

pero cabe objetar que el texto de la CDFUE cuando reconoce los derechos rara vez establece una conformación más o menos precisa de su contenido, es decir, se carece, por lo general, de una garantía de predeterminación y prefiguración del mismo operante como límites a los desarrollos legislativos.

En el Sistema de los Tratados se excluye de la acción legislativa y de coordinación comunitaria un conjunto de derechos sociales fundamentales, cuya garantía débil hacen irreconocible un Derecho constitucional del Trabajo (y en particular, un derecho sindical): salario (y en particular, el salario mínimo, por otra centro preferente de la negociación colectiva interna y europea), el derecho de huelga (el cual autentifica el sistemas de relaciones laborales basado en relaciones reales de poder) y el mismo derecho de asociación (incluido derecho de sindicación). En efecto, según el art.153 TFUE (ya en el Título X sobre "Política social" como ámbito específico de acción de la Unión Europea), para alcanzar los objetivos mencionados en el art.151, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en diversos ámbitos de la política social. Pero en el apartado 5 del art.154 TFUE se dice expresamente que: "Las disposiciones del presente artículo no se aplicará a las retribuciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal" (criticable ya en sí por la simetría de ambos derechos, que puede dar lugar peligrosamente a un auge de la doctrina de la paridad de armas de presión colectiva). Sólo son objeto de "proclamación", pero tras la reforma del Tratado de Lisboa se les dota de fuerza jurídica vinculante.

Y es que la CDFUE no puede alterar las bases del Derecho Social de la Unión en materia de derechos fundamentales, incluidos los derechos sociales que presentan un déficit de tratamiento y regulación en el sistema de los dos tratados fundacionales de la Unión. Aunque resulta innegable que la CDFUE -como en el fondo lo son los son el CEDH y la CSEr- tiene una marcada dimensión "constitucional", utilizando esta expresión en un sentido jurídico-material y en clave de Derecho Internacional público y de Derecho Europeo en particular; y lo que se espera, al tiempo, es que este instrumento con rango de Tratado de la Unión Europea (art. 6.1 TUE), se incorpora como parte declarativa o dogmática de derechos fundamentales en el Tratado de la Unión Europea (En el sentido en que estaba previsto en la frustrada Constitución de la Unión Europea)[52]. Sus fuentes de inspiración, aparte de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, han sido los dos instrumentos fundamentales del Consejo de Europa.

Con todo, una garantía efectiva y coherente de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta exigiría que se completara su total y completa "constitucionalización" en el sistema de los Tratados, como pretendía el "non nato" Proyecto de Tratado de la Unión Europea de 2004 y la configuración constitucional de la Carta como una Parte Dogmática del Texto Constitución Europeo, dotada de fuerza normativa constitucional y fuerza vinculante bilateral en todos sus elementos. Es necesario transitar de la relativa "desconstitucionalización" de la actual fase de positivización de la Carta (quedando fuera del sistema de los Tratados, aunque con una naturaleza y eficacia jurídica análoga o equiparada a ellos) hacia su inserción orgánica e institucional dentro de una inequívoca y necesaria "Constitución Europea" (actualmente ex art.6.1 TUE, la Carta queda situada fuera del revisado sistema de los Tratados fundacionales). Y una vez "constitucionalizada" plenamente la Carta, debería procederse a actuar las "normas de garantía" (incluidas las tutelas jurisdiccionales con el TJUE como guardián de los derechos reconocidos, en colaboración activa y dialógica con el TEDH), y las "normas directivas" y "promocionales" de todos los derechos fundamentales (y no sólo los sociales) por parte de los poderes públicos de la Unión y de los Estados miembros. Es entonces cuando en rigor se podrá hablar de un espacio jurídico europeo de garantía integral de los derechos fundamentales. Mientras tanto el "marco" vigente de la Unión es insuficiente y deficiente. Se

[52] *Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*, adoptado por consenso por la Convención Europea los días 13 de junio y 10 de julio de 2003, presentado al Presidente del Consejo Europeo en Roma, 18 de Julio de 2003.

comprenderá que la Unión como comunidad política democrática, tiene que construirse sobre la base de una constitución garantista de derechos fundamentales plenamente eficaces en el plano jurídico y político (compromiso de acción de los poderes públicos); una Unión regida por una constitución de los pueblos europeos. Se trataría de construir una unidad político-constitucional europea que surja de una decisión fundamental soberana del poder constituyente europeo en torno a un conjunto de valores e intereses superiores, reflejo de la existencia de una comunidad e identidad política definida como tal en el espacio europeo. Y con ello, un Derecho que surgiría de los pueblos europeos. En esta secuencia, cabe decir que a la legitimidad sustancialmente política de la Unión contribuiría (adicionalmente a la necesaria superación del denominado "déficit democrático") la garantía europea de los derechos fundamentales.

3.4. El principio de "irregresividad" de los derechos fundamentales y su "relatividad" en la experiencia jurídica

En este marco analítico es importante reconsiderar el llamada principio de irregresividad del nivel alcanzado en la garantía de los derechos fundamentales. La consagración de este principio supondría que se prohíbe la adopción de decisiones políticas o jurídicas de carácter restrictivo respecto al nivel de protección alcanzado en el momento histórico en que se adoptan dichas decisiones restrictivas de derechos que en cuanto tales entrañarían un retroceso en el estándar vigente. El reconocimiento de dicho principio suele extraerse en su dimensión positiva de la *obligación* jurídica y política de los Estados de progresividad de los derechos. Así en el Preámbulo Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10/12/1948 ("Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por *medidas progresivas* de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción"); en el Art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966 ("Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos"[53]); la Carta Social Europea Revisada (Estrasburgo, 3.V.1996), tras subrayar la necesidad "de preservar el carácter indivisible de todos los derechos humanos, sean civiles, políticos, económicos, sociales o culturales" (Preámbulo), consagra el principio de progresividad específicamente en materia de Seguridad Social el art. 12.3 de la Carta Social Europea Revisada ("Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad social, las Partes se comprometen: …3 a esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de seguridad social ")[54]. En materia de Seguridad Social más allá de las modulaciones de los derechos prestacionales debería respetarse el contenido esencial del derecho a la Seguridad Social que puede apreciarse en el estándar mundial multinivel de garantía de este derecho (Señaladamente, el Convenio OIT, núm. 102, Norma mínima

[53] Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cuyo Preámbulo se establece que los **Estados Partes en el presente Protocolo, reafirman "**la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales", y el principio de progresividad: *"Recordando* que cada uno de los Estados Partes en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto".

[54] El impacto del principio de irregresividad se dejó sentir inicialmente en la doctrina del TC en materia de Seguridad Social (STC 37/1994, de 10 de febrero, FJ 4).

de Seguridad; y en el espacio jurídico europeo, la Cartas Social Europea Revisada de 1996 (art.12 y concordantes).

Por otra parte, y en otro orden de ideas, cuando se habla del principio de irregresividad, ciertamente presente en algunas declaraciones y normas internacionales no debe pasar desapercibido en una perspectivas de normativismo realista (una llamada de atención a la prueba de la práctica; de la experiencia jurídica del Derecho vivo, no siempre equiparable al derecho formalmente vigente) el dato jurídico actual de una reversibilidad de los derechos fundamentales y muy en particular de los derechos fundamentales sociales en el contexto de la crisis económica y de las mismas construcciones interpretativas (labor interpretativa) llevada a cabo por el TC en una línea de devaluación o de "desconstitucionalización" de los derechos sociales, rehusando realizar una necesaria e imperativa interpretación sistemática y finalista del art. 10.2 CE en el marco de la garantía multinivel de los derechos fundamentales. En este sentido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha destacado los incumplimientos por el Estado español de los derechos sociales garantizados en el PIDESC. Comenzando por subrayar que los con la excepción del derecho a la educación y los derechos sociales de libertad como el derecho de libertad sindical y el derecho de huelga, los derechos económicos, sociales y culturales solamente son considerados por el Estado español como principios rectores de la política social y económica, de manera que la protección de los derechos económicos, sociales y culturales en España es de nivel inferior a la otorgada a los derechos civiles y políticas, lo cual en sí mismo incide negativamente (cuando no supone un incumplimiento fragante) en el cumplimiento fiel del principio de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos o derechos fundamentales (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales UN DOC.E/C.12/ESP/CO/5, de 18 de mayo de 2012, apartado 6). En esta dirección jurídico-crítica, dicho Comité manifiesta su preocupación "por la reducción de los niveles de protección efectiva de los derechos consagrados en el Pacto (PIDESC) que ha resultado de las medidas de austeridad adoptadas…" (*Ibid.,* apartados 8 y 19). El pronunciamiento crítico y condenatorio a través de "informes periódicos" y sus "observaciones finales" (bajo el soporte de los indicadores de cumplimiento en cada país) del Comité de los derechos económicos, sociales y culturales es importante en sí, pero se habrá de reconocer que los instrumentos de control son débiles desde el punto de vista de la exigibilidad jurídica y de la justiciabilidad ante los tribunales de justicia nacionales. Ello no ha hecho posible que se impida la realización de políticas regresivas de los Estados pretendidamente justificadas en el contexto de la crisis económica o de otras circunstancias calificadas como "urgencia", "emergencia" o de excepción.

Y lo mismo se aprecia por el Comité Europeo de Derechos Sociales respecto a los reiterados incumplimientos por España de la Carta Social Europea [Conclusiones XX-2 (2013)][55]. Aparte de constatar críticamente que nuestro país no ha ratificado todavía la última versión: la Carta Social Europea Revisada de 1996[56].

En todo caso, déjese constancia de que conforme al art. 2.1 PIDESC, los Estados Parte, deben "adoptar medidas…, especialmente económicas y técnicas, *hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados,* inclusive la adopción de medidas legislativas, la *plena efectividad de los derechos aquí reconocidos* (art. 2.1 PIDESC). Ahora

[55] Para esto último, puede consultarse Salcedo Beltrán, C.: "Incumplimientos de la Carta Social Europea por España: Conclusiones XX-2 (2013)", en *RDS,* núm. 66, 2014, pp. 217 y ss.; Alfonso Mellado, C. L., Jimena Quesada, L. y Salcedo Beltrán, M. C.: *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2014, espec., pp. 97 y ss.

[56] Para un estudio en profundidad y exhaustivo de la misma, véase Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.): *La garantía de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta Social Europea. La garantía multinivel de los derechos fundamentales en Europa,* Granada, Comares, 2017, *passim.*

bien, según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "En caso de que un Estado aduzca que la limitación de sus recursos le impide facilitar el acceso a la alimentación a aquellas personas que no son capaces de obtenerlas por sí mismas, *el Estado ha de demostrar que ha hecho todo los esfuerzos posibles por utilizar todos los recursos de los que disponga con el fin de cumplir con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas"* (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Observación General núm. 12, 1999, párrafo 17). De este modo, se viene a afirmar por el propio Comité que no se trata de una prohibición absoluta de regresión, puesto que atendiendo a las circunstancias concurrentes el Estado dispone un limitado margen de apreciación y modulación. Pero al mismo tiempo, se deja constancia de que no son suficientes justificaciones genéricas o abstractas para la aceptabilidad y conformidad con el PIDECS de tales restricciones o modulaciones de los derechos. Por otra parte, este deber de justificación conlleva la imposición al Estado de la carga de la prueba correspondiente, la proporcionalidad, el respeto al contenido esencial de los derechos económicos, sociales y culturales, la temporalidad de las medidas restrictivas, el carácter subsidiario frente a otras medidas alternativas que deberían de agotarse ante de alcanzar a las restricciones propiamente dichas. Y todo ello bajo los mecanismos de control del Comité reforzados por el Protocolo Facultativo de 2008 al PIDESC de 1966 ("Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales")[57]. Con este Protocolo Facultado se instaura un mecanismos de garantías de exigibilidad equiparable al ostentada en el PIDCP.

En el fondo, los derechos son garantías del más débil (y no sólo los de carácter específicamente social)[58]; el fuerte tiene capacidad de imponerse y no suele constituir para él una condición *sine qua non* para defender sus intereses o proceder a la cobertura de sus necesidades o riesgos.

3.5. El sistema de garantías multinivel de los derechos de los trabajadores. El problema de su exigibilidad jurídica y "justiciabilidad"

En el ámbito internacional general y regional europeo se dispone del presupuesto de positivación de un conjunto de normas que garantizan los derechos sociales fundamentales. Se trata de un tipo de derecho: el "derecho a algo" y en particular estaríamos ante un "derecho a acciones positivas" y el derecho a un estándar mínimo de prestaciones públicas. Éstos son derecho a actos

[57] El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 10 de diciembre de 2008), tiene 22 artículos y su finalidad principal es reforzar el control del cumplimiento del PIDESC a través del Comité de DESC (Artículo 1 Competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones; Artículo 2 Comunicaciones; Artículo 3 Admisibilidad; Artículo 4 Comunicaciones que no revelen una clara desventaja; Artículo 5 Medidas provisionales; Artículo 6 Transmisión de la comunicación; Artículo 7 Solución amigable; Artículo 8 Examen de las comunicaciones; Artículo 9 Seguimiento de las observaciones del Comité; Artículo 10 Comunicaciones entre Estados; Artículo 11 Procedimiento de investigación; Artículo 12 Seguimiento del procedimiento de investigación; Artículo 13 Medidas de protección; Artículo 14 Asistencia y cooperación internacionales; Artículo 15 Informe anual; Artículo 16 Divulgación e información; Artículo 17 Firma, ratificación y adhesión; Artículo 18 Entrada en vigor; Artículo 19 Enmiendas; Artículo 20 Denuncia; Artículo 21 Notificación del Secretario General; Artículo 22 Idiomas oficiales).

[58] Ferrajoli, L: *Derechos y garantías. La Ley del más débil,* Madrid, Ed. Trotta, 1999 y *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Teoría del Derecho (2007),* vol. 1, trad. P. Andrés Ibañez, C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto Sanchís y A. Ruíz Miguel, Madrid, Trotta, 2011, p. 29. Afirma el autor que "Siempre, los derechos fundamentales se afirman una y otra vez como *leyes del más débil,* en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia. La historia del constitucionalismo es la historia de esa progresiva ampliación de la esfera pública de los derechos y de las conexas funciones de garantía. Una historia no teórica, sino social y política, dado que ninguno de estos derechos jamás ha caído del cielo, sino que todos han sido conquistados por movimientos revolucionarios" (*Ibid.,* p. 776). En la misma dirección y en el marco de una reflexión más amplia y anterior sobre el constitucionalismo social con Estado Social de Derecho, véase Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, espec., pp.19 y ss., y 159 y ss.; Ojeda, A.: «Derechos fundamentales de los trabajadores y libertades fundamentales de los mercados: ¿la ecuación imposible ?», *Tribuna Social,* núm. 217, 2009.

estatales o del poder público de imposición de una norma. En términos generales, los derechos sociales son típicos derechos a prestaciones en sentido estricto. Como derechos a prestaciones en sentido estricto, son un derecho individual frente al Estado "a algo" (es el caso de derechos sociales fundamentales de prestación positivas) que si el individuo poseyera medios financieros suficientes y se encontrarse en el mercado una oferta suficiente y adecuada, podría también obtenerlo -desde el punto de vista mercantil- de los particulares (Esta configuración es compartida, por ejemplo, por todos los derechos de seguridad social, pero también los derechos de prestación vinculados al trabajo, derechos prestaciones a la vivienda y a la educación, por ejemplo)[59]. Se trata de un derecho fundamental social (o de contenido social vinculado a los principios superiores de igualdad y solidaridad).

En nuestro país -pese a su ubicación sistemática inadecuada y deficiente dentro del capítulo III del Texto Fundamental y el sistema debilitado de garantías ex art. 53.3 de la Constitución Española (en adelante, CE)[60]- no cabe duda que la mayoría de los derechos sociales son derechos sociales a prestaciones, un derecho social de desmercantilización que pretende lograr mediante la atribución de una posición estatutaria un grado suficiente de inmunidad del individuo respecto a su posición de poder jurídico en las relaciones de mercado. Por lo demás, en una interpretación sistemática del texto constitucional la cláusula de interpretación de reenvío a la normativa internacional de carácter fundamental reguladora de la misma materia en el art. 10.2 CE permite *incorporar el estándar mundial y europeo conseguido como delimitador de los derechos constitucionales.* Obvio es decir que, bajo el prisma del principio de indivisibilidad de todos los derechos fundamentales, los "derechos fundamentales sociales" son verdaderos derechos en sentido jurídico.

Importa hacer notar la relevancia -poco explorada (por no decir ignorada) en los últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional- del art. 10.2, que en una dirección análoga a la vigente Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (estructurada con arreglo a los "valores comunes" en la tradición del constitucionalismo democrático-social), consagra en torno a la unidad de la dignidad humana (art. 1) el principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales por remisión o mediante reenvío al canon hermenéutico de los textos internacionales ratificados por nuestro país en materia de derechos fundamentales. Este artículo debería implicar una obligada lectura sistemática de las débiles previsiones garantistas del art. 53.3 de la CE, garantizando una más plena exigibilidad jurídica y justiciabilidad de los derechos sociales constitucionalizados como

[59] Alexy, R.: *Teoría de los derechos fundamentales,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 186 y sigs., y 482 y ss. En una perspectiva general, puede consultarse también Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Ed. Consejo Económico y Social de España, 1996; Abramovich,V. y Courtis, C.: *Los derechos sociales como derechos exigibles,* Prólogo de Luigi Ferrajoli, Madrid, Trotta, 2004.

[60] Conforme al art. 53.3 CE, "El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen". En todo caso hay que tener en cuenta que hay otros derechos sociales que están fuera del capítulo III del Título I (que, ello no obstante, lleva la significa rúbrica comprensiva de los cinco Capítulos, "De los derechos y deberes *fundamentales*), y que no encontrarían explícitamente la configuración formal de "principios" ni tendrían los límites de "justiciabilidad" previstos en el referido apartado 3 del art. 53 CE. Es el caso, del derecho al trabajo (Art. 35.1 CE), el derecho social de libertad de negociación colectiva (Art. 37.1 CE), y el mismo derecho social/cultural a la educación (ex art. 27 CE), que se encuentran precisa y significativamente garantizados en la Sección 2ª ("De los derechos y deberes de los ciudadanos", del Capítulo II, del Título Primero); y de los derechos sociales de libertad sindical y de huelga (Art. 28, apartados 1 y 2, respectivamente, CE), garantizados, a su vez, en la Sección 1ª ("De los derechos fundamentales y de las libertades públicas", del Capítulo II del Título Primero de la CE). Pero es que además en la lógica interna del Capítulo III, resulta significativo (y se diga lo que se diga poco coherente con la rúbrica del Capítulo III, "De los *principios rectores* de la política social y económica") que en el texto constitucional se hable expresamente de "derechos" en numerosos preceptos (Artículos 42, 43, 45, 47, dentro de ese Cap. III de la CE), por lo que desde la técnica jurídica es insostenible que se trae de simples "principios rectores".

derechos subjetivos (aunque, erróneamente, no ha sido así en etapas precedentes)[61]. Y reténgase que el canon hermenéutico ex art. 10.2 CE (que, como resulta palpable, no se limita a una "generación de derechos"; ni tampoco al tratamiento atiende al instrumental tratamiento jerarquizado "interno" a las Constitucionales nacionales) no es de libre acogimiento, sino de obligada observancia para la interpretación del contenido, alcance y garantías de efectividad (a través de los instrumentos jurídicos e institucionales adecuados correspondientes) de todos los derechos humanos/fundamentales reconocidos en los textos internacionales ratificados por España[62]. Uno de estos instrumentos jurídicos es la garantía judicial: el juez como garante de los derechos sociales en lo que aquí más interesa ahora. En este caso no encontramos ante la exigibilidad de un derecho consagrado en una norma en el ámbito judicial *("justiciabilidad" en sentido estricto*); y ese control judicial puede ser más o intenso. En este sentido los derechos sociales garantizados -en las Constituciones estatales y en las Normas Internacionales de valor fundamental- pueden ser justiciables con mayor (*justiciabilidad reforzada*) o menor intensidad (*justiciabilidad débil o simple*) dependiendo de la norma de reconocimiento y de las preferencias de tutela judicial que en ella cristaliza. Ahora bien, la existencia de un derecho no puede depender exclusivamente de la justiciabilidad, cualquiera que sea la forma como se la describa. Por lo demás, ninguna objeción de peso fundamenta el hecho de que los "derechos fundamentales sociales" necesiten de una configuración jurídica ordinaria[63]. Por otra parte, artículos como el 10.2 CE obligan expresamente a la aplicación u observancia de los instrumentos internacionales de garantía de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales[64]. Y se trata de un artículo que en vía interpretación imperativa incorpora directivamente el significado y alcance de los derechos consagrados en las declaraciones y normas internacionales (ratificadas por España) al sistema normativo interno de derechos constitucionales. Y los inserta tal y como son interpretados por sus respectivos órganos de control y garantía de efectividad (jurisdiccionales y no jurisdiccionales). Y recuérdese que este artículo es el pórtico del Título I de la CE ("De los derechos y deberes fundamentales")[65].

Desde la constatación en la experiencia jurídica de las dificultades de exigibilidad jurídica y de justiciabilidad o accionabilidad judicial, habría que afirmar que el problema no afecta tanto a la existencia jurídica del derecho y su misma titularidad como a una situación de incumplimiento que incide sobre su ejercicio y posibilidades de satisfacción. Un derecho social consagrado en la

[61] Manteniendo este criterio, Monereo Pérez, J.L.: "La Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores" (I) y (II), *Revista Española de Derecho del Trabajo. Civitas,* núm. 56-57, 1992, Monereo Pérez, J.L.: "La Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores" (I) y (II), *Revista Española de Derecho del Trabajo. Civitas,* núm. 56-57, 1992-1993, espec., núm. 57 (1993), pp. 78 y ss. (epígrafe, "El carácter "monográfico" de la Carta: La exclusiva proclamación de derechos sociales fundamentales. La comunicabilidad entre todos los derechos básicos"), y pp. 85 y ss. (epígrafe, "La *interdependencia* entre todos los derechos humanos básicos o fundamentales"). Del mismo autor, y una perspectiva más amplia, *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo,* Albacete, Bomarzo, 2009; Pisarello, G.: "La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español", *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2009.

[62] Interpretación del significación y alcance del art. 10.2 CE que se sostiene y fundamenta en Monereo Pérez, J.L.: "La Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores" (I) y (II), *Revista Española de Derecho del Trabajo. Civitas,* núm. 56-57, 1992-1993, espec., núm. 56, 1992, pp. 893 a 897 (epígrafe "El posible valor hermenéutico de la Carta Comunitaria en virtud de la recepción ex artículo 10.2 CE: Interpretación teológica").

[63] Véase Alexy, R.: *Teoría de los derechos fundamentales,* trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 496 y ss.

[64] Por lo demás, no son pocas los instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos que prevén su aplicación en los ordenamientos internos. Así cuando el art. H ("Relaciones entre la Carta y el *Derecho interno* o los acuerdos internacionales") de la Carta Social Europea Revisada (1996) establece que "Las disposiciones de la presente Carta no afectarán a las *disposiciones de derecho interno* ni a las de los tratados, convenios o acuerdos bilaterales o multilaterales que estén vigentes o puedan entrar en vigor y *conforme a los cuales se conceda un trato más favorable a las personas protegidas*". Aparte del autosometimiento ex art. 10.2 CE.

[65] "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán [es un mandato; imperativo categórico] de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España" (Art. 10.2 CE).

Constitución (como todos los derechos sociales comprendidos en el grupo o bloque normativo regulador de orientación finalista en esta materia), o en un texto internacional fundamental ratificado, sin garantías legales de satisfacción no autoriza a hablar de inexistencia sino más bien de incumplimiento por parte del poder público obligado a su garantía efectiva, porque el derecho se debe acompañar de una actividad de *especificación,* y asimismo de la distribución de la provisión de los recursos correspondientes. Los derechos sociales (en plural) son derechos sociales *condicionados,* porque su realización exige políticas públicas de intervención y corrección de la pura lógica del mercado según criterios definidos en el espacio político. Pero un derecho constitucional condicionado no deja de ser un derecho a prestaciones positivas del Estado o poder público. De ser así, prácticamente ello supondría negar la configuración de auténticos *derechos constitucionales* de todos los derechos sociales de prestación. Lo que implicaría una virtual "des-constitucionalización" jurídico-material de los mismos. Eso sí, es necesaria la actividad del legislador para operar el tránsito del *derecho genérico* perteneciente al grupo o bloque normativo constitucional al *derecho específico* -concreción- a concretas prestaciones individuales, dando vida a una relación jurídica entre los ciudadanos (o residentes) y los poderes públicos, puesto que los derechos sociales constitucionalizados no son derechos subjetivos perfectos -son derechos condicionados-, debiendo el obligado a garantizarlos (el poder público) establecer el derecho a prestaciones individuales concretas y la organización institucional y servicial correspondiente[66]. Incluyo aunque se hablara de una justiciabilidad deficiente de ello no se puede inferir la inexistencia del derecho, pues, como se ha afirmado, los problemas de justiciabilidad que surgen respecto a los derechos fundamentales sociales no se diferencian esencialmente de los que se plantean en muchos casos en los derechos fundamentales tradicionales. En no pocas ocasiones, en relación a los derechos de libertad se presentan problemas de ponderación y de accionabilidad muy complejos cuya solución puede tener consecuencias de largo alcance para sus titulares y para la vida de la comunidad. Los titulares de los derechos fundamentales sociales tienen un derecho a exigir, de manera que un legislador inoperante o que estableciera un desarrollo contrario al contenido básico o esencial del derecho podría reclamar el control de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional. En ciertos casos se podría plantear la inconstitucionalidad por omisión, pues ciertamente la violación de la Constitución (y de los derechos constitucionales) puede producirse tanto por acción o comisión como por omisión[67].

De este modo, el art. 53 CE en su conjunto (y, como es obvio, también en su apartado 3) de la Constitución deberá ser interpretado sistemáticamente atendiendo al canon hermenéutico ex art. 10.2 CE y a la misma normatividad y supralegalidad de todo el texto constitucional ex art. 9.1 CE ("Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico"; en relación con el art. 1 CE, que consagra la forma política del "Estado social y democrático de Derecho" y los "valores superiores del ordenamiento jurídico" que se crea; a saber: la libertad, la justicia -que no puede dejar de incluir la justicia social ex art. 9.2 CE-[68], la igualdad y el pluralismo político), poniendo de relieve que con base a esa normatividad se construye el "ordenamiento jurídico"

[66] *Ibidem,* p. 1434.

[67] Aguilar De Luque, L: "El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control de procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión", *Revista de Derecho Político,* núm. 14, 1987, p. 25. Ampliamente, Fernández Villaverde, J. J.: *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado,* Madrid, Ed. Civitas, 1998; Villaverde Menéndez, I.: *La inconstitucionalidad por omisión,* Madrid, Ed. S.A. Mcgraw-Hill / Interamericana España, 1997; y ampliamente, Bazan, V.: *Control de constitucionalidad de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos,* Bogotá, Ed. Fundación Adenauer, 2014, Título V, pp. 131 y ss., en cuanto a la vinculación de la inconstitucionalidad por omisión con la garantía y tutela efectiva de los derechos fundamentales.

[68] En este sentido, Monereo Pérez, J.L. y Molina Navarrete, C.: "La cláusula transformadora: el principio de igualdad de oportunidades (Artículo 9.2 de la Constitución)", en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M. N. (Dirs. y Coords.): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España,* Granada, Comares, 2002, pp. 131 y ss. Ciertamente, "si los apartados 1 y 3 [del art. 9 CE] reflejan más directamente el Estado formal de Derecho, el apartado 2 es cristalización del Estado material de Derecho, que no es otro que el Estado social

desde la Constitución que representa metafórica su "centro" neurálgico o, si se quiere, su "cúspide" constituyente (en sentido kelseniano)[69].

La cuestión es importante porque en las situaciones o crisis excepcionales, como la económica de 2008, se han realizado políticas restrictivas o limitativas de los derechos sociales, sin que tengan amparo en la normativa internacional, ni hayan pretendido ampararse en esas cláusulas (ni a la ponderación de sus principios de oportunidad y proporcionalidad)[70], ni se haya realizado reformas constitucionales expresas (más allá de la "regla de oro" adoptadas por diversos países europeos, como la recogida en el art. 135 de nuestra Constitución (principio de estabilidad presupuestaria y control del déficit público subordinando el gasto social al pago de la deuda pública), impuestas en el marco de las políticas comunitarias que otorgan primacía a la constitución económica sobre la constitución social), operándose una modificación cualitativa de los equilibrios constitucionales. Los poderes de excepción a los derechos sociales se han venido imponiendo sin atenerse a las normas internacionales y europeas que garantizan tales derechos, y por tanto sin atenerse a los límites y a la misma exigencia de garantizar un determinado umbral mínimo esencial de los derechos sociales, pues como se ha señalado: "aun en tiempo de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad"[71].

Ahora bien, convendría realizar dos observaciones. La interpretación formalista de las Constituciones y Normas Internacionales fundamentales limita su alcance y sistema de garantías de efectividad, por un lado, y por otro, los poderes del mercado (los "poderes salvajes" a los que alude Luigi Ferrajoli)[72] condicionan su efectividad real en un mundo donde el ámbito de la economía y

y democrático de Derecho consagrado en la fórmula constitucional ex art. 1 CE…" (p. 148). Y el "Estado material de Derecho", presupone y exige de suyo -en coherencia- la realización del valor de la "justicia social".

[69] Puede consultarse, ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: *Los fundamentos de la democracia. La teoría Político Jurídica de Hans Kelsen,* Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, Barcelona, 2013, y la bibliografía allí citada.

[70] Como se sabe en algunos Tratados se contemplan cláusulas restrictivas o limitativas o suspensivas de los derechos que se garantizan, como es el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), de 16 de diciembre de 1966, en cuyo art. 4 se establece que "Los Estado Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática". O, la Carta Social Europea Revisada (Estrasburgo, 3 de mayo de 1996): Art. F *("Suspensión de obligaciones en caso de guerra o de peligro público"*): "1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, toda Parte podrá tomar medidas que dejen en suspenso las obligaciones previstas en la presente Carta; dichas medidas deben ser estrictamente proporcionales a la gravedad de la situación y no estar en contradicción con el resto de las obligaciones dimanantes del derecho internacional. 2. Toda Parte que haya utilizado este derecho a dejar en suspenso las obligaciones de la Carta informará plenamente al Secretario General del Consejo de Europa, dentro de un plazo razonable, sobre las medidas adoptadas y los motivos que las hayan inspirado. Igualmente informará al Secretario General sobre la fecha en la que tales medidas hayan dejado de surtir efectos y en la que las disposiciones de la Carta aceptadas por dicha Parte reciban de nuevo plena aplicación". Por su parte, el Art. G ("*Restricciones*"), dispone que: "1. Los derechos y principios enunciados en la Parte I, una vez llevados a la práctica, así como su ejercicio efectivo con arreglo a lo dispuesto en la Parte II, no podrán ser objeto de restricciones o limitaciones que no estén especificadas en las Partes I y II, salvo las establecidas por ley y que sean necesarias en una sociedad democrática para garantizar el respeto de los derechos y libertades de terceros o para proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres. 2. Las restricciones permitidas en virtud de la presente Carta a los derechos y obligaciones reconocidos en ella no podrán ser aplicadas con una finalidad distinta de aquélla para la que han sido previstas".

[71] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observación general, núm. 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes* (párrafo 1 del art. 2 del Pacto) (1990), en ONU, *Documento HRI/GEN/1/Rev.9 (vol. I),* p. 20, &12, en relación con p. 19, & 10 y 175).

[72] Ferrajoli, L.: *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional,* Prólogo y traducción de Perfecto Andrés Ibañez, Madrid, Trotta, 2011, pp. 35 y ss.; Monereo Pérez, J.L.: "El constitucionalismo social europeo. Un marco

de las relaciones laborales está gobernado por instancias de poder y relaciones de dominio socio-económico y jurídico-político. De manera que junto a la ciudadanía de los derechos y sus garantías jurídicas e institucionales es necesario atender a la ciudadanía de los poderes colectivos de defensa activa de los mismos. En este sentido la subjetividad colectiva del trabajo (de las clases trabajadores) constituye un elemento nuclear de la "constitución del trabajo"[73]. Y, en la realidad jurídica, ello ocurre respecto a todos los derechos de los trabajadores (específicos/sociales o inespecíficos/generales como derechos atribuidos a la persona que trabaja[74]). Por ello mismo es necesario postular la metodología propia del jurista crítico (comprometido en su tarea con los valores y principios del constitucionalismo democrático-social y su forma política de Estado Social de Derecho), que de una y otra manera conduce al "realismo normativista" o "normativismo crítico" para evitar situaciones fácticas y jurídico-institucionales de inefectividad en la garantía de los derechos fundamentales; o peor aún: incurrir en un discurso legitimador y "manipulador" del orden realmente existente que los condiciona y subordina a los derechos y libertades económicas de los empresarios (poderes dominantes en el mercado y en la empresa y capaces de influir en las decisiones relevantes en la esfera pública y de la política del Derecho)[75].

4. LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL CONSEJO DE EUROPA: LA CARTA SOCIAL EUROPEA COMO TRATADO EUROPEO DE LOS DERECHOS SOCIALES

4.1. Configuración técnico-jurídica de la Carta: la unidad del instrumento jurídico. Declaraciones y Garantías de los derechos

Como se indicó, España ratificó la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996[76]. Una nueva y renovada versión de la Carta Social Europea de 1961 (que, por cierto, nunca dejó de estar en evolución). Instrumento con rango de Tratado que desde el punto de vista jurídico-material tiene la consideración de una "constitución social europea" estableciendo un estándar prácticamente completo de los derechos económicos, sociales y culturales, con la fórmula de síntesis de derechos "sociales". Se comprenderá que, con este valor, cualquier reforma en materia

jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea", *Revista española de Derecho del Trabajo,* núm. 160, 2013, pp. 17 a 62; *Ibid., Los fundamentos de la democracia. La teoría Político Jurídica de Hans Kelsen,* Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, Barcelona, 2013; *Ibid., Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt,* Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, Barcelona, 2015; Teubner, G.: "Sociedad global-Justicia fragmentada. Sobre la violación de los derechos humanos por actores transnacionales "privados"", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* núm. 39, 2005, pp. 551 y ss.

[73] Monereo Pérez, J.L.: *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España,* Madrid, Ed. Trotta, 1999, Capítulo 4 ("Derecho social, socialismo democrático y constitución jurídica de la clase trabajadora"), pp. 191 y sigs. ("Reforma social y 'constitución del trabajo'"), y 206 y sigs. ("La combinación de *status* y contrato en la 'constitución del trabajo'"); Maestro Buelga, G.: *La Constitución del trabajo en el Estado social,* Granada, Ed. Comares, 2002.

[74] Para la formulación innovadora esta distinción y sus implicaciones en la teoría de los derechos laborales, Palomeque López, M.C.: "Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos" (2003), en *Derecho del Trabajo y razón crítica. Libro dedicado al profesor Manuel Carlos Palomeque López en su vigésimo quinto aniversario como catedrático,* Salamanca, Caja Duero, 2004, pp. 163 a 187; *Ibid., Los derechos laborales en la Constitución Española,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

[75] Y en un plano más amplio y general, la fácil tentación de abusar de los derechos humanos al servicio de la legitimación de la "política de poder usual", convirtiendo la política derechos humanos en una simple tapadera para encubrir, y en un vehículo para imponer, los intereses de las grandes potencias (como también de los grandes grupos de empresas multinacionales). Cfr. Habermas, J.: *La Constitución Europea,* cit., pp. 32-34.

[76] Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1966. BOE, núm. 139, viernes 11 de junio de 2021. En ese instrumento se Declara: -"En relación a la parte IV, artículo D, párrafo 2, de la Carta Social Europea (revisada), España declara que acepta la supervisión de sus obligaciones contraídas en la Carta según lo establece el procedimiento recogido en el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea que desarrolla un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo, el 9 de noviembre de 1995".

de Derecho del Trabajo, de Derecho de la Seguridad Social y más ampliamente de Derecho de la Protección Social tendrá necesariamente que contar y cumplir con las garantías de los derechos y libertades de contenido social establecidas en este importante instrumento normativo de Derecho Internacional Regional Europeo (emanado del Consejo de Europa).

Se trata de un de instrumento, en efecto, con rango de Tratado Internacional regional europeo (Tratado Social Europeo) ratificado por España haciendo uso por las Cortes Generales de la autorización prevista en el art. 94.1 de la Constitución y con el valor y consecuencias jurídicas prevista en el art. 96 de la misma Norma Fundamental. Por lo demás no se limita a garantizar derechos -no están simplemente declarados- sino que también incorpora un compromiso e introduce un programa común de acción social alrededor de los derechos consagrados en este instrumento. Es un compromiso que recae en los Estados signatarios que determina la obligación jurídica y política de garantizar su efectividad a través de acciones positivas y de garantías institucionales y jurisdiccionales. Estamos, pues, a la vez ante una *norma de garantía* y ante una *norma directiva fundamental* que impone obligaciones positivas de actuación a los Estados parte del Tratado. Es en esta dirección en la que hay que entender que deseo expresado en la CSEr de ser un instrumento de garantía (como se indicará después la CSEr no sólo reconoce principios y valores, sino también auténtico derechos sociales fundamentales) y de progreso social en Europa (la Europa amplia), que permitiría sentar las bases de una "constitución social europea" y ser el pilar del estándar europeo que haría posible una armonización de las políticas y de las legislaciones sociolaborales de los países miembros del Consejo de Europa en su inserción dentro del estándar multinivel de garantía de los derechos fundamentales. La CSEr persigue una aproximación flexible de las legislaciones de los Estados miembros sobre la base de un estándar mínimo de derechos sociales fundamentales, que opera como un mínimo común denominador compartido por todos ellos, a partir del cual puede ser mejorado a través de una regulación de Derecho interno más favorable.

La CSEr tiene rango de Tratado Internacional, pero tiene en su estructura interna una naturaleza dual, interdependiente e inescindible: su Parte I, recoge principios que diseñan objetivos en términos de política social y de valores a perseguir, mientras que en la Parte II, recoge obligaciones jurídicas que consagran derechos subjetivos sociales y obligan a los Estados miembros a hacerlos valer con las garantías de efectividad y sostenibilidad adecuadas. En la Parte III, art. A ("Obligaciones") CSEr se indica que "cada una de las Partes se compromete: a) a considerar la Parte I de la presente Carta como una declaración de los objetivos que tratará de alcanzar por todos los medios adecuados, conforme a lo dispuesto en el párrafo de introducción de dicha Parte…" Pero ya en la introducción o inicio de la Parte II se establece que "Las Partes se comprometen a considerarse vinculadas, en la forma dispuesta en la Parte III, por las obligaciones establecidas en los artículos y párrafos siguientes". Ciertamente ello se realiza confiriendo a los Estados miembros un cierto margen de discrecionalidad -con un núcleo mínimo reforzado- expresada nítidamente en la referida Parte III, con las condiciones impuestas en la Parte V y en el Anexo a la CSEr[77]. Previamente en el inicio de la Parte I de la CSEr, se deja constancia de que "Las Partes reconocen como objetivo de su política, que habrá de seguirse por todos los medios adecuados, tanto de carácter nacional como internacional, el *establecimiento de las condiciones en que puedan hacerse efectivos los derechos y principios* […]" formulados en la CSEr.

[77] El art. 12 del Aplicación provisional del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas (hecho en Estrasburgo el 9 de noviembre de 1995. BOE, núm. 153, de 28 de junio de 2021), deja constancia que "Los Estados Partes en el presente Protocolo consideran que el primer apartado del anexo a la Carta, relativo a la parte III, ha de interpretarse como sigue: «Se entiende que la Carta contiene *obligaciones jurídicas* de carácter internacional cuya aplicación está sometida únicamente al control establecido en la parte IV de la misma y en las disposiciones del presente Protocolo.»". Respeto del cual ya se está haciendo uso. Por ejemplo, la Reclamación/denuncia de la UGT c. España, núm. 207/2020, vinculada a la posible contraposición entre lo establecido en el art. 56 ("Despido improcedente") del ET con el art. 24 de la CSEr ("Derecho a protección en caso de despido").

Un elemento que debe destacarse de nuevo es que con esta configuración garantista la CSEr -como también la anterior versión de este Tratado de 1961- se inserta en la tradición del constitucionalismo democrático social con Estado Social de Derecho que impone un conjunto integrado de derechos fundamentales en cuyo marco se insertan los derechos sociales *prestacionales y de libertad*[78]. Es constitucionalismo de Derecho social penetra y se ejerce en el ámbito de relaciones laborales con la eficacia horizontal que le es intrínseca, pues los derechos sociales (prestacionales y de libertad) están pensados para su ejercicio interprivados como también en las relaciones de trabajo en el empleo público. La CSEr no sólo se incardina en dicha tradición, sino contribuya, de manera relevante, a consolidar esa orientación propia del constitucionalismo democrático-social con Estado Social de Derecho, que garantiza los derechos sociales prestacionales y de libertad en unión -como un todo estructurado cual *unitas multiplex,* sin perjuicio de posibles conflictos intersistémicos- con los demás derechos (civiles y políticos y con las nuevas generaciones de derechos como el derecho al desarrollo, el derecho al medio ambiente, etcétera). Se trata de afrontar el problema de los límites de ejercicio de los poderes económicos y organizativos privados y no sólo de los límites clásicos de los poderes que se ejercen por el Estado y otros poderes de naturaleza pública, estableciendo tanto límites negativos como positivos. Con todo, ello se inserta en el proceso de juridificación del trabajo con los equilibrios dinámicos propios de un modelo de juridificación garantista que atiende a las situaciones reales de poder en el mundo del trabajo y atendiendo a ese carácter compromisorio o transaccional, pero también ambivalente del Derecho Social del Trabajo bajo condiciones capitalista de organización del sistema social. Equilibrios de poderes y libertades de los empresarios y de los trabajadores; garantías de derechos sociales de libertad colectiva/sindical y de derechos sociales de desmercantilización, que exigen en ambos casos -aunque de distinto manera- intervenciones positivas y correctores de los poderes públicos (v.gr., la Declaración de Filadelfia cuando afirma que "el trabajo no es una mercancía"; o nuestra Constitución jurídica cuando afirma los principios de libertad e igualdad reales -en sentido jurídico material- y de solidaridad, todos ellos en el art. 9.2 y en las normas concordantes que integran y conforman las piezas maestras de nuestra "constitución social del trabajo").

Por lo demás, y en relación a ello, subyace en ella -como en las Constituciones estatales- la construcción de un modelo socio-económico, donde se anuda las dimensiones sociales y económicas y sus racionalidades respectivas bajo el principio intervencionista y de conformación de ese orden socio-económico de manera coherente con los principios y valores constitucionales. Es así que los derechos sociales y las libertades económicas se hacen compatibles entre sí en la misma ordena jurídica del mercado, afirmando el carácter político-jurídico del mercado como espacio de actuación de los actores económicos y relaciones de intercambio organizadas a través de la regulación jurídica; mostrando la falacia de un pretendido naturalismo autónomo y espontáneo del mercado y de su dinámica de funcionamiento. El mercado es un "*locus artificialis*", de manera que más que "dado" es "construido" por regulaciones e intervenciones públicas (del Estado regulador) y fuentes privadas (de los actores económicos, como señaladamente la llamada "*lex mercatoria*"). Pero también incide en esa regulación del mercado -y en su espacio correspondiente- la propia negociación colectiva entre los interlocutores o agentes sociales representativos (art. 37.1 CE). Y en esta perspectiva los derechos sociales prestacionales (y de libertad, que también exigen intervenciones públicas de fomento y apoyo directo) no son una carga, sino un factor determinante de un modelo de derecho humano al desarrollo

[78] Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: "Teoría general de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 22 DUDH, Preámbulo y artículos 1 a 5 PIDESC y concordantes)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs.) *et altri*: *El Sistema Universal de los derechos humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, Granada, Comares, 2014, pp. 445-514; y en una perspectiva más amplia Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, pp. 116 y ss., y 159 y ss.

económico; y la construcción correspondiente de un determinado modelo socio-económico coherente con el constitucionalismo del Estado Social[79].

Que lo que se quiere construir en la tradición contemporánea del constitucionalismo democrático-social es un modelo socio-económica garantista queda reflejado en los grandes textos internacionales y en las constituciones aprobadas a partir de la Segunda Post-guerra mundial.

En lo que aquí más interesa directamente, se ha de destacar que en el mismo Preámbulo de la CSEr se percibe ya un compromiso fundacional con la democracia constitucional en sus dimensiones de democracia sustancial y social y con la garantía correspondiente de los derechos fundamentales indivisibles e interdependientes. En efecto, se indica que los Gobiernos signatarios, miembros del Consejo de Europa consideran "que la finalidad del Consejo de Europa es conseguir una unión más estrecha entre sus miembros con objeto de salvaguardar y promover los ideales y principios que son su patrimonio común, y favorecer su progreso económico y social, en particular mediante la defensa y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales". En tal sentido, y completando el Convenio para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y sus Protocolos, se considera necesario y convienen en "garantizar a sus pueblos los derechos sociales especificados en esos instrumentos con objeto de mejorar su nivel de vida y de promover su bienestar social". Pero, con todo, el carácter indivisible e interdependiente de todos los derechos humanos como una unidad inseparable: se subraya "la necesidad, por una parte de preservar el carácter indivisible de todos los derechos humanos, sean civiles, políticos, económicos, sociales o culturales y, por otra parte, dotar a la Carta Social Europea de un nuevo impulso". Es manifiesto que ese principio entronca con la dignidad humana como eje de todos los derechos fundamentales (art. 10.1 CE; Título I. "Dignidad" de la CDFUE; art. 26."Derecho a la dignidad en el trabajo" de la CSEr) y con el mismo sometimiento al estándar mundial multinivel de garantía de todos los derechos humanos fundamentales, al que alude -de manera harto significativa- el art. 10.2 de nuestra Carta Magna, bien sea que en vía de establecer una apertura interpretativa de conforme a las declaraciones y normas internacionales ratificadas por nuestro país (artículos 93 a 96 CE).

4.2. Obligatoriedad y margen limitado de discrecionalidad en la ratificación y su incidencia debilitadora respecto al objetivo general de "armonización" del estándar garantista

Que la CSEr es un Tratado europeo que contiene obligaciones jurídicamente exigibles de garantía y acción por parte de los Estados miembros es innegable a tenor de preceptos como el Artículo A.b ("Obligaciones") de la Parte III y asimismo atendiendo a que en el encabezamiento de la Parte III de la Carta se precisa que "se entiende que la Carta contiene *obligaciones jurídicas de carácter internacional* cuya aplicación está sometida únicamente a la supervisión establecida en la Parte IV".

Resulta expresivo el paralelismo con los fundamentos de la Unión Europea: En primer lugar, declarando que "La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres" (art. 2 TUE). En segundo lugar, declarando que "La Unión tiene como finalidad promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos" (art. 3.1 TUE). Pero también cuando establece que "La Unión reconoce los derechos y libertades y principios enunciados

[79] Véase Polanyi, K.: *La Gran transformación. Crítica del liberalismo económico,* Madrid, La Piqueta, 1989, pp. 2015 y ss.; Irti, N.: *L'ordine giuridico del mercato,* Laterza, Roma-Bari, 6ª ed., 2004, pp. 97 y ss., y 133 y ss. Puede consultarse sobre y su incidencia en el sistema de fuentes internacionales, Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Bomarzo, 2017, pp. 137 y ss., y 213 y ss.

en la Carta de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados (art. 6.1 TUE: ha dejado de ser una "Proclamación solemne" para ser un Tratado Europeo jurídicamente vinculante) ; y también cuando se compromete a adherirse al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades públicas; añadiendo que "Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del derecho de la Unión como principios generales" (art. 6, apartados 2 y 3, del TUE). Estos valores, principios y derechos se basan en los ideales y valores de una sociedad democrática (art. 10 TUE), de manera que democracia y derechos humanos son elementos que no pueden ser disociados (Preámbulo y artículos 1 y 3 del Estatuto del Consejo de Europa; asimismo el Preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

Por ello mismo, se puede apreciar que la CSEr opera una como una "constitución social de Europa" en un amplio sentido jurídico material de la idea de "Constitución", cuyo ámbito de aplicación va mucho más allá de los Estados de la Unión Europea (por el momento 46 Estados europeos en marzo de 2022, frente a los 27 de la Unión). De ahí su relevancia para el sistema europeo de derechos humanos fundamentales, porque, sobre este pilar, se establecen las bases de un modelo social de una Europa social de los Derechos.

Pero la conexión con el sistema mundial multinivel de los derechos humanos no acaba aquí, porque la CSEr se elaboró con el impulso decisivo de la OIT favoreciendo su promulgación desde la celebración en 1968 de una conferencia tripartita que defendiera un instrumento europeo de concertación social y la protección efectiva de los derechos sociales. De ahí la misma influencia de los instrumentos de la OIT en la enumeración de los derechos de la propia CSEr[80]. Con ello se producía una autorreferencia y vinculación de la CSEr con los instrumentos del Derecho Internacional de los derechos humanos.

La Parte I, declarativa y delimitadora de los objetivos perseguibles, se positivan como derechos sociales fundamentales en la Partes III en su calidad de normas jurídicas internacionales europeas, creando obligaciones jurídicas para los Estados signatarios. Estos derechos subjetivos sociales generación correlativas obligaciones para los Estados. La idea originaria era enunciar en la CSE originaria el estándar de derechos que se estaban reconociendo hasta esa coyuntura histórica, pero yendo más allá en su alcance (señaladamente, el reconocimiento del derecho de huelga ex art. 6.4, por primera vez en un instrumento internacional jurídicamente vinculante). Sin embargo, su carácter dinámico ha supuesto un enriquecimiento permanente reflejado primero en los Protocolos anexos y después en la misma CSEr, nuevos derechos sociales adaptados al sistema de necesidades y exigencias de las sociedades democráticas. En realidad, el ideal de estándar de derechos y de intensidad en su cobertura han evolucionado en un sentido inequívocamente expansivo; cuestión distinta es la que plantea las aporías de su cumplimiento efectivo en la experiencia jurídica. Por lo demás, la experiencia jurídica pone de manifiesto que la respuesta del ordenamiento jurídico suele

[80] 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,* núm. 460, 2021, pp. 33-72, en particular pp. 54-56; Salcedo Beltrán, C.: "Sinergias entre la OIT y los instrumentos internacionales de protección de los derechos sociales: estado actual y perspectivas", *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF,* núm. 434, 2019, pp. 153-188. En una perspectiva más amplia, Monereo Pérez, J.L.: "La pandemia Covid-19 como "*Hecho Social Total"* y su impacto en el Derecho Social", en Barrios Baudor, G. L. y Rodríguez Iniesta, G. (Dirs.) *et al*: *Derecho vivo de la Seguridad Social. IV Seminario Permanente de Estudios y Actualización URJC-AESSS 2019,* Murcia, Laborum, 2020, pp. 169-232.; *Ibid.,* "Por un pacto social garantista de los derechos fundamentales para afrontar la crisis y la recuperación", *Revista de Estudios Juridico Laborales y de Seguridad Social,* núm. 1, 2020, pp. 16-83.

ser más lenta que el ritmo al que se desarrollan y transforma el sistema de necesidades y capacidades humanas. De esa dinámica expansiva nacen los renglones torcidos de la política social moderna[81].

4.3. El contenido de la Carta Social Europea Revisada. Sentido y alcance jurídico general. Construcción general del sistema de derechos garantizados

Ya se ha señalado que la CSEr contiene verdaderas obligaciones jurídicas (de regulación y acción positiva) de los Estados correlativas a la garantía de derechos subjetivos sociales de prestación y de libertad. La CSEr establece obligaciones jurídicas concretas a los Estados signatarios, pues trata de acotar un contenido esencial o básico de los derechos que garantiza, del cual derivan obligaciones positivas no sólo de garantía jurídica, sino también deberes públicos de actuación (esto es, estamos ante "normas de garantía" y "normas directivas" que imponen obligaciones de acción positiva a los Estados Partes). La CSEr formula tales derechos sociales como derechos subjetivos dotados de un contenido o núcleo esencial e incorpora obligaciones jurídicas e institucionales de actuación a los Estados signatarios para garantizar su plena efectividad. Estas obligaciones jurídicas e institucionales que recaen sobre los Estados es tanto más necesaria porque todos los derechos sociales (en la formulación de síntesis que comprende los llamados derechos económicos, sociales y culturales) exigen, con mayor intensidad que los demás derechos, la regulación e intervención estatal para hacerlos valer, muy especialmente cuando se trata de derechos sociales a prestaciones positivas (aunque la garantía de todos los derechos las exigen, los derechos sociales son típicamente derechos de "desmercantilización" de los modos de satisfacción de las necesidades y capacidades en las que se resuelven los derechos; son derechos "materializados", como los derechos de Seguridad Social, el derecho al trabajo, el derecho a la jornada, el derecho al salario mínimo, etcétera).

Otro rasgo importante que se plantea sobre el contenido de CSEr es que, en lo principal, recoge el estándar mundial (ideal de cobertura) de los derechos sociales prestaciones y de libertad. Así una primera aproximación al sistema interno de la CSEr permite comprobar ese carácter omnicomprensivo y prácticamente completo de los derechos laborales (sin perjuicio de lo que se indicará después), individuales y colectivo/sindicales, y de los derechos de Seguridad Social y más ampliamente de protección social pública.

El contenido de la CSEr es ciertamente omnicomprensivo y la experiencia ha demostrados su enriquecimiento progresivo en el elemento de derechos sociales. Establece un sistema de garantías de derechos con pretensión de complitud, pero dinámico, es decir, atendiendo al continúo enriquecimiento de los derechos en cada etapa histórica. Por tanto es un *sistema abierto al tiempo histórico* de los derechos humanos de contenido social.

La CSEr establece un estándar de derechos de distinta configuración y estructura jurídica interna, pudiéndose distinguir entre derechos sociales de libertad (derechos de autonomía individual y colectiva/sindical, pero que implican una intervención promocional o de fomento por parte de la legislación de los Estados miembros) y derechos sociales de prestación (derecho a prestaciones positivas, que constituyen típicamente derechos de desmercantilización que han de ser garantizados en las Constituciones y legislaciones de los Estados Parte, a través de intervenciones que aseguren la atribución y disfrute efectivo de las prestaciones positivas; siendo de ello el responsable el Estado). Por otra parte, debe realzarse un rasgo fundamental de todos los derechos que son garantizados en el sistema interno de la CSEr, a saber: se les dota a todos los derechos sociales fundamentales de un contenido mínimo esencial que se impone a los Estados signatarios y que está llamado a ejercer una fuerza vinculante bilateral a todos los sujetos públicos y privados.

[81] Monereo Pérez, J.L.: "Los renglones torcidos de la política social moderna. Los derechos sociales a fin de siglo", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada,* núm. 2, 1999, pp. 239-262.

Así se puede verificar en un examen del listado -verdadero "catálogo" sistematizado- de los derechos sociales fundamentales reconocidos y garantizados en la CSEr; atendiendo *necesariamente a las sinergias e interdependencia* de las Partes I y II de este Tratado constitutivo de una constitución social de Europa, utilizando aquí el concepto de "Constitución" en sentido amplio jurídico-material[82]:

1. Toda persona tendrá la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido (Derecho al trabajo y libertad de trabajar). (Art. 1."Derecho al trabajo").

2. Todos los trabajadores tienen derecho a unas condiciones de trabajo equitativas. (Art. 2. "Derecho a unas condiciones de trabajo equitativas").

3. Todos los trabajadores tienen derecho a la seguridad y a la higiene en el trabajo. (Art. 3. "Derecho a la seguridad e higiene en el trabajo").

4. Todos los trabajadores tienen derecho a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso. (Art. 4. "Derecho a una remuneración equitativa").

5. Todos los trabajadores y empleadores tienen derecho a asociarse libremente en organizaciones nacionales o internacionales para la protección de sus intereses económicos y sociales (Libertad sindical y libertad de asociación de los empleadores). (Art. 5. "Derecho sindical").

6. Todos los trabajadores y empleadores tienen derecho a la negociación colectiva y a emprender acciones colectivas, incluido el derecho de huelga de los trabajadores[83]. (Art. 6. Derechos de negociación colectiva y de huelga).

[82] Un esto completo de todos estos derechos sociales fundamentales de prestación y de libertad, en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir.): *La garantía de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta Social Europea. La garantía multinivel de los derechos fundamentales en Europa,* Granada, Ed. Comares, 2017, espec., pp. 357-1005. Por supuesto, existen excelentes trabajos monográficos sobre derechos sociales concretos, cuya cita sería excesivamente extensa.

[83] Los derechos a la negociación colectiva y a la huelga están vinculados, pero es evidente que el derecho de huelga va más allá de su ejercicio en el ámbito de la negociación colectiva, pues puede plantearse al margen de allá de las relaciones laborales en el ámbito de más amplio del Sistema de relaciones laborales que involucra al Estado con la posibilidad de las huelgas sociopolíticas que tengan como destinatario a los poderes públicos. Por definición, las llamadas huelgas generales sobrepasan en campo específico de del sistema de empresas y entra en el ámbito de la huelga de dimensiones sociopolíticas. Por tanto, la fórmula de reconocimiento no puede constituir una limitación inaceptable de la finalidad y ámbito de ejercicio del derecho fundamental de huelga; ni tampoco puede suponer una suerte de invisibilidad del derecho de huelga tras el derecho a la negociación colectiva. Además ello lo impediría artículos como el Artículo H de la Parte V, relativo a las "Relaciones entre la Carta y el derecho interno o los acuerdos internacionales", de la CSEr, en relación con los artículos 95 y 28.2 de nuestra Constitución jurídica. Véase Monereo Pérez, J.L.: "La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la Huelga (I y II), *Temas Laborales*, núm. 27, 1993 y 28, 1993; *Ibid.*, "La constitucionalidad de las huelgas sociopolíticas (A propósito de la STCO 36/1993, de 8 de febrero", en *Homenaje a Juan García Abellán,* Murcia, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1994, pp. 221 y ss.; *Ibid.,* "La huelga (artículo 28.2 CE), en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M. N. (Dirs.) *et al*: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002; Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P. G.: *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico,* Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2019; Monereo Pérez, J.L. y Tomás Jimenéz, N.: "Derecho a la negociación colectiva (artículo 6 de la CSEr)", y "Derecho a huelga" (artículo 6 de la CSEr)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.) *et altri*: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea Revisada,* Granada, Comares, 2017, pp. 519 y ss., y 533 y ss.; Baylos Grau, A.: *Servicios esenciales, servicios mínimos y derecho de huelga,* Albacete, Bomarzo, 2018; Moreno Vida, M. N.: *La huelga en servicios esenciales,* Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2007.

7. Los niños y los adolescentes tienen derecho a una protección especial contra los peligros físicos y morales a los que estén expuestos. (Art.7. "Derecho de los niños y adolescentes a protección").

8. Las trabajadoras, en caso de maternidad, tienen derecho a una protección especial. (Art. 8. "Derecho de las trabajadoras a la protección de maternidad").

9. Toda persona tiene derecho a medios apropiados de orientación profesional, que le ayuden a elegir una profesión conforme a sus aptitudes personales y a sus intereses. (Art. 9. "Derecho a la orientación profesional").

10. Toda persona tiene derecho a medios adecuados de formación profesional. (Art.10. "Derecho a la formación profesional").

11. Toda persona tiene derecho a beneficiarse de cuantas medidas le permitan gozar del mejor estado de salud que pueda alcanzar. (Art. 11. "Derecho a la protección de la salud").

12. Todos los trabajadores y las personas a su cargo tienen derecho a la seguridad social. (Art. 12. "Derecho a la Seguridad Social").

    Este derecho social a la Seguridad Social resulta paradigmático para verificar la técnica normativa de garantía del derecho y de su contenido esencial. "Para *garantizar el ejercicio efectivo* del derecho a la seguridad social, las Partes [Estados signatarios] se comprometen: 1 a *establecer o mantener* un régimen de seguridad social; (llámese la atención de la coincidencia en la formulación de los derechos a la Seguridad Social ex art. 41 CE). 2 a mantener el régimen de seguridad social en un *nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos,* al exigido para la ratificación del Código Europeo de Seguridad Social; (Este Código es un Tratado Internacional celebrado en el marco del Consejo de Europa). 3 a esforzarse por *elevar progresivamente* el nivel del régimen de seguridad social (Introduce el principio de progresividad en el ideal de cobertura). 4 a adoptar medidas, mediante la conclusión de los oportunos acuerdos bilaterales o multilaterales, o por otros medios, sin perjuicio de las condiciones establecidas en esos acuerdos, encaminadas a conseguir: a) la igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las Partes y los de las demás Partes en lo relativo a los derechos de seguridad social, incluida la conservación de las ventajas concedidas por las leyes de seguridad social, sean cuales fueren; b) los desplazamientos que las personas protegidas pudieran efectuar entre los territorios de las Partes".

13. Toda persona que carezca de recursos suficientes tiene derecho a la asistencia social y médica. (Art. 13. "Derecho a la asistencia social y médica").

14. Toda persona tiene derecho a beneficiarse de servicios de bienestar social. (Art. 14. "Derecho a los beneficios de los servicios sociales").

15. Toda persona minusválida (discapacitada) tiene derecho a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad. (Art. 15. "Derechos de las personas minusválidas a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad").

16. La familia, como célula fundamental de la sociedad, tiene derecho a una adecuada protección social, jurídica y económica, para lograr su pleno desarrollo. (Art. 16. "Derecho de la familia a protección social, jurídica y económica").

17. Los niños y los adolescentes tienen derecho a una adecuada protección social, jurídica y económica. (Art. 17. "Derecho de los niños y adolescentes a protección social, jurídica y económica").

18. Los nacionales de cada una de las Partes tienen derecho a ejercer, en el territorio de otra Parte, cualquier actividad lucrativa en condiciones de igualdad con los nacionales de esta última, sin perjuicio de las restricciones basadas en motivos imperiosos de carácter económico o social. (Art. 18. "Derecho a ejercer una actividad lucrativa en el territorio de otras Partes").

19. Los trabajadores migrantes nacionales de cada una de las Partes y sus familias tienen derecho a la *protección y a la asistencia* en el territorio de cualquiera otra Parte. (Art. 19. "Derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia").

20. Todos los trabajadores tienen derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo. (Art. 20. "Derecho a la igualdad de oportunidades y tratado en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón de sexo").

21. Los trabajadores tienen derecho a la información y a la consulta en el seno de la empresa. (Art.21. "Derecho a la información y a la consulta").

22. Los trabajadores tienen derecho a tomar parte en la determinación y en la mejora de las condiciones de trabajo y del entorno de trabajo en la empresa. (Art. 22. "Derecho a participar en la determinación y en la mejora de las condiciones de trabajo y del entorno de trabajo").

23. Toda persona de edad avanzada tiene derecho a protección social. (Art. 23. "Derecho de las personas de edad avanzada a protección social").

24. Todos los trabajadores tienen derecho a protección en caso de despido. (Art. 24. "Derecho a protección en caso de despido").

25. Todos los trabajadores tienen derecho a la tutela de sus créditos en caso de insolvencia de su empleador. (Art. 25."Derecho de los trabajadores a la tutela de sus créditos en caso de insolvencia de su empleador").

26. Todos los trabajadores tienen derecho a la dignidad en el trabajo. (Art. 26. "Derecho a la dignidad en el trabajo"). (Es el eje del sistema de Derechos Fundamentales con arreglo a los principios de indivisibilidad, interdependencia y progresividad, aunque que aquí se contempla en una perspectiva específica, aunque aquí adquiere un alcance más limitado).

27. Todas las personas con responsabilidades familiares y que ocupen o deseen ocupar un empleo tienen derecho a hacerlo sin verse sometidas a discriminación y, en la medida de lo posible, sin que haya conflicto entre su empleo y sus responsabilidades

familiares. (Art. 27. "Derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y de trato").

28. Los representantes de los trabajadores en la empresa tienen derecho a protección contra los actos que puedan causarles un perjuicio y deben contar con las facilidades adecuadas para desempeñar sus funciones. (Art.28. "Derecho de los representantes de los trabajadores a protección en la empresa y facilidades que se les deberán conceder").

29. Todos los trabajadores tienen derecho a ser informados y consultados en los procedimientos de despido colectivo. (Art. 29. "Derecho a información y consulta en los procedimientos de despido colectivo").

30. Toda persona tiene derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social. (Art.30."Derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social").

31. Toda persona tiene derecho a la vivienda. (Art. 31. "Derecho a la vivienda").

Estamos, así, ante un catálogo bastante completo de derechos sociales fundamentales prestaciones y de libertad. Sin embargo, un punto débil -por más que se introduzca con ello un factor o elemento de flexibilidad, salvado un núcleo duro obligatorio-, es el sistema de aceptación flexible de la CSEr, que deja a los Estados un margen de discrecionalidad o reserva en la aceptación de las obligaciones de garantizar ciertos derechos establecidos en este instrumento jurídicamente vinculante. Ello lo permite la Parte III, Artículo A ("Obligaciones") y Artículo B ("Vínculos con la Carta Social Europea y el Protocolo Adicional de 1988"). De ello se deduce que -se insiste, dejando a salvo un núcleo duro obligatorio de derechos sociales-, la propia CSEr admite *una aceptación parcial de su estándar general de derechos garantizados,* aunque ya el art. B deja claro que ese margen de discrecionalidad no es absoluto. Es lo cierto que si bien esta técnica es de uso frecuente en algunos instrumentos internacionales derechos humanos fundamentales (incluidos los de carácter eminente social, como por ejemplo algunos Convenios de la misma OIT, incorporando el margen de discrecionalidad en su sistema normativo interno), puede ser discutible en un instrumento de estas características y finalidad explícita como es la CSEr que puede considera como un todo unitario configurador de una "Constitución Social Europea". Esta posibilidad de aceptación parcial limita el objetivo de establecer una base común (un patrimonio común de valores reflejados en los derechos sociales fundamentales garantizados) para alcanzar una aproximación mínimamente armonizadora de los derechos nacionales la garantía de todos los derechos económicos, sociales y culturales que se consagran en la CSEr. Esto explica que la mayoría de los Estados Parte no hayan aceptado ratificar la totalidad de los preceptos de la CSEr, que debería ser, sin embargo, un sistema unitario conformador de esa "constitución social Europea"[84]. Por tanto, los Estados miembros disponen de un margen

[84] En el caso de España se asumió el texto completo de la CSE de Turín de 1961, pero incorporando reservas interpretativas harto significativas. Así se comprueba en el Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980 (BOE núm. 157, de 26 de junio; corrección de errores en BOE núm. 192, de 11 de agosto de 1980), indicando que: "España *interpretará y aplicará* los artículos 5 y 6 de la Carta Social Europea, en relación con el artículo 31 y el Anexo a la Carta, de manera que sus disposiciones sean compatibles con las de los artículos 28, 37, 103.3 y 127 de la Constitución española". Véase, al respecto, las STC 57/1982, de 27 de julio, conflicto positivo de competencia, y 392/1981, BOE de 18 de agosto de 1982. Lamentable, por excepcional, resulta la exclusión del derecho de sindicación de los jueces, magistrados y fiscales mientras se hallen en activo ex art. 127 CE. Véase, críticamente, Monereo Pérez, J.L. y Gallego Morales, L.Á.: "La Asociación Profesional y el Derecho de Huelga de los Jueces, Magistrados y Fiscales (Artículo 127, en relación los artículos 7, 10.2 y 28 de la Constitución española)", en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dirs.) *et altri*: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España,* Granada, Ed. Comares, 2002, pp. 1157-1192; Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G.: *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico,* Cizur Menor (Navarra), Ed. Tromson/Aranzadi, 2019, pp. 199 y ss.

limitado de discrecionalidad en la ratificación de la CSEr, pero que incidencia en un debilitamiento del objetivo general de "armonización" del estándar garantista mínimo por ella consagrado.

Interesa hacer en este orden de ideas dos precisiones importantes:

La primera que hace referencia a las restricciones de los derechos y principios y sus límites, a saber: "1. Los derechos y principios enunciados en la Parte I, una vez llevados a la práctica, así como su ejercicio efectivo con arreglo a lo dispuesto en la Parte II, no podrán ser objeto de restricciones o limitaciones que no estén especificadas en las Partes I y II, salvo las establecidas por la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática para garantizar el respeto de los derechos y libertades de terceros o para proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres. 2 Las restricciones permitidas en virtud de la presente Carta a los derechos y obligaciones reconocidos en ella no podrán ser aplicadas con una finalidad distinta de aquélla para la que han sido previstas" (Parte V: Artículo G "Restricciones").

La segunda concierne a las restricciones y al respecto de la legislación más favorable a las personas protegidas: "Las disposiciones de la presente Carta no afectarán a las disposiciones de derecho interno ni a las de los tratados, convenios o acuerdos bilaterales o multilaterales que estén vigentes o puedan entrar en vigor y conforme a los cuales se conceda un trato más favorable a las personas protegidas" (Parte V: Artículo H "Relaciones entre la Carta y el derecho interno o acuerdos internacionales"). Que en nuestro Derecho interno debe relacionarse con el art. 95 de la Constitución, en relación con el art. 10 de la misma Norma Fundamental.

4.4. La influencia de la Carta Social Europea Revisada en la garantía de los derechos sociales fundamentales en el ámbito geopolítico y jurídico de la Europa amplia

Llama poderosamente nuestra atención sobre la innegable y visible influencia de la CSEr en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), la cual recoge en elenco de derechos sociales fundamentales de CSEr, pero integrándolos en un sistema global completo de derechos fundamentales sistematizados internamente con arreglo a los principios y valores fundamentales que materializan e informan. Ciertamente, la debilidad de la CDFUE estriba en su condicionalidad respecto al desarrollo por normas del Derecho de la Unión Europea, lo que, en principio, le priva de una fuerza normativa directa y reduce su alegabilidad inmediata, para los derechos y libertades en lo que no existe una regulación normativa del Derecho de la Unión. Ello no obstante, hay algunos derechos y libertades que por sus características deben interpretarse con arreglo al sistema interno de los Tratados fundacionales y por tanto si podrían ser alegables directamente al amparo de la CDFUE y del sistema dual de los Tratados Fundamentales actualmente vigentes[85].

Ahora bien: No puede pasar desapercibido en absoluto -*por sus efectos jurídicos*- que en el Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (Revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996 (BOE núm. 139, de 11 de junio de 2021), *España no haya incluido esa declaración teniendo en cuenta que se asume la nueva versión de la CSEr por completo*; y ello a pesar de que si se realizan otras declaraciones como por ejemplo en el muy positivo apartado 5: "En relación a la parte IV, artículo D, párrafo 2, de la Carta Social Europea (revisada), España declara que acepta la supervisión de sus obligaciones contraídas en la Carta según lo que establece el procedimiento recogido en el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea que desarrolla un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo, el 9 de noviembre de 1995". Declaración, ésta, que permitirá un control más incisivo del cumplimiento integral de la renovada CSEr por parte de los organismos de control institucional de la misma. La controversia jurídica está servida.

[85] Véase Monereo Pérez, J.L.: "Ámbito de aplicación de la Carta de la Unión (artículo 51)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.) *et altri*: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Granada, Ed. Comares, 2012, pp. 1301 y ss.

La influencia es perceptible no sólo en la CDFUE, sino también en importante *Carta de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores* (1989), como texto monográfico de pretensiones originarias similares al instrumento de la CSE de referencia en aquel momento[86]. Asimismo es perceptible esa influencia en el proceso y materialización del Pilar Europeo de Derechos Sociales[87]. De ahí se infiere una interconexión, que ha permitido que la Unión Europea se beneficie de la larga experiencia de aplicación e interpretación de un instrumento tan potente (con rango de Tratado aprobado en el marco del Consejo de Europa) como es la Carta Social Europea Revisada y su Procedimiento de reclamaciones colectivas. Al respecto es importante señala que la propia CDFUE declara en su Preámbulo que: "La presente Carta reafirma, dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad, los derechos que emanan, en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las *Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa*, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este contexto, los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros interpretarán la Carta atendiendo debidamente a las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea". Y precisamente las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del Praesidium de la Convención que aprueba la CDFUE (con rango de Tratado Europea ex art. 6.1 del TUE) aluden frecuentemente a la CSE y a la jurisprudencia europea[88].

5. INSERCIÓN DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO: EL GRUPO NORMATIVO CONSTITUCIONAL EX ARTÍCULOS 10.2 Y 93 A 96 DE LA CONSTITUCIÓN. RELACIONES SISTÉMICAS DE LA CARTA Y EL DERECHO INTERNO

No debe olvidarse que "el ordenamiento jurídico en su conjunto está -en el nivel de las normas de principio con tendencia de optimización- ya contenido en la Constitución. Solamente le hace falta la concreción"[89]. Por otra parte, el Estado Social de Derecho interviene en la configuración del orden social y la garantía de efectiva de los derechos y libertades fundamentales, de manera que el desarrollo de la personalidad y el ejercicio efectivo -como realidad jurídica- de tales derechos (de todos, y no sólo de los "sociales") requieren de acciones positivas, prestaciones anticipadas y acciones facilitadores de los poderes públicos. La democracia constitucional contiene *mandatos explícitos de acción positiva*

[86] Monereo Pérez, J.L.: "Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores. Caracterización técnica y significación jurídica y política ante el Tratado de la Unión Europea", *Civitas. Revista de Derecho del Trabajo,* núm. 55, 1992, y núm. 56, 1993.

[87] Monereo Pérez, J.L.: "Pilar Europeo de derechos sociales y sistemas de seguridad social", en *Lex Social,* vol. 8, núm.2 (2018), pp. 251-298. Recuperado a partir de https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/3493; Stangos, P.: "Sinergias entre la Unión Europea y la Carta Social Europea, en la hora del Pilar Europeo de Derechos Sociales", *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social,* núm. 137, 2018.

[88] Véase Monereo Pérez, J.L.: "Disposiciones generales que rigen la interpretación y la aplicación de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (Artículos 51 a 54)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords): *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Granada, Comares, 2012, pp. 1299-1444. Aunque el TUE elude una referencia explícita a la CSE, sin embargo si hace referencia al otro Instrumentos coextenso a la misma como es la CEDH, al establecer que: "2 La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados. 3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales". Reténgase que en el CEDH hay muchos derechos que guardan correspondencia con los garantizados en la CSEr.

[89] Bockenforde, E.-W.: "Grundrechte ais Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik", en Bockenforde, E.-W.: *Staat, Verfassung, Demokraie,* Frankfurt a. M., Suhekamp Verlag, 1991, p. 189.

del Estado Social de Derecho para la garantía de todos los derechos y libertades fundamentales (v.gr., artículos 1, 9.2 y 10 de la Norma Fundamental).

Teniendo en cuenta esto, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos tienen su entrada por la vía del bloque o grupo normativo constitucional integrado por los artículos 93 a 96 (ratificación de las normas internacionales con rango de Tratado o instrumentos equiparados al Tratado) y por el art.10.2 de la Constitución, que actúa como canon de apertura constitucional e interpretativa del Derecho Internacional general y europeo de los derechos humanos. En este sentido nuestra Norma Fundamental tiene un sistema garantista potente -más de lo que usual y tradicionalmente se ha venido afirmando desde algunos sectores de la doctrina constitucional, iuslaboral y del derecho privado en su conjunto- de los derechos fundamentales de la persona que incluye todos los derechos de las distintas "generaciones" (concepto que, ya se indicó, hay que relativizar porque todos los derechos fundamentales de alguna manera han estado siempre presentes en el debate político y jurídico, aunque no del mismo modo y en el mismo tiempo en las Declaraciones de Derechos y en las Normas Internacionales del Derecho Internacional).

En función de ese grupo normativo constitucional es posible garantizar la eficacia de la Convención Europea de los Derechos Humanos de 1950, y la CSEr (aparte de los demás instrumentos internacionales sobre la materia en cuestión de derechos humanos fundamentales ratificados por nuestro país). De este modo, las normas sobre derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán (imperativo categórico) de conformidad con los tratados y acuerdos suscritos por España en la materia (art. 10.2 CE). Lo cual constituye una cláusula de garantía en vía interpretativa por remisión a las normas internacionales ratificadas, aceptando o asumiendo la interpretación de los derechos y libertades realizada por los órganos judiciales o institucionales competentes. Se trata de una *autovinculación* de la Constitución española a la interpretación efectuada por esos organismos competentes para resolver las controversias jurídicas sobre el sentido y alcance en cada momento de los derechos y libertades fundamentales recogidos en los textos internacionales.

De ahí se infiere la posibilidad del control de convencionalidad, con la posible invocación ante los jueces y tribunales de nuestro país de la interpretación conforme a los órganos internacionales competentes; y sin olvidar que nuestro Tribunal Constitucional también está obligado -más allá del control de convencionalidad por la jurisdicción ordinaria- a observar el mandato constitucional ex art. 10.2 CE. Con esta interrelación entre instrumentos internacionales y Constitución e instrumentos normativos de desarrollo de sus mandatos se contribuye a cerrar el círculo garantista del sistema internacional general y europeo de protección de los derechos y libertades fundamentales. Los derechos comprendidos son tanto los derechos civiles y políticos, como los derechos económicos, sociales y culturales garantizados en la Constitución, es decir, todos los derechos del Título I (a pesar de la reticencia inicialmente restrictiva de la STC 26/1987, con significativo voto particular discrepante de Rubio Llorente; matizada después por la STC 36/1991 y otras posteriores). No se incorporan nuevos derechos por el cauce del art. 10.2 CE (su tenor literal lo evidencia nítidamente), pero sí introduce un canon hermenéutico de interpretación imperativa y vinculante de todos los derechos constitucionales (incluidos los de naturaleza y contenido social) con arreglo a las *declaraciones*, *tratados* y *acuerdos* internacionales (reténgase, por lo demás, el contenido amplísimo de esta última expresión: "acuerdos internacionales") sobre las mismas materias ratificados por España. Estamos ante un *criterio hermenéutico general* que ha de ponerse en conexión con las otras piezas del grupo constitucional ex artículos 93 a 96 CE. Todos los acuerdos internacionales ratificados sirven como parámetros de interpretación constitucional (y no se olvide no sólo están las Declaraciones, Tratados, convenios de la OIT -asimilados a éstos-, sino todo "acuerdo internacional" en materia de derechos humanos fundamentales. Todos estos instrumentos actúan como pautas interpretativas del contenido y alcance de los derechos constitucionales, los cuales en muchas ocasiones son enunciados pero

sin dotarlos de un contenido esencial o básico. De ahí que deba reclamarse en vía interpretativa el estándar multinivel de garantía de tales derechos acudiendo al respectivo instrumento internacional de referencia para el derecho constitucional de que se trate en cada momento; pero teniendo en cuenta que la remisión opera tanto al texto en sí como a su interpretación por los organismos competentes judiciales o institucionales para llevarla a cabo. Texto y su interpretación con los órganos competentes son fuentes de interpretación e integración de la Constitución en su calidad de canon de interpretación jurídicamente vinculante para el intérprete de nuestra propia Norma Fundamental.

En este orden de ideas cabe decir que el control de convencionalidad ha sido admitido y configurado por la STC 140/2018, de 20 de diciembre de 2018, FJ 6º, y lo ha sido como exigencia constitucional[90]. Ello aporta elementos para la construcción jurisprudencial de los sistemas de protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del proceso de interpretación con arreglo al estándar mundial multinivel de los derechos fundamentales. El art. 10.2 CE actúa como canon hermenéutico de todos los derechos fundamentales consagrados en instrumentos internacionales (Tratados, Convenios y Acuerdos internacionales) asumido o ratificados por nuestro país (artículos 93 a 96 CE). El bloque constitucional formado por los artículos 93 a 96 y 10.2 de nuestra Constitución obliga al cumplimiento efectivo de los compromisos internacionales asumidos por nuestro país con arreglo al Derecho Internacional de garantía de los Derechos Humanos. En la actuación de los órganos de la jurisdicción ordinaria -ejerciendo el pertinente control de convencional que le corresponde realizar- se trata de realizar una interpretación conforme o desaplicar, llegado el caso, la disposición nacional contraria al canon internacional, sin alcanzar a declarar su invalidez o nulidad.

De este modo, la interpretación conforme a las declaraciones, tratados y acuerdos internacionales debe extenderse a todos los derechos garantizados en el Título I de nuestra Norma Fundamental. Y ello se ha de entender en sentido dinámico, porque aunque no se modifique las normas constitucionales las normativas interpretativas ex art. 10.2 CE estarán siempre en permanente en evolución dinámica; sea porque estamos ante nuevos acuerdos internacionales suscritos por nuestro país, o sea porque tales textos son revisados o ha cambiado su interpretación por el órgano internacional competente para ello. El caso de la CSEr sería en sí mismo un exponente de un texto novedoso y enriquecido de manera sobrevenida para adaptarlo al sistema de necesidades y capacidades humanas del actual momento histórico. Pero no es un fenómeno extraño a nuestro orden constitucional, porque la interpretación de la Constitución por la justicia constitucional también es dinámica y sirve al criterio de la preferencia del criterio finalista o teleológico que informa el art. 3 del Título Preliminar de nuestro Código Civil (elevado a teoría general formal y material de Derecho). Ese carácter evolutivo y dinámico de la interpretación constitucional (que no se restringe a los derechos del capítulo II del Título I de la Norma Fundamental) enlaza con esa apertura de la Constitución al tiempo histórico en un proceso que involucra a nuestro Tribunal Constitucional y a los órganos de jurisdicción ordinaria atendiendo a una "cultura de los derechos" que evoluciona en los distintos instrumentos y órganos que conforman el sistema multinivel de garantía de los derechos fundamentales en el sentido amplio de esta expresión

[90] Véase Valdés-Dal-Ré, F.: "Control de convencionalidad y Carta Social Europea", en Salcedo Beltrán, C. (Dir.) *et al*: *La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social Europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria,* Barcelona, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 341-353; Jimena Quesada, L.: "La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales (Comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre), *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* núm. 53, 2019, pp. 440 y ss. La admisibilidad de ese control al amparo del canon hermenéutico como disposición constitucional de apertura al estándar multinivel de garantía de los derechos fundamentales en Monereo Pérez, J.L.: Monereo Pérez, J.L.: "Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores. Caracterización técnica y significación jurídica y política ante el Tratado de la Unión Europea", *Civitas. Revista de Derecho del Trabajo,* núm. 55, 1992, y núm. 56, 1993, espec., núm. 55, 1992, pp. 893-897 ("El posible valor hermenéutico de la Carta Comunitaria en virtud de la recepción ex artículo 10.2 CE: interpretación teleológica").

(paradigma de ese sentido amplio de la expresión, de nuevo, es el Tratado de la Unión Europea que constituye la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; art. 6 del TUE).

Ya resulta significativo en vía de interpretación constitucional la ubicación del art.10. 2 CE *encabezando* el Título I ("De los derechos y deberes fundamentales"), siendo una norma que establece un canon de interpretación reforzado para todos los derechos comprendidos en dicho Título. Por lo demás, el apartado 1 del art. 10 deja claro que "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley a los derechos de los demás *son fundamentos del orden político y de la paz social".*

Hay que tener en cuenta que los Tratados son *fuente directa del ordenamiento jurídico español,* como se impone deducir del art. 96.1 CE[91], cuya redacción es nítida al respecto, cuando establece que "Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional". Esto lleva a concluir que los tratados internacionales tienen una *aplicación directa*, y sin necesidad de transposición en el ordenamiento jurídico interno, una vez que han sido válidamente celebrados, ratificados y publicados oficialmente en España.

En este orden de ideas, no está de más recordar que el artículo H de la Parte V de la CSEr establece las "Relaciones entre la Carta y el derecho interno o los acuerdos internacionales"; y lo hace en los términos siguientes: "Las disposiciones de la presente Carta no afectarán a las disposiciones de derecho interno ni a las de los tratados, convenios o acuerdos bilaterales o multilaterales que estén vigentes o puedan entrar en vigor y conforme a los cuales se conceda un trato más favorable a las personas protegidas". En puridad sí podría plantearse algún problema interpretativo serio, o incluso de contradicción manifiesta entre la CSEr y disposiciones constitucionales como, señaladamente, el art. 127 CE. Una contradicción que no parece resolverse fácilmente por una vía de interpretación que no sea "creativa" y de interpretación conforme a lo estipula en el Tratado que constituye la CSEr[92].

La experiencia jurídica ha demostrado el carácter expansivo de la CSE como lo demuestra el proceso de interpretación creativo y de adaptación del Comité de Derecho Social, los Protocolos, hasta llega, por el momento, al estándar reflejado en la CSEr de 1996, sirviendo a las nuevas exigencias sociales y opciones de una política del derecho garantista. Su aprobación en sí constituyó un éxito de la democracia constitucional en el reforzamiento del compromiso de protección jurídica de los derechos sociales fundamentales renovados. Refleja que los Estados Parte han reiterado que sin garantía plena y efectiva de los derechos sociales fundamentales no existe una verdadera democracia constitucional.

[91] Por lo demás, no debe pasar desapercibido, señalar que previamente el art. 94 CE hace referencia no sólo al instrumento del "Tratado" en *ius strictum*, sino también a los "convenios", que son asimilados a los Tratados Internacionales (el Capítulo III del Título III de la CE, lleva por rúbrica "De los Tratados Internacionales"). Es importante llamar la atención también al dato constitucional ex art. 10.2 CE (cláusula hermenéutica de apertura al estándar internacional multinivel de derechos humanos), el cual hace referencia no sólo a la "Declaración", "Tratados", sino también, y significativamente por su sentido mucho más amplio, a "*acuerdos internacionales*".

[92] De no ser así podría haberse planteado lo establecido en el art. 95.1 CE, el cual establece dos reglas correspondientes a sus dos apartados: "1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional. 2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción". Adviértase que, a diferencia del Instrumento de ratificación de la CSE originaria de 1961, la ratificación de la CSEr no ha venido acompañada de una reserva de interpretación. En cualquier caso, y sin poder entrar aquí a fondo en esta cuestión, la prohibición del derecho de sindicación (y no simple limitación de su ejercicio) de los jueces, magistrados y fiscales mientras se encuentre en activo, difícilmente se puede acomodar, por ejemplo, a los Convenios OIT, núm. 87 y 88, y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales de 19 de diciembre de 1966, art. 8. Instrumentos internacionales que han sido oportunamente ratificados válidamente por nuestro país.

Ello ha tenido influencia en las alusiones que se han hecho a ella en el TJUE y en los órganos de judiciales de los Estados Parte. La CSEr se sitúa en la tendencia más avanzada de configurar un *estándar mínimo* de protección de derechos sociales fundamentales a toda persona, imponiendo el respecto y garantía de estos mínimos esenciales a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados signatarios. El contenido del estándar de catálogo de derechos sociales está sometido a la dinámica histórica, por lo que nunca es definitivo, pues está abierto al tiempo de los derechos de las personas.

En este proceso de influencia cabe destacar que, sin la menor duda, la CSEr ha venido ejerciendo un influjo visible en el proceso de elaboración de la Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). Se hace visible, se indica, en el proceso de elaboración pero también en el catálogo de derechos recogidos, pues resulta evidente que se garantizan derechos que ya están garantizados en la Carta y que esto lo reconoce el *Praesidium* de la CDFUE, cuando precisa las fuentes de referencia que se han tomado en consideración para la formulación e indicación del contenido de cada derecho fundamental de contenido social.

Resulta harto significada la creciente repercusión de la CSEr en los procesos de decisión política y en los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros del Consejo de Europa. A ello cabe añadir como se ha venido extendiendo la utilización efectiva del "control de convencionalidad", garantizando la interpretación conforme con el sistema de la CSEr. Abundado, todo ello, en la efectiva operatividad de la garantía judicial multinivel de los derechos sociales fundamentales.

La idea de constitucionalizar a nivel europeo ese patrimonio común deviene fundamental en el proceso de civilización, pues ello contribuye a consolidar la democracia y hacerla avanzare en el sentido más coherente con la democracia constitucional, a saber: en sus manifestaciones de democracia social y sustancial. La expansión de su ratificación e influencia representa una mayor posibilidad de cristalizar un constitucionalismo social en la "Europa grande" (es decir, más allá de la Unión Europea), y con ello abrir un nuevo espacio constitucional de nuevo tipo en gran medida "inédito" de carácter supranacional y que atendería -o debería hacerlo- a la dimensión jurídico-material del constitucionalismo democrático-social con Estado Social de Derecho.

Por lo demás, queda bien explicitado que la CSEr y el Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (firmado en Roma de 4 de noviembre de 1950) tiene un carácter complementario entre sí como instrumentos jurídicos (con rango de Tratado) emanados en el marco del Consejo de Europa y como catálogo de los derechos fundamentales garantizados desde la perspectiva del contenido (pues todos los derechos fundamentales participan de los principios de indivisibilidad, interdependencia y progresividad en su vinculación con la dignidad de la persona, que es una e indivisible más allá de las distintas dimensiones donde se desarrolla su personalidad). Ese carácter complementario de ambos Tratados se reconoce explícitamente en mismo Preámbulo de la CSEr[93]. En términos de conjunto el catálogo de derechos garantizados en ambos Tratados del Consejo de Europa constituye un mínimo común denominador de todos los Estados Parte de este organismo geopolítico europeo. Ambos instrumentos jurídicos garantizan derechos en verdaderas normas jurídicas vinculantes y con independencia de la distinta naturaleza de los organismos de control jurídico (Tribunal Europeo de los Derechos Humanos; Comité de Derechos Sociales); y sus resoluciones, en última instancia, están salvaguardadas, desde el punto de vista jurídico y político, por el Consejo de Europa y su Comité de Ministros. No obstante, la aproximación entre ambos

[93] El Protocolo se expresa en los siguientes términos: "Considerando que, por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y sus Protocolos, los Estados miembros del Consejo de Europa *convinieron en garantizar a sus pueblos los derechos civiles y políticos y las libertades especificados en esos instrumentos*".

instrumentos es relativa e incompleta. Cabría inquirir sobre si realmente forman una unidad coherente de sentido y de garantías. Habría que caminar hacia mecanismo más reforzados de coordinación y correspondencia entre ambos instrumentos de garantía de los derechos fundamentales en el marco del Consejo de Europa. Aunque es cierto que tanto el TEDH como el Comité Europeo de los Derechos Social han realizado una tarea importante de mantener estos instrumentos como complementarios a través de la creación un limitado "*acervo común*" en virtud de sus informes y pronunciamientos en su condición de órganos de garantía, control e interpretación ante posibles vulneraciones de los derechos amparados por la Convención y la CSEr. Sin embargo, se debería mejorar estos mecanismos de correspondencia entre los dos instrumentos para alcanzar la protección integral de la persona a través de la protección de sus derechos. Ello viene exigido, como se indicó, por el principio de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos fundamentales, sin establecer rígidas separaciones y gradaciones jerárquicas entre las distintas categorías dentro de un sistema integrado de derechos; pues lo que hay es que hacerlos pivotar sobre las personas y su dignidad humana y el libre y pleno desarrollo de su personalidad (en el sentido, por ejemplo, del artículo 10.1[94], 9.2[95] y 27.2[96] CE). Todos estos derechos deben ser efectivamente garantizados, como ya expresaba la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene constitución" (art. 16). Y deben serlo conforme al principio de indivisibilidad e interdependencia entre todos los derechos evitando la fragmentación y la devaluación de los derechos sociales como pretendidos derechos de "categoría inferior"; y ello ha de ser así porque este principio está vinculado de manera inescindible con la democracia constitución y con la forma política de Estado Social de Derecho. Esta unidad finalista presupone que todos los derechos fundamentales forman un bloque único y deben ser tratados de manera simétrica en orden a sus garantías de efectividad en una Europa Social y Democrática de Derecho (El sentido de la cláusula interpretativa de apertura constitucional ex art. 10.2 CE va en esa dirección). En realidad, "Todos los derechos humanos son universales, indivisible e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales".

La correspondencia entre los dos instrumentos de derechos fundamentales aprobados en el marco del Consejo de Europa lo es también en sentido jurídico-material y de contenido. Son comunes los valores superiores en que se inspiran (es suficiente una lectura atenta de los respectivos Preámbulos), pero también existe esa complementaria y correspondencia respecto a derechos equivalentes en lo esencial (Basta reparar en el catálogo de derechos del CEDH: derecho a la vida, art. 2; prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado, art. 4; derecho a un juicio equitativo, art. 6; respecto a la vida privada y familiar, art. 8; libertad de reunión, asociación y libertad sindical, art. 11; prohibición de discriminación, art. 14). A lo que hay que añadir los Protocolos de la Convención. Así, el Protocolo Nº 4 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Estrasburgo, 16-IX-1963) que, reconoce ciertos derechos y libertades además de los que ya figuran en el Convenio y en primer Protocolo adicional al Convenio, modificado por el Protocolo Nº 11(libertad de circulación, art. 2; prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros,

[94] "1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

[95] "2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

[96] "2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales".

art. 4); el Protocolo Nº 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Estrasburgo, 22-XI-1984), que garantiza algún derecho de correspondencia con los de la CSEr (Garantías de procedimiento en caso de expulsión de extranjeros, art. 1); el Protocolo Nº 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4.X.2000), prohibición general de discriminación (art. 1).

6. LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA EN LA COYUNTURA ACTUAL

6.1. El garantismo jurídico de la Carta a la prueba de los hechos: El crack de 2008, la pandemia Covid-19 y la incidencia de la "Guerra de Ucrania". Su operatividad como "escudo social"

El impacto de la Pandemia Covid-19 (a la que le había precedido el gravísimo crack de 2008) ha supuesto una crisis de magnitudes extraordinarias: una crisis sanitaria con pérdidas masivas de vidas humanas; una crisis social y de empleo y una crisis económica. Nos movemos en un ámbito donde en situaciones propias de una "sociedad del riesgo" actualizada, el Estado ha tenido que responder con un conjunto de medidas de distinta naturaleza, en muchos casos sin que se haya podido -o en algún caso no se ha sabido- dar respuesta con una planificación coherente de un cuadro de medidas interrelacionadas. La situación es la propia del desbordamiento político, jurídico e institucional. Sus consecuencias negativas en todos los ámbitos y especialmente en el ámbito sociolaboral se van a dejar sentir durante mucho tiempo (se habla ya de décadas). Ni siquiera está garantizada a corto plazo una estabilización de la crisis sanitaria, que es la detonante de la crisis económica y social extraordinaria que caracteriza la coyuntura en que vivimos. Por lo demás, en las situaciones que sobrepasan la prevención de riesgos -sin perjuicio de adaptarla en todo lo posible- es necesario ir más allá a través del principio de precaución para hacer frente a las situaciones de incertidumbre[97].

Se puede decir, así que la Pandemia actual no es sólo una crisis sanitaria. Es lo que en las ciencias sociales -en la dirección más solvente- se califica técnicamente de «*hecho social total*», en el sentido específico de que impacta y convulsa el conjunto de las relaciones y estructuras sociales, y conmociona a la totalidad de los actores (políticos, sociales y económicos), de las instituciones y de

[97] Sobre el enfoque de la prevención integral distinguiendo el ambiente interno de trabajo y el ambiente externo de la salud pública, véase Monereo Pérez, J.L.: "Integración de la gestión de riesgos medioambientales en la prevención de riesgos laborales. La interrelación de la gestión de la prevención de riesgos laborales y del medio ambiente", en Monereo Pérez, J.L. y Rivas Vallejo, P. (Dirs.) *et al*: *La prevención de riesgos mediambientales en el ámbito de las relaciones de trabajo*, Granada, Ed. Comares (Col. Prevención de Riesgos y Calidad Ambiental), 2011, pp. 327-378, con referencia específica a "La gestión integral de los riesgos" (*Ibid.*, Capítulo I, pp. 327 y ss.) y a "Los principios comunes del Derecho polisistémico de tutela frente a los riesgos: los principios de precaución y responsabilidad y los problemas "inter-sistémicos" (Capítulo 2, pp. 351 y ss.). Ya anteriormente, en Monereo Pérez, J.L.: "Medio ambiente de trabajo y protección de la salud: hacia una organización integral de las políticas públicas de prevención de riesgos laborales y calidad ambiental", *Relaciones Laborales,* núm. 10, 2009, y en la monografía específica de Monereo Pérez, J.L. y Rivas Vallejo, P.: *Prevención de riesgos y medioambiente,* Granada, Ed. Comares (Col. Prevención de Riesgos y Calidad Ambiental), 2010.
Desde el punto de vista estrictamente *jurídico* los dos principios están unidos en el derecho fundamental a la protección del medio ambiente y en el derecho humano al desarrollo. Véase, explícitamente, en este sentido, Monereo Pérez, J.L.: "Protección del medio ambiente (Artículo 37 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.) *et al*: *La Europa de los Derecho. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Granada, Ed. Comares, 2012, pp. 1017-1076, con referencia específica igualmente a "la gestión integral de riesgos: medio ambiente y riesgos laborales" (Capítulo 3, pp. 1037 y ss.); y Monereo Pérez, J.L.: "Derecho al Desarrollo (artículo 28 DUDH; 1 PIDESC; Declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho al desarrollo y Normas concordantes)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.) *et al*: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, Granada, Ed. Comares, 2014, pp. 951-983.

los valores de la sociedad, planteando una exigencia de recomposición de la cohesión social[98]. Las organizaciones internacionales y multilaterales de todo tipo (como ONU, Cruz Roja Internacional, G7, G20, FMI, OTAN, Banco Mundial, OMC, etc.) no han estado a la altura de la tragedia, por su silencio o por su incongruencia. Tan sólo mínimamente han tenido una respuesta debilitada la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en la "recomendación" (*Sof law*) de medidas activas y redistributivas en la lucha global contra la Pandemia del Covid-19. Por su parte, la Unión Europea tuvo una inicial una respuesta suave antes de adoptar de manera tardía pero eficiente una respuesta mínimamente a la altura de lo que se esperaba. Se trata del Fondo de Recuperación ("Nex Generation EU), aprobado el 21 de julio por el Consejo Europeo. Este fondo constituye una respuesta completamente distinta a la destructiva austeridad que se impuso para hacer frente al Crack de 2008. Este Fondo alcanza a 750.000 millones de presupuestos de gasto de los 27 países integrantes de la Unión. Se trata de un Fondo de adscripción finalista destinado a financiar proyectos de inversión que fomenten el crecimiento de la economía solvente y creadora de empleo y bienestar social. Todo ello marcado por las directrices de transición ecológica justa y respetuosa con el medioambiente y la digitalización de la economía en una era de innovación tecnológica y de Revolución 4.0. Se pretende no tanto conservar como propiciar en una respuesta ofensiva -no meramente defensiva- una transformación estructural general, pero que se centra en ciertos pilares básicos como el fortalecimiento del sistema sanitario (incluyendo la investigación en materia de salud), la investigación, la educación y la formación digital; sector de la cultura, las políticas sociales, la gestión medioambiental, infraestructuras de energías renovables, facilitar la movilidad sostenible, etcétera. Esa estrategia para utilizar el Fondo racionalmente en la lógica económica, social, cultural, tecnológica y medioambiental, exigirá una mayor concreción por parte de las instancias políticas de la Unión para los próximo tres años, pero también por parte de los Estados, como el Español, que recibirá 140.000 millones de euros condicionados al logro de esos objetivos, no a otros sobre los que se ha especulado (como las reformas regresivas en materia de pensiones o de derechos laborales y sociales en general). De este modo todos los Gobiernos de la Unión deberán enfrentarse pronto a nuevos restos, pero sobre la base de unas *políticas ofensivas, es decir, proactivas que tratan de anudar la racionalidad económica con la racionalidad social y ecológica.*

Ello determina la articulación de una estrategia compleja de política social y económica.

Se trata, en cierto sentido, de una crisis agravada, porque abunda sobre el Crack de 2008, cuyas consecuencias sociales, económicas y política todavía se dejan sentir. Tuvo como elemento desencadenante el colapso del sistema financiero mundial en el marco de una creciente financiarización de la economía, pero en realidad se trata de la punta del iceberg, porque lo que expresa nítidamente sus las distorsiones de un modelo de crecimiento neoliberal de globalización conformado a la medida de los grandes fuerzas económicas y políticas de nuestro tiempo. La crisis económica, social y económica de la Pandemía del Covid-19, llega en un momento donde se cuestionaba en los hechos y en sector importante de la intelectualidad económica ese modelo afirmando el colapso de la globalización neoliberal, con la apertura de nuevos mundos posibles[99]. Por no hablar del "trilema político" de la economía mundial de Dani Rodrik[100].

[98] Mauss, M.: *Sociología y antropología,* trad. T. Rubio de Martín, Madrid, Ed. Tecnos, 1971.

[99] Paradigmáticamente, Altvater, E.: *El fin del capitalismo tal y como lo conocemos,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2011, pp. 39 y ss., y 245 y ss.; Sapir, J.: *El nuevo siglo XXI. Del Siglo americano al retorno de las naciones,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2010, pp. 173 y ss.

[100] Rodrik, D.: *La paradoja de la globalización. La democracia y el futuro de la economía mundial,* Barcelona, Antonio Bosch editor, 2012, pp. 203 y sigs. Ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, pp. 382 y ss.

Pues bien: ha llegado el momento de cuestionar, efectivamente y con fundamento en su carácter destructivo en todos los órdenes de la vida, el modelo de globalización neoliberal actual y establecer un modelo atemperado y más equilibrado en todos los sentidos; a riesgo de que la hiperglobalización actual -que ha dejado indefensos a los Estados más débiles y, desde luego, a todos los trabajadores y personas más vulnerables y en situación precaria- acaba en teniendo consecuencias destructivas todavía mayores. En esta coyuntura, de nuevo, al menos las sociedades modernas más avanzadas (con Estado Social de Derecho) han podido establecer redes de protección social y laboral y un conjunto de instrumentos predispuestos para mitigar los efectos sociales. De este modo, el Estado Social ha podio atemperar el impacto de la situación crítica de los mercados. Respuesta que también se ha hecho valer en la presente crisis del Covid-19, que ha desautorizado a la ideología neoliberal y las estrategias de remercantilización de bienes comunes (y no se olvide que entre los bienes colectivos se encuentra, la salud y asistencia sanitaria, la educación, los servicios públicos sociales, etcétera) y de derechos sociales fundamentales. Las protecciones sociales públicas han impedido que se haya producido una catástrofe desde la perspectiva política y social (pero, contando con ella, también -y junto con otras medidas de intervención pública que han evitado el desmoronamiento del sistema a través de mecanismos para asegurar su supervivencia- ha contribuido a que no se produzca una catástrofe en términos económicos y no sólo estrictamente sociales), entre otras cosas manteniendo la demanda agregada, por no hablar de la paz social.

Y de nuevo se reproponen propuestas neokeynesianas sobre la base de un pacto social y político interclasista que permita garantizar el orden de la producción y un elevado nivel de empleo y de bienestar social. Se ha rememorado incluso los Pactos de la Moncloa, seguramente sin reparar en la diferencia de contexto político del momento, aunque quizás pensando en la idea de concentración o unidad nacional que no es fácil de repetir en un contexto de confrontación de ideologías pluralistas. Lo que se ha de reclamar en el contexto de una democracia constitucional como la nuestra es más bien un *Pacto Constitucional* entre las fuerzas políticas sociales que busque una solución equilibrada en la reconstrucción del sistema social en un contexto que estará marcado por la Pandemia Covid-19. Al cual se añade, ahora, compromisos ecológicos y límites del crecimiento impuesto por el derecho humano al desarrollo y por el juego de los principios de prevención y de precaución. Con ello evitando que se confunda sin más el crecimiento económico con el progreso social, lo que en sí cuestiona ya la idea de un crecimiento exponencial el cual fomenta en sí una cultural propia del individualismo posesivo insolidario según el modo de pensar del neoliberalismo. De nuevo el Estado Social y sus políticas de planificación económica y sus sistemas de protecciones sociales viene a rescatar al capitalismo de sus tensiones disolventes y de sus crisis cíclicas ahora agravadas por la visibilidad de la inadecuación social y ecológico-personalista del modelo de globalización neoliberal. Pero también van a contribuir a aliviar el sufrimiento de millones de personas, muchas de las cuales despiertan de las promesas del "sueño neoliberal" de dominio de las fuerzas del mercado y el automatismo del progreso económico y el dominio de la naturaleza a través de las nuevas tecnologías (la Revolución 4.0, o cuarta revolución industrial). Ni el modelo ni las instituciones se han mostrado adecuados en defensa de la estabilidad económica ni de la protección del bienestar, la seguridad y la salud de las personas. Se sabe por experiencia que las situaciones de pobreza y exclusión social y la crisis ecológica, no se van a resolver de manera espontánea, sin que haya una intervención política del régimen democrático que conduzca el proceso de transición hacia una sociedad más civilizada, que ponga límites precisos a la tendencia a la mercantilización de todas las cosas, incluidos bienes comunes y derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos sociales (fórmula de síntesis que recoge a esa triada de derechos) son parte del desarrollo socio-económico y tienen un efecto multiplicador sobre el modelo de desarrollo al servicio de las personas, sin perjuicio de una razonable eficiencia económica. Son bien conocidos los problemas que ocasiona la desigualdad para el desenvolvimiento de sistema económico. Es necesario un cambio de enfoque que comporta pasar del desarrollo como simple crecimiento al desarrollo como progreso de la libertad creando las condiciones materiales adecuadas para aquélla sea real y efectiva, en

este sentido implica disponibilidad de ingresos, recursos y la capacidad para lograr la autorrealización y el modo de vida que es libremente elegido en comunidad[101]. Pero esas *condiciones materiales de la libertad* -liberación de la pobreza, ostentar un trabajo decente, tener un nivel de ingresos para una vida digna- no los puede garantizar para todos exclusivamente el mecanismo del mercado. Que esto se puede realizar en un sistema económico de capitalismo no es fácil, pero en cualquier caso es imposible en un capitalismo salvaje; puede realizarse acaso un capitalismo diferente, es decir, un capitalismo organizado bajo el dominio de la política democrática y los correctivos de una planificación típica del desarrollo humano; o si se quiere un capitalismo *limitado democrática y ecológicamente.*

De ahí el carácter virtuoso de las políticas de regulación (re)distributivas conjugadas con las políticas de regulación y racionalización constitucional del orden económico y del empleo. No resulta baladí hacer notar que es posible otro paradigma de globalización alternativo -excluyente de la ideología y racionalidad neoliberal-, tan sólo reflexionar sobre el hecho histórico de que la globalización es, por el momento, la última fase de un proceso histórico de larga duración tendente a la creciente mundialización de la economía, que combine de manera eficiente y virtuosa la racionalidad social y la racionalidad económica. Y esto es importante porque en la coyuntura actual, los Estados se conforman unidireccionalmente como "Estados de mercado" o "Estados de competencia económica", cuyo principio axial es la eficiencia de la economía y la mejora de las condiciones de competitividad de las empresas[102].

Llama poderosamente la atención que la derecha más radical continúe en una estrategia de confrontación y de deslegitimación del legítimo Gobierno de Coalición actual y que esto impida la conclusión de un Pacto de mínimos entre las fuerzas políticas (salvo la actitud del Partido Nacionalista Vasco y, en aspectos más puntuales, del Partido Ciudadanos). También es criticable que los partidos de izquierdas y conservadores de Cataluña hagan prevalecer la lógica de la "identidad nacional" pretendida sobre la lógica de la recuperación económica y de la protección sociolaboral de las personas en general y de los trabajadores en particular (trabajadores asalariados y trabajadores autónomos).

Sin embargo, en contraste, son varios los acuerdos tripartitos adoptados a partir del 11 de mayo de 2020 (Acuerdo Social de Defensa del Empleo; ASDE) en el marco de la concertación social entre el Gobierno de coalición y los sindicatos y asociaciones empresariales más representativas. También desde el principio ese Acuerdo sociopolítico (Pacto Social) se tradujo y materializó jurídicamente -como manifestación de legislación negociada en la lógica de la concertación social- en el RDL 18/2020, de 12 de mayo. Se da lugar a esa típica forma de *Gobernanza horizontal y comunicativa* que caracteriza al fenómeno, intrínseca y sustancialmente político, de la concertación social. Que la idea es la de continuidad por esta senda de la concertación social lo puso de manifiesto la Disposición Adicional 2ª del pionero y ya aludido RDL 18/2020, al crear una Comisión de Seguimiento compuesta por las representaciones del Gobierno de coalición, y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Estos pactos de concertación social -materializados en legislación negociada- son importantes para una salida equilibrada la crisis multidimensional actual, pero no deberían impedir que se llevarán a cabo reformas estructurales necesarias para que dicha recuperación sea efectiva en términos de modelo socio-económico. Y esto reclama la realización de modificaciones importantes en la reformas laborales de los últimos años especialmente de la reforma legislativa de 2012 (reformas que, pese al lenguaje indiferenciado que se suele utilizar, no pueden ser calificadas como "sociales",

[101] Basta reparar en los estudios teóricos y empíricos de Amartya Sen, cuyas ideas fundamentales sobre desarrollo y libertad, y la teoría de la justicia anudando derechos y capacidades humanas, encuentra su colofón en Sen, A.: *La idea de justicia* (2009), Madrid, Ed. Taurus, 2010. Asimismo, *Ibid., Desarrollo y libertad,* Barcelona, Ed. Planeta, 2000; *Ibid., Nuevo examen de la desigualdad,* Madrid, Alianza Editorial, 2004.

[102] Monereo Pérez, J.L.: *La organización jurídico-económica del capitalismo moderno: El Derecho de la Economía*, Est.prel., a Ripert, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Granada, edición a cargo de J. L. Monereo Pérez, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001, espec., pp. LXVIII y ss.

pues esta lógica de "justicia social" y de trabajo decente le es ajena), porque de lo contrario no habrá ninguna posibilidad para orientar el modelo de competitividad hacia la innovación, la calidad del productivo y la calidad del empleo (en términos de trabajo productivo "decente"), salvo que eludiendo la derogación necesaria de los aspectos más regresivos de las últimas reforma laborales se quiera hacer recaer -y aceptar- los costes de la crisis económica y social inducidos por la crisis sanitaria Covid-19 en los trabajadores (asalariados y autónomos; privados y públicos), lo cual sería rechazable por lo que supondría de ruptura del modelo de garantismo multinivel -y de equilibrios de racionalidad económica y justifica social que le es inherente- jurídicamente consagrado al máximo nivel en nuestra Constitución y en el estándar mundial de garantía efectiva de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores[103]. Si no se deroga el núcleo liberalizador y regresivo de la reforma laboral de los últimos años, la precariedad en el empleo y la devaluación se producirán al amparo del propio marco de ordenación legal vigente, sin necesidad de recurrir a la "Derecho del Trabajo informal" o al fraude o abuso en la contratación laboral.

Por lo demás, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha venido apostando -siguiendo su larga tradición de existencia a partir de su constitución en la Parte XIII del Tratado de Versalles de 1919- por el diálogo y la concertación social como cauce de democracia procedimental (técnicamente, *de democracia deliberativa y comunicativa*)[104] para buscar "legislaciones de compromiso" y soluciones transaccionales equilibradas no sólo en las relaciones laborales y política sociales, sino también en el equilibrio entre de las relaciones de poder en el mundo del trabajo entre las organizaciones empresariales más representativas[105]. Y es que en el capitalismo autoorganizado y autorregulado -sobre todo a través de la "*lex mercatoria*" reguladora del comercio internacional- con apoyo de las grandes potencias mundiales y las regulaciones flexibles estatales (Estado de Mercado), las respuestas a la crisis no han sido precisamente solidarias, sino que han buscado el apoyo público selectivo en la minoración de beneficios y en la actual fase inestable de recuperación económica y ecológica (también "ecología humana") y de garantía del derecho humano al desarrollo.

---

[103] Para ese estándar multinivel puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2009; *Ibid., La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2017; y la trilogía interdisciplinar del garantismo multinivel en la sociedad mundial integrada por: Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.) *et al*: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europa*, Granada, Ed. Comares, 2012; Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.) *et al*: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio sistemático de la declaración de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, Granada, Ed. Comares, 2014; Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.) *et al*: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta Social Europa*, Granada, Ed. Comares, 2017.

[104] Esta configuración específica de los procesos de concertación social es defendida en Monereo Pérez, J.L.: *Concertación y diálogo social en España,* Valladolid, Ed. Lex Nova/Tromson-Aranzadi, 1999.

[105] Véase OIT: *Observatorio de la OIT -segunda edición: El COVID-19 y el mundo del trabajo. Estimaciones actualizadas y análisis,* 7 de abril de 2020. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/grupups/public/@dgreports/@dcomm/documents/briefingnonte/wcms_740981.pdf. Donde se apuesta por el diálogo social y la concertación desde el garantismo y el trabajo decente o digno de la que trabaja, el reforzamiento de los sistemas de salud y asistencia sanitaria y la realización de políticas fiscales y laborales que hagan recaer los costes de la crisis del lado de la posición de los trabajadores. Ello exige el mantenimiento de los derechos fundamentales específicos e inespecíficos y la regulación del trabajo informal o irregular, que jurídicamente es un trabajo calificable de ilegal estrictamente. Véase Monereo Pérez, J.L. y Perán Quesada, S.: "La OIT y el trabajo informal: la Recomendación 204 OIT sobre la transición de la economía informal a la formal", en Monereo Pérez, J.L. y Perán Quesada, S. (Dirs. y Coords.) *et al*: *Derecho social y trabajo informal. Implicaciones laborales, económicas y de Seguridad Social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida en España y Latinoamérica*, Granada, Ed. Comares, 2016, pp. 3-26; Monereo Pérez, J.L., Gorelli Hernández, J., De Val Tena, Á. L. (Dirs.) y López Insua, B. M. (Coord.) *et al*: *El trabajo decente,* Granada, Ed. Comares, 2018; *Ibid., La dignidad del trabajador. La dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales,* Murcia, Ed. Laborum, 2019.

La OIT ha reiterado en diversos instrumentos la vigencia de la Declaración de Filadelfia, actualizándola para hacer frente a un mundo global, comenzado por declarar que el trabajo no es una mercancía y la garantía de los derechos sociales laborales individuales y sindicales. Y es de subrayar también que lo ha hecho respecto a la prevención de riesgos laborales y al Covid-19. La OIT ha advertido sobre la tendencia perniciosa del capitalismo histórico a la mercantilización de todas las cosas[106] y la orientación hacia los mercados dominados por la máxima de la flexibilidad/liberalización, con el triunfo del "Derecho flexible del Trabajo"[107]. Le pretende legitimar este modelo iusliberal a través de la eficiencia económica y la creación de empleo, pero los hechos contradicen estas afirmaciones puramente ideológicas. La realidad, es que esta forma de capitalismo histórico -capitalismo puro de expansión ilimitada o más acentuadamente liberalizador- conduce a cuestionar la dignidad del trabajador y su materialización en un conjunto de derechos fundamentales, y ello se traduce en una enorme desigualdad y la tendencia hacia el autoritarismo en los países que han tenido una tradición propia del constitucionalismo democrático-social con Estado Social de Derecho. Pero hay algo más la crisis sanitaria Covid-19 y su conversión en *crisis total* ha puesto de manifiesto los límites del modelo neoliberal de organización económico-social y con él de globalización neoliberal, pues han tenido que ser las grandes organizaciones públicas internacionales y ante todo los Estados nacionales los que han tenido que "salvar" al capitalismo de sus propias insuficiencias y tendencias destructivas. Las soluciones arbitradas por la Unión Europea y los Estados miembros son todo menos desreguladora; todo lo contrario: intensa y penetrantemente intervencionistas en todo el espacio económico y social. Es decir, una repuesta propia del capitalismo intervenido y organizado, cuando no de "capitalismo de Estado", más o menos democrático, más o menos autoritario, según el régimen político imperante en cada país en cada gran potencia estatal.

Ya en el temprano Comunicado de la Organización Internacional del Trabajo de 18 de Marzo de 2020 (OIT, Covid-19 y el mundo del trabajo: repercusiones y respuestas), se observaba que el diálogo social tripartito entre los gobiernos y las organizaciones de trabajadores y empleadores es un instrumento fundamental para elaborar y aplicar medidas reparadoras sostenibles, a escalas comunitaria y mundial. Ello requiere organizaciones de interlocutores sociales sólidas, independientes y democráticas. Varias crisis, entre ellas la Gran Depresión de 2008, han puesto de manifiesto que sólo

[106] Algo ya planteado por Karl Marx y a su estela por autores como Polanyi, K.: *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico,* Madrid, Ed. La Piqueta, 1989; y en fecha más reciente Milanovic, B.: *Capitalismo, nada más. El futuro del sistema que domina el mundo,* trad. Teófilo de Lozoya y Juan Rabasseda Gascón, Madrid, Ed. Taurus, 2020. En la era de la globalización el capitalismo muestra a la vez que una capacidad de adaptación y una enorme capacidad de destrucción -quizás es algo en lo que no insiste suficientemente Milanovic-. El autor da por hecho el triunfo irreductible del capitalismo, el aniliquilamiento del capitalismo clásico, pero también el confinamiento del capitalismo "democrático" socialdemócrata. Por ello sólo ve dos direcciones de capitalismo fuerte -en realidad capitalismo de Estado- como el "liberal meritocrático" (paradigma, Estados Unidos) y el "político autoritario" (paradigma, China, pero también, se podría añadir Rusia que es un capitalismo autoritario como una democracia restringida). En cualquier caso, y pese a este escenario, apuesta por políticas redistributivas a través de impuestos y transferencias públicas sociales, que en el fundo es la conocida receta de "civilización" del capitalismo sin pretender superarlo. Lo que se aprecia es una tensión entre capitalismo y democracia constitucional participativa y de orientación redistributiva. En este sentido, Monereo Pérez, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, espec., pp. 460 y sigs. (sobre "El nuevo sistema mundial en una "situación de excepción": globalización neoliberal y crisis económica"). En perspectiva de crítica de economía política, Streeck, W.: *Comprando tiempo. Las crisis pospuestas del capitalismo democrático,* Barcelona, Katz editores, 2016.

[107] Esta expresión y su sentido opuesto al Derecho del Trabajo clásico garantista del Estado Social de Derecho en Monereo Pérez, J.L.: *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Una crítica del Derecho flexible del trabajo,* Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1996; *Ibid., Caracterización técnico-jurídica del Derecho del Trabajo,* Madrid, Ed. Civitas, 1996; *Ibid., Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Ed. Consejo Económico y Social de España, 1996; y su evolución acentuada en esa dirección liberalizadora en *Ibid., La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2017.

podemos evitar el riesgo de que se produzca un círculo vicioso a la baja mediante la aplicación de medidas políticas coordinadas y eficaces a gran escala.

Un diálogo social constructivo y continuo entre los gobiernos y los interlocutores es primordial para dar respuestas eficaces a escalas empresarial, sectorial y macroeconómica, como pone de manifiesto la experiencia adquirida en anteriores crisis económicas. Los gobiernos no pueden abordar las causas y las consecuencias de las crisis ni garantizar la estabilidad social o la recuperación sobre la base de medidas unilaterales. El diálogo social constituye un instrumento indispensable para gestionar las crisis de forma armonizada y eficaz y facilitar la recuperación, y es un *método de gobernanza* primordial para llevar a cabo cambios. El establecimiento de canales de comunicación eficaces y el diálogo ininterrumpido con los gobiernos son fundamentales para que las organizaciones de trabajadores y de empleadores puedan gestionar la reestructuración empresarial de manera sostenible y conservar el empleo.

Y ya apuntó que hay que aplicar reformas institucionales y políticas en profundidad para facilitar la recuperación sobre la base de la demanda y aumentar la resiliencia por medio de sistemas de protección social *universal* eficaces que constituyan factores estabilizadores automáticos en los planos económico y social frente a la crisis. Ello contribuirá asimismo a recuperar la confianza en las instituciones y en los gobiernos.

Hay un cierto grado de incertidumbre en estas previsiones, al no estar claro en qué medida se verán afectados los países de ingresos bajos o medios. Si el virus afectara a esas economías en la misma medida, la incidencia en los trabajadores en situación de pobreza será mucho mayor. Y en condiciones de incertidumbre hay que actuar con los principios de prevención y de precaución.

La OIT insiste en que las epidemias y las crisis económicas pueden repercutir de forma desproporcionada en determinados grupos de población, y propiciar un aumento de la desigualdad. Habida cuenta de la experiencia relativa a casos anteriores y la información de que se dispone actualmente sobre la crisis del Covid-19, así como los conocimientos adquiridos en crisis anteriores, cabe destacar los grupos de población más vulnerables son:

— las personas con problemas de salud subyacentes o de edad avanzada, con mayor riesgo de padecer graves problemas de salud;

— los jóvenes, que deben afrontar un elevado índice de desempleo y subempleo, y son más vulnerables frente a una disminución de la demanda de mano de obra, como se constató a raíz de la última crisis financiera mundial. Los trabajadores de más edad son asimismo más vulnerables en el plano económico. A raíz de la epidemia del MERS, se puso de manifiesto que los trabajadores de más edad eran más proclives que las personas más jóvenes a encontrarse en situación de desempleo y subempleo, o de reducción de su horario laboral;

— las mujeres, a raíz de la amplia labor que desarrollan en los sectores más afectados (en particular el de los servicios), o por realizar un trabajo de primera línea para hacer frente a la pandemia (por ejemplo, las enfermeras). Según estimaciones de la OIT, el 58,6% de las mujeres que trabajan en todo el mundo lo hacen en el sector terciario, frente al 45,4% de los hombres. Las mujeres tienen menor acceso a servicios de protección social y soportan una carga laboral desproporcionada en la economía asistencial, en particular en el caso de cierre de escuelas o de centros de atención;

— los trabajadores sin protección social, en particular los trabajadores por cuenta propia, los ocasionales y los que llevan a cabo una labor esporádica en plataformas digitales, especialmente susceptibles de verse afectados por el virus al no tener derecho a bajas laborales remuneradas o por enfermedad, y estar menos protegidos en el marco de los mecanismos convencionales de protección social, u otros medios de compensación de fluctuaciones de ingresos; y

— los trabajadores migrantes, particularmente vulnerables a los efectos de la crisis del Covid-19 que restringirá su capacidad para desplazarse a su lugar de trabajo en sus países de acogida y para regresar con sus familias.

En lo que se refiere a las respuestas, la OIT insiste en la estrategia del trabajo decente y el papel regulador de las normas internacionales de trabajo. No es fácil preciar en contextos de incertidumbre el tipo de políticas serán las más eficaces para mitigar los efectos del Covid-19 en el mundo del trabajo. Al producirse una crisis, las Normas internacionales del trabajo proporcionan una base sólida para actuar a nivel político, habida cuenta de la función primordial que desempeña el trabajo decente para propiciar una recuperación sostenida y equitativa. Dichas normas, aprobadas por representantes de los gobiernos y las organizaciones de trabajadores y de empleadores, permiten promover un enfoque que facilite avances y fomente un desarrollo centrado en el ser humano, en particular mediante instrumentos políticos que propicien un aumento de la demanda y la mejora de la protección de los trabajadores y las empresas.

La respuesta a nivel político debería hacer hincapié en dos objetivos a corto plazo: la protección de la salud y el apoyo económico, tanto con respecto a la demanda como a la oferta

En primer lugar, los trabajadores y los empleadores, incluidas sus familias, deberían estar protegidos frente a los riesgos sanitarios que conlleva el Covid-19. Deberían implantarse medidas de protección en el lugar de trabajo y en las comunidades, o fortalecer las existentes, lo que exige un apoyo e inversiones públicas a gran escala.

En segundo lugar, deberían desplegarse esfuerzos en el plano político a gran escala de forma oportuna y coordinada para fomentar el empleo y los ingresos y promover la economía y la demanda de mano de obra. Esas medidas permitirían paliar los efectos de las pérdidas de empleo e ingresos de las empresas y los trabajadores a corto plazo, y evitar efectos adversos en la oferta (incluida la pérdida de capacidad productiva de los trabajadores) y en la demanda (drástica reducción del consumo de los trabajadores y sus familias), para que no se produzca una recesión económica prolongada.

Es necesario adoptar medidas eficaces e integradas a gran escala en todas las esferas políticas para lograr resultados favorables y sostenibles. Habida cuenta de la rápida evolución de la crisis, es primordial llevar a cabo un meticuloso seguimiento de los efectos directos e indirectos de cada intervención, a fin de velar por la pertinencia de las medidas de respuesta en el plano normativo.

El fomento de la confianza por medio del diálogo es fundamental para que las medidas políticas resulten eficaces. En una coyuntura de mayor tensión social y de falta de confianza en las instituciones, es especialmente importante fortalecer los mecanismos de diálogo social y la confianza en los mismos, a fin de sentar unas bases sólidas que propicien una estrecha colaboración entre empleadores, trabajadores y gobiernos. El diálogo social a nivel empresarial es también primordial.

La OIT establece varios pilares fundamentales para luchar contra el Covid-19 sobre la base de las Normas internacionales del trabajo: la Protección de los trabajadores en el lugar de trabajo; el

Fortalecimiento de las medidas en materia de SST; la Adaptación de acuerdos laborales y señaladamente el relativo al trabajo a distancia dadas las nuevas circunstancias de la pandemia; la Prevención de la discriminación y la exclusión; el Acceso a servicios sanitarios de toda la población; la Ampliación del derecho a bajas remuneradas; el Fomento de la actividad económica y la demanda de mano de obra Promoción de una política fiscal eficaz; la Aplicación de políticas monetarias flexibles; el Apoyo financiero y de concesión de préstamos a sectores específicos, en particular el sanitario; el Apoyo al empleo y al mantenimiento de ingresos; la Ampliación de la protección social a toda la población; la Conservación del empleo: reducción del horario laboral y bajas remuneradas, entre subsidios; las Ayudas financieras y reducciones fiscales para las PYMES.

La *protección de los trabajadores en el lugar de trabajo* para reducir todo lo posible los efectos directos del coronavirus, en consonancia con las recomendaciones y directivas de la OMS, ha de hacer hincapié en los aspectos siguientes:

- mejora de las medidas de SST, en particular el distanciamiento social, el suministro de equipos de protección (especialmente para los trabajadores sanitarios y afines, voluntarios y otras personas que estén en contacto permanente con la población), los procedimientos de higiene y los métodos de organización del trabajo (con apoyo de campañas de información y aumento de la concienciación), así como del diálogo social entre empleadores y trabajadores y sus representantes, por ejemplo en el marco de comités de SST;

- fomento de acuerdos laborales flexibles y adecuados, por ejemplo, sobre trabajo a distancia;

- prevención de la discriminación y la exclusión con respecto al Covid-19;

- fomento del acceso universal a servicios sanitarios de financiación conjunta, en particular para trabajadores no asegurados y sus familias;

- ampliación del derecho a bajas remuneradas o subsidios por enfermedad, para ocuparse del cuidado de los hijos o atender a otras personas, en el marco de programas de financiación conjunta, a fin de garantizar la estabilidad de los ingresos de personas enfermas, en situación de cuarentena o responsables del cuidado de niños, personas de edad avanzada u otros miembros de su familia;

- Fomento de la actividad económica y de la demanda de mano de obra mediante políticas económicas y de empleo que contribuyan a estabilizar la actividad económica, por medio de:

    - políticas fiscales eficaces, incluidas medidas de protección social, transferencias específicas y factores de estabilización automática sobre la base de prestaciones por desempleo, inversión pública y reducciones fiscales para personas de bajos ingresos y PYMES;

    - políticas monetarias flexibles (reducción de tipos de interés, flexibilización de los coeficientes de reserva y disposiciones específicas en materia de liquidez);

- apoyo financiero y en materia de concesión de préstamos a las empresas, especialmente las PYMES, en sectores específicos. La inversión en sistemas sanitarios es fundamental para fomentar la resiliencia y la recuperación frente a la crisis de Covid-19, y crear empleo decente.

— apoyo al empleo y al mantenimiento de ingresos de las empresas y los trabajadores que se han visto afectados adversamente de forma indirecta (por ejemplo, como consecuencia del cierre de fábricas, la interrupción de las cadenas de suministro, las restricciones de viaje o la anulación de actos públicos), mediante:

— medidas de protección social basadas en mecanismos existentes y/o la remuneración específica de trabajadores, en particular los trabajadores informales, ocasionales, temporeros y migrantes, así como los que desarrollan su labor por cuenta propia (por ejemplo, mediante el fomento de las prestaciones por desempleo y programas de asistencia social o empleo público);

— disposiciones sobre conservación del empleo, en particular acuerdos sobre reducción de la jornada laboral o prestaciones parciales por desempleo, entre otros tipos de apoyo a las empresas por un período de tiempo determinado, por ejemplo subvenciones salariales (y reducción temporal de las retenciones fiscales en nómina o exención del pago de las cotizaciones a la seguridad social), concesión de bajas remuneradas a los trabajadores y ampliación de prestaciones existentes, bajas con fines de formación y subvenciones, entre otras medidas conexas;

— medidas de ayuda financiera o de reducción fiscal y de estabilización de ingresos por un período de tiempo determinado, con objeto de garantizar la continuidad de la actividad empresarial, en particular respecto de las PYMES y los trabajadores por cuenta propia (por ejemplo, mediante subsidios o programas de mediación para facilitar la concesión o la refinanciación de créditos con el fin de evitar restricciones de liquidez).

6.2. El garantismo jurídico de la Carta a la prueba de los hechos: ¿Enriquecimiento de los derechos de la Carta? Nuevas tecnologías y nuevos derechos laborales digitales

La CSEr -junto con otros instrumentos de garantía de derechos fundamentales- ha operado como un escudo social frente a la tentación de restringir los derechos sociales, bajo la coartada de mantener los equilibrios de déficit público. Pero no es sólo eso, lo más relevante es que la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales ha contribuido en sí para el restablecimiento de la salud y del orden económico a través del mantenimiento de los niveles de rentas. Desde luego, como ha sido advertido, la CSE, desde su mismo origen no ha sido nada parecido a la "pariente pobre" o "hermana pobre" del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950[108].

Se subrayó anteriormente el carácter dinámico del estándar de derecho sociales garantizados por la CSEr, y que esa historicidad depende de estado de cultura de los derechos y del desarrollo del sistema de necesidades y capacidades humanas. Pues bien, la dinamicidad de la CSEr y su objetivo

[108] Jimena Quesada, L.: "Retrospectiva del proceso de Turín: origen y trabajos preparatorios de la Carta Social Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social,* núm. 137, 2018, p. 17; 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,* núm. 460, 2021, p. 50.

de "progresividad" en el perfeccionamiento de los derechos y la asunción de otros nuevos, nos debe llevar a la ampliación del estándar de derechos fundamentales por ella garantizados. Señaladamente, parece necesario e ineludible que la CSEr incluya los nuevos derechos laborales digitales, y lo haga sobre la base de las experiencias más avanzadas de los Estados miembros del Consejo de Europa. Si se observa atentamente la actual CSEr está preparada para incorporar estos derechos laborales digitales con sus correspondientes garantías y contenido esencial, pero se convendrá que en cierto modo es un instrumento que adolece de una cierta connotación "analógica" más que "digital", cuando lo que es necesario es atender a los requerimos de protección y tutela de nuevas situaciones de necesidad precisamente provocadas por sociedades cada vez más digitalizadas, como es el caso de las europeas. Estos nuevos derechos -que ya están presentes en las legislaciones de varios países miembros- exigirán la creación de nuevas formas de protección, pero partiendo que son nuevos derechos sociales diversificas, pues en unos casos estamos ante derechos sociales digitales de libertad y en otro frente a derechos sociales digitales a prestaciones positivas, ambos requieren de la intervención legislativa. Configurados como derechos de desmercantilización que en cuanto tales garantizan posiciones activas de ventaja frente a los poderes (reales) privados y públicos. Sin derechos como a la protección de datos personales en el ámbito laboral no son garantizados no sólo se perjudicará el objetivo materializado en el estándar, sino también su carencia de garantías adecuadas (los harían más vulnerables) a los derechos y libertades ya garantizados en el sistema interno de la CSEr. Dicho en otras palabras: el pleno reconocimiento en el sistema de la CSEr de los derechos laborales digitales supone una *autentificación y garantía de efectividad* de los demás derechos ya consagradas en el estándar mínimo vigente diseñado en este instrumento jurídico. Por tanto, es necesaria la ampliación de los derechos subjetivos "digitales", para superar el déficit -comprensible, ciertamente- que representa el no reconocimiento específico de los derechos laborales digitales, configurados como verdaderos derechos subjetivos de desmercantilización, para evitar que puedan ser mercantilizados y ser dependientes de los poderes que operan en el mercado de datos y tecnologías digitales, a través de entendidas mercantiles (incluidas las empresa virtuales, dotadas de gran poder) y plataformas privadas con fuerza para "extraer datos" y ejercer un dominio de vigilancia y control del trabajo dependiente o subordinado[109]. Esta realidad, sin duda, pone en peligro la democracia constitucional en su doble proyección formal/procedimental y material/sustancial, pues nada escaparía a los nuevos poderes irresistibles e incontrolables que operan en mercados mundializados o internacionalizados. Es así, que la incorporación de los nuevos derechos laborales en el sistema de la CSEr va más allá de enriquecimiento adicional, para convertirse en una exigencia de efectividad de este instrumento jurídico a una realidad digital y no sólo analógica, por utiliza esta expresión en un sentido metafórico. La transformación digital supone un cambio de paradigma para los instrumentos de protección de los derechos sociales fundamentales (y en general para todo el sistema de derechos en su conjunto). Las plataformas digitales, son tantos vehículos para el ejercicio de derechos y libertades (información, comunicación, cauces de expresión individual y colectiva, instrumentos de protesta y reivindicación laboral, de expresión del malestar social, etcétera; pero también implican la presencia de poderes difusos, que no son fáciles de controlar en orden democrático como lo son en potencia otros poderes más tradicionales en su manifestación y formas de ejercicio). Las nuevas entidades tecnológicas (empresas del sector digital) manejan datos, hacen predicciones de comportamientos que contribuyen de limitar las libertades y derechos, incluidos los derechos económicos, sociales y culturales (los algoritmos en las redes, la mercantilización de los

[109] Puede consultarse la obra de Zuboff, S.: *La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder,* Barcelona, Paidós, 2020, pp. 657 y ss. La era digital y de la tecnociencia ha contribuido a la expansión de la empresa "neopanóptica", la cual emerge en la coyuntura histórica actual como forma de vigilancia invasiva de los trabajadores y de dominación de las personas que trabajan a través de penetración de su esfera personal. Este nuevo escenario reabre el debate sobre el perímetro legal y ético del considerado legalmente legítimo poder de vigilancia y control del empleador ex art. 20.3 del ET y los medios que utiliza, manifiestamente invasivos, dada su potencial capacidad de trascender en todos los ámbitos de la relación laboral. Se reabre la figura de un contrato de trabajo intervenido que establezca los límites del uso de las nuevas tecnologías y su compatibilidad con los derechos fundamentales del trabajo y el derecho a la autodeterminación informativa.

datos, los sistemas de videovigilancia y geolocalización, etcétera). Su capacidad manipulativa de las conductas y el propio ejercicio de los derechos los hace singularmente peligrosos para un régimen democrático. Ante esta situación se requiere una regulación pública limitadora de la mercantilización y de garantía de los nuevos derechos digitales (derechos laborales digitales, como a la protección de datos, a la intimidad, a la propia imagen, a la desconexión digital en el ámbito laboral…). Es el único modo de evitar realmente la acumulación por desposesión de elementos que forman parte de la persona y de las organizaciones sociales en las que se despliega su personalidad. Los códigos éticos, siendo útiles, no son los instrumentos de garantía más adecuados para los derechos de la personalidad en una nueva era digital. En sí misma la digitalización no erosiona los derechos y libertades, pero sí facilita dicha erosión a través de su uso para reforzar los poderes del mercado y los poderes directivos y de vigilancia de los empleadores respecto de sus trabajadores en los lugares de trabajo. Esa capacidad de erosión instrumental por poderes privados en la era digital constituye una amenaza pues cuestiona la efectividad de los derechos fundamentales laborales generales y específicos de la persona que trabaja en condiciones de subordinación (en puridad lo que hace es reforzar ésta de manera más sutil y penetrante en la esfera de la personalidad, muy lejos, pues, de tener una fuerza emancipadora y supuestamente más facilitadora de sus ámbitos de autonomía en el desarrolla de la actividad laboral).

La proliferación de Cartas de Derechos digitales, aunque instrumentos *soft law*, y por tanto sin fuerza normativa, como el caso de la Carta de Derechos Digitales aprobada por el Gobierno español[110].

[110] *Carta de Derechos digitales,* aprobada en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y resiliencia. El cap. 4, está dedicado a los "Derechos del entorno laboral y empresarial". Resulta significativo el catálogo de derechos laborales digitales en el "XIX Derechos en el ámbito laboral" (Dentro del cap. 4) para tomarlos en consideración en un verdadero instrumento normativo (*hard law*) más allá de una mera Declaración *soft law* como éste documento: 1. Se garantizarán la dignidad y los derechos fundamentales de las personas trabajadoras en los entornos digitales. 2. En los entornos digitales y el teletrabajo las personas trabajadoras del sector público o privado tienen derecho con arreglo a la normativa vigente, a: a) La desconexión digital, al descanso y a la conciliación de la vida personal y familiar. b) La protección de sus derechos a la intimidad personal y familiar, el honor, la propia imagen, la protección de datos y el secreto de las comunicaciones en el uso de dispositivos digitales, así como frente al uso de dispositivos de videovigilancia, de grabación de sonidos, así como en el caso de la utilización de herramientas de monitoreo, analítica y procesos de toma de decisión en materia de recursos humanos y relaciones laborales, y en particular, la analítica de redes sociales. Del uso de tales dispositivos o herramientas se informará a la representación legal de las personas trabajadoras. Esta información alcanzará 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. c) La protección de los derechos de la letra anterior en la utilización de sistemas biométricos y de geolocalización. d) La garantía de sus derechos frente al uso por la entidad empleadora de procedimientos de analítica de datos, inteligencia artificial y, en particular, los previstos en la legislación respecto del empleo de decisiones automatizadas en los procesos de selección de personal. e) El uso lícito, leal, proporcionado y transparente de los controles empresariales digitales. f) Recibir de la entidad empleadora los medios tecnológicos para poder desarrollar su actividad sin que las personas trabajadoras deban aportar los medios de su propiedad a disposición de aquella con fines profesionales, así como a ser informadas sobre la política de uso tales dispositivos digitales, incluidos los criterios para una eventual utilización para fines privados. g) La protección frente al acoso por razón de sexo, por causa discriminatoria y acoso laboral utilizando medios digitales. h) La cualificación digital de las personas trabajadoras, ya se encuentren ocupadas o desempleadas, con la finalidad de la adquisición de las competencias digitales requeridas en el ámbito laboral para disponer de mayores y mejores oportunidades de empleo. 3. En los términos previstos en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, se promoverán las condiciones de acceso al trabajo a distancia y el teletrabajo. En este caso, la ordenación de la prestación laboral se desarrollará con pleno respeto a la voluntariedad y la dignidad de la persona trabajadora garantizando particularmente su derecho a la intimidad, la esfera privada del domicilio, os derechos de las personas que residen en él, el derecho a la conciliación de la vida personal y familiar y la garantía de los derechos reconocidos en la legislación y los convenios colectivos. 4. En los procesos de transformación digital: a) Las personas trabajadoras tienen derecho a una formación adecuada que permita su adaptación a las nuevas condiciones laborales. b) La representación legal de las personas trabajadoras tiene derecho a ser informada con la debida antelación sobre los cambios tecnológicos que vayan a producirse. 5. La negociación colectiva podrá establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de las personas trabajadoras y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral, así como vehicular la participación de las personas trabajadoras en los procesos de transformación digital y en la

Pero estamos en el campo donde la ponderación entre los bienes jurídicos fundamentales en tensión exige que la dinámica de la empresa no pueda derivar en una organización interna de poder de dominio y vigilancia prácticamente ilimitado sobre las personas que prestan servicios profesionales bajo condiciones de dependencia o subordinación organizacional. Si se aceptara su "normalización jurídica" sin límites precisos la vigilancia y control de las personas que trabajan entonces pasamos del trabajo como "mercancía sui generis" ("mercancía ficticia", porque la personas no lo son como señalara Karl Polanyi[111]) a la dominación directa de la persona del trabajador y la neutralización funcional/instrumental de sus derechos personalísimos en el marco de las relaciones de trabajo. Esto es, se transitaría de la simple subordinación o dependencia contractual al más amplio poder instrumental de un tipo de subordinación capaz de incidir en la naturaleza humana. Se arrebataría (o más exactamente se invadiría) al trabajador lo que le es más íntimo, esto es, la esfera inherente a su personalidad. Es un poder (poder biopolítico neopanóptico normalizado que sobrepasaría a la formulación originaria del poder biopolítico empresarial que realizara Michel Foucault[112]) que presentaría el riesgo de incrementar la disciplina y el principio de autoridad más allá de lo que pueda resultar razonable en una relación jurídica contractual o estatutaria en un régimen de democracia constitucional. La idea de poner freno a formas de organización y vigilancia de las personas trabajadoras en los lugares de trabajo que incrementan los poderes exorbitantes de la dirección de la empresa y la intrusión en la esfera personalísima de los trabajadores es una exigencia del propio sistema democrático de relaciones laborales[113], pues pone en cuestión el disfrute de los derechos de la persona como ciudadano en la empresa u organización productiva. Las formas de organización empresarial propias de un reforzado orden de dominio de la vigilancia y control laboral invasivo "abandona las tradicionales reciprocidades orgánicas con las personas", expropia datos personales y posibilita la elaboración de modelos predictivos conductuales que limitan la esfera de libertad real de la persona que trabaja y la hacen más vulnerable frente al poder del empleador[114].

---

determinación de las consecuencias laborales que la misma pueda implicar. 6. En todo caso, el desarrollo y uso de algoritmos y cualesquiera otros procedimientos equivalentes en el ámbito laboral exigirá una evaluación de impacto relativa a la protección de datos que incluirá en su análisis los riesgos relacionados con los principios éticos y los derechos relativos a la inteligencia artificial contenidos en esta Carta y en particular la perspectiva de género y la proscripción de cualquier forma de discriminación tanto directa como indirecta, con especial atención a los derechos de conciliación. 7. Se informará y formará debidamente a las personas trabajadoras respecto de las condiciones de uso de los entornos digitales destinados a la prestación laboral con particular atención a aquellas obligaciones ordenadas a garantizar la seguridad y la resiliencia de los sistemas. https://portal.mineco.gob.es/RecursosNoticia/mineco/prensa/noticias/2021/Carta_Derechos_Digitales_RedEs_140721.pdf

[111] Polanyi, K.: *La Gran Transformación. Crítica del liberalismo económico,* Madrid, Ediciones de la Piqueta, 1989, pp. 121 y ss., y 267 y ss.

[112] Foucault, M.: *Vigilar y castigar,* Madrid, Siglo XXI Editores, 1978, espec., pp. 139 y ss.

[113] No es baladí hacer notar que la Comisión Europea haya propuesta una Declaración que establezca que las tecnologías digitales, en general, deben garantizar la protección de los derechos de las personas y reforzar la democracia. Cfr. Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Formulación de una Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital,* Bruselas, 26.1.2022 COM(2022) 27 final.

[114] Zuboff, S.: *La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder,* Paidós, Barcelona, 2020, pp. 657 y ss. La era digital y de la tecnociencia ha contribuido a la expansión de la empresa "neopanóptica", la cual emerge en la coyuntura histórica actual como forma de vigilancia invasiva de los trabajadores y de dominación de las personas que trabajan a través de penetración de su esfera personal. Este nuevo escenario reabre el debate sobre el perímetro legal y ético del considerado legalmente legítimo poder de vigilancia y control del empleador ex art. 20.3 del ET y los medios que utiliza, manifiestamente invasivos, dada su potencial capacidad de trascender en todos los ámbitos de la relación laboral. Se reabre la figura de un contrato de trabajo intervenido que establezca los límites del uso de las nuevas tecnologías y su compatibilidad con los derechos fundamentales del trabajo y el derecho a la autodeterminación informativa. Véase Fernánez Ramirez, M.: *El derecho del trabajo a la autodeterminación informativa en el marco de la empresa "neopanóptica",* Thomson/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, espec., pp. 27 y ss., y 157 y ss.

Por otra parte, hay que tener en cuenta los cambios que se viene produciendo en el "modelo antropológico" de la figura del trabajador en la últimas década y que está provocando una cierta expansión del Derecho del Trabajo hacia un orden jurídico capaz de abarcar paulatinamente a toda la actividad profesional (trabajadores subordinados y trabajadores "débiles" en general), que podría entenderse como un *nuevo impulso hacia la "juridificación"* de las relaciones socio-profesionales en un sentido de realización de la justicia social limitadora de las condiciones de subordinación o dominación de la persona que trabaja a través de la garantía de todos sus derechos fundamentales . Estamos en un momento en que es necesario evitar la demolición para proceder a la refundación de los ordenamientos laborales, lo cual exigiría un periodo de transición de difícil itinerario. Es posible reflexionar sobre los confines del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo en una dirección expansiva hacia todas las personas que trabajan[115].

Hay que tener en cuenta que el autoempleo -el trabajo autónomo y por cuenta propia- en numerosos casos ha dejado de ser una libre elección por parte de la persona que trabaja, siendo más bien una imposición del empresario dominante o fuertemente condicionada por la situación de debilidad en el mercado. En la práctica lo que se cuestiona es la libertad de elegir la forma de trabajar ("autoempleo" ideológicamente calificado como expresión de "emprendimiento" y de "espíritu de empresa"). Y a pesar de que se ha mejorado el sistema de garantías sociales atribuidas al trabajo autónomo, no deja de tratarse de formas de contratación que quedan privadas de importantes garantías iuslaborales, tanto de carácter individuo como de naturaleza colectiva o sindical.

Ese *modelo antropológico de trabajador* como centro de referencia normativa del garantismo jurídico-social que confiere el ordenamiento laboral ha sufrido un cambio que tiende a ser radical, como consecuencia de los fenómenos de la organización descentralizada de la empresa, la exteriorización o externalización de funciones, la "terciarización" del tejido productivo, el impacto de las nuevas tecnologías digitales, etcétera. Todos estos fenómenos (que integran la organización post-fordista del trabajo) han supuesto una "deshomogeneización" de la figura del trabajador, con la fábrica flexible y la formación de mercados internos y externos. El nuevo Derecho del Trabajo tendría que tender hacia un Derecho de la actividad profesional, esto es, abarcando las distintas formas de trabajar más allá de su formalización a través de la figura típica del contrato de trabajo; utilizando distintas técnicas de calificación como la dependencia económica hasta alcanzar a toda la actividad profesional de las personas que trabajan personal y directamente. Ello implicaría una cierta diversificación de las tutelas conferidas por el nuevo Derecho del Trabajo (es decir, una pluralización de los estatutos jurídicos protectores del trabajo personal) que se corresponden con las nuevas formas de trabajo profesional con formas muy difusas (verdaderas "zonas grises") entre "subordinación" y "autonomía relacional. Pero ello supone, desde luego incorporar las tutelas a los trabajadores de todas clases (formas atípicas o diversas al paradigma clásico estandarizado) que prestan servicios en la economía informal o irregular haciéndola emerger hacia la economía *regulada* por un Derecho del Trabajo garantista, esto es, un trabajo digno (decente) dotado de la dignidad y del conjunto de derechos a ella vinculados[116]. Al tiempo el principio que sirve de base a la regulación es que el trabajo -en cualquiera de sus formas- no es una mercancía objeto de comercio[117]. He aquí la función típica del Derecho del

[115] Monereo Pérez, J.L.: "Refundar el ordenamiento laboral para juridificar plenamente el principio de justicia social y el trabajo decente", *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, *9*(1), 2021, pp. 220-294. https://doi.org/10.46661/lexsocial.3982

[116] Monereo Pérez, J.L. y Perán Quesada, S. (Dirs. y Coautores) *et al*: *Derecho Social y trabajo informal. Implicaciones laborales, económicas y de Seguridad Social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida en España y Latinoamérica*, Comares, Granada, 2016.

[117] Monereo Pérez, J.L.: "Refundar el ordenamiento laboral para juridificar plenamente el principio de justicia social y el trabajo decente", *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, núm. 9(1), 2021, pp. 220-294. https://doi.org/10.46661/lexsocial.3982

Trabajo como garantía de los derechos sociales de "desmercantilización", impidiendo que el trabajo esté sometido exclusivamente a los poderes del mercado[118].

Esto fenómeno de expansión del trabajo autónomo debilitado en su posición contractual y necesitado de la protección que dispensan las típicas tutelas del trabajo subordinado, quizás debería hacer reflexionar de manera producente y diferenciada sobre alguna previsión de la nueva CSEr sobre alguna extensión de derechos sociales a determinas formas de trabajo autónomo (en algunos casos estamos ante figuras complejas como las conocidas como "trabajo parasubordinado", "trabajo autónomo dependiente", "trabajador económicamente dependiente", que reflejan la realidad de la heterogeneidad del trabajo y el carácter fluido de sus fronteras delimitadoras; es cierto que también evidencia en algunos casos que algunos de estos trabajadores "autónomos" débiles en realidad debería ser objeto de tutela directa como trabajadores subordinados; el caso de los "trabajadores autónomos económicamente dependientes" en España sería un exponente de la aplicación de la vis expansiva del ordenamiento laboral porque en lo principal tienen los rasgos tipológicos de una relación de trabajo en el sentido del art. 1 del ET, y desde luego son "dependientes" en sentido jurídico formando parte de verdadero contrato de adhesión y estando bajo el círculo directivo y el plan de empresa del empleador para el que prestan servicios profesionales retribuidos con dedicación exclusiva. Pero más allá de la huida del Derecho del Trabajo, es cierto que hay trabajadores autónomos que lo son en sentido estricto y requerirían de una cierta protección, sin que ello tenga que tener como resultado que se desvirtúe y desnaturalice la finalidad principal del instrumento garantista que constituye la CSEr).

No es baladí indicar que el catálogo de derechos de estos dos instrumentos del Consejo de Europea (como también cabe predicar respecto del catálogo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) nunca ha sido un estándar acabado, sino que está abierto al tiempo de los derechos condiciones por las nuevas necesidades, demandas y aspiraciones que los miembros de una sociedad política desean garantizarlas como verdaderos derechos que permite el libre y pleno desarrollo de la personalidad como exigencia de la dignidad humana.

6.3. La Carta Social Europea Revisa frente al neoliberalismo jurídico: declive del constitucionalismo democrático social supranacional y tendencias hacia la "desconstitucionalización" material de los derechos sociales

En la coyuntura histórica actual y en una perspectiva de futuro existen riesgos reales de que se produzcan regresiones en la protección de los derechos sociales, e incluso en la negación de algunos derechos sociales (prestacionales y de libertad colectiva/sindical) que ya están consagrados en el catálogo estándar de la CSEr. Se percibe un declive del constitucionalismo democrático social en el Derecho Internacional y la tendencia hacia la "desconstitucionalización" material y la "re-mercantilización" legislativa de los derechos sociales fundamentales como debilitamiento del garantismo jurídico fuerte.

Vivimos en una época compleja para Europa en su conjunto, con una crisis de valores y con proyectos incompletos de integración a través de las dos grandes organizaciones internacionales: el Consejo de Europa y la Unión Europea. Y todo ello tras una crisis económica equiparable al crack de 1929, la presente crisis provocada por la "guerra de Ucrania". Esto determina que estemos ante tiempos difíciles para la garantía de los derechos y para la plenitud de la democracia constitucional.

[118] Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, pp. 27 y ss.; *Ibid., La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales,* Laborum, Murcia, 2019, pp. 161 y ss.

El este contexto el neoliberalismo (en sus expresiones políticas, económicas y jurídicas), ya antes de la pandemia[119], pero que emerge de nuevo en esta fase de transición inacabada de post-pandemia pretendiendo estructurar a Europa a través de los postulados típicos del neoliberalismo contemporáneo, el cual pretende ampliar sus márgenes de acción y apropiarse de la dinámica del Estado, atrapado como "Estado de Mercado", orientado en permanente servicio a la defensa de las fuerzas del mercado y de la competitividad las economía en detrimento de los principios, valores y derechos y liberales fundamentales en los que aquéllos se materializan; mientras que el Estado hace primer la racionalidad económica sobre la racionalidad social.

El modelo de "adaptación" del Derecho Social a las nuevas realidades políticas, económicas y del empleo está siendo complejo y contradictorio donde coexistenten medidas garantistas con medidas flexibilizadoras de orientación neoliberal de "nuevo tipo" (no es en todos sus modos de pensar y actuar el ordoliberalismo del siglo pasado. Las reformas sociolaborales se han venido realizando -salvo importantes excepciones, como en España con el Gobierno de coalición socialista- desde el prisma del neoliberalismo jurídico, con una acusada tendencia hacia la referida "desconstitucionalización" material y la "re-mercantilización" legislativa de los derechos sociales fundamentales como debilitamiento del garantismo jurídico fuerte.

En una perspectiva más general -y por el momento- es constatable un cambio tendencial desde el Estado Social ("forma Estado") hacia un "Estado de competencia" económica (o Estado Social Postfordista), haciendo referencia a la forma de Estado emergente dentro de una nueva estrategia de acumulación. Ese "Estado de Competencia" o "Estado competitivo" ("Estado de mercado") tiende a desplazar gradualmente al Estado Social propio de la Era del constitucionalismo democrático-social. En esta forma de Estado emergente adquiere una especial centralidad los objetivos de modernización y competitividad estructural de las economías abiertas, esencialmente a través de la intervención en el lado de la oferta; y asimismo la subordinación de la política social a las exigencias de flexibilidad de los mercados laborales y de competitividad de las empresas. Es un "Estado de Competencia" nacional (y, al menos en Europa, supranacional). Destáquese que el rasgo característico de los "Estados de Competencia" es la asunción del compromiso activo preferente en el fomento de la competitividad de sus economías ante la intensa competencia en el ámbito de la economía global. Esta forma de Estado neoliberal de nuevo tipo puede tener consecuencias perversas:

1ª. Los cambios estructurales producidos en los países desarrollados y los procesos de reforma política y legislativa del Estado social contemporáneo han supuesto la emergencia de un nuevo fenómeno acotado bajo la denominación de la *"nueva cuestión social"* (en gran parte superpuesta a la tradicional derivada de los conflictos entre clases en las sociedades industriales), que hace referencia ahora también a un conjunto de "problemas" derivados no ya tanto de la industrialización y de la organización jurídico-política de la sociedad industrial, sino más precisamente de la crisis de la sociedad del trabajo y del problema de la exclusión social. Un conjunto de problemas (paro, pobreza, marginación...), que no cabe residenciar ni conectar necesaria ni principalmente con la relación salarial (bajo el esquema de las relaciones capital-trabajo), sino con la "subclase" o "infraclase" privada de los beneficios inherentes a la ciudadanía social (pero también la política y la civil general). Si la "vieja" cuestión social se planteó respecto a las consecuencias de los procesos de liberalización económica y jurídica e institucional nacida de la "gran transformación" que afectó a la vida económica y la consideración del trabajo como "mercancía ficticia"; la "nueva" (situaciones de nueva pobreza y exclusión, diversidad de las situaciones sociales e individualización de lo social; surgimiento de

[119] Un estudio completo del Derecho social de la emergencia durante la pandemia en la perspectiva post-pandemia, en Monereo Pérez, J.L., Rivas Vallejo, P., Moreno Vida, M. N., Vila Tierno, F., Álvarez Cortés, J. C. (Dirs.), Fernández Rámirez, M. y Pedrosa Ramírez, S. I. (Coords.) *et al*: *Salud y Asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19*, Tomos I y II, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

un nuevo proceso de estratificación social denominado "infraclase" o "subclase" -vinculado la precarización de las relaciones profesionales-; el nuevo concepto de trabajo y trabajador, es decir, la crisis y "dilución" de la condición de subordinación que ya no permite abarcar la diversidad de formas que reviste el trabajo asalariado, la cual sólo puede resolverse atendiendo también al hecho de la integración del trabajador en la organización empresarial) deriva de procesos estructurales relacionados con la desindustrialización y la crisis del trabajo para abarcar también los cambios culturales y de las orientaciones de política del Derecho: surgimiento de los valores post-materialistas y renacimiento del individualismo posesivo e insolidario, unido al creciente descompromiso social de los poderes públicos.

2ª. En este contexto, el Derecho del Trabajo actual (de "transición") es un sistema de Derecho desequilibrado, donde tiende a predominar el principio de eficiencia económica (y con ello el de libertad de empresa elevada a la última "potencia"). Ese nuevo Derecho flexible del Trabajo formaliza jurídicamente una nueva "constitución flexible del trabajo"[120]). El modelo de regulación legal, disperso y flexible, no se acomoda al modelo garantista diseñado en la Constitución, ni tampoco al estándar multinivel de garantía de los derechos fundamentales. Existe una cierta desatención del legislador de su obligación de garantizar la efectividad de los derechos y libertades fundamentales en el ámbito del mercado de trabajo y de la relación de trabajo. Los derechos fundamentales juegan un papel esencial en la "legitimación de la legalidad". El Estado como instrumento protector de los derechos de ciudadanía, contemplando al trabajador como un ciudadano, lo cual exige un estatuto jurídico al que se reconduce el conjunto de los derechos de ciudadanía social[121]. La opción de política del Derecho actual no permite equilibrar los principios subyacentes al Derecho social del Trabajo. No permite proteger satisfactoriamente los derechos sociales ni los valores y derechos extra-patrimoniales de la persona que trabaja. Los temores no son infundados, como ha quedado acreditado en la experiencia jurídico-política. En gran medida la legislación favorece al principio de favor hacia la empresa, más que, desde luego, al principio de protección. El nuevo modelo de Derecho del Trabajo, diversifica patológicamente los "estatutos del trabajo" reduciendo los niveles de tutela, y diferenciando entre un "Derecho de los fuertes" (mercado primario) y un "Derecho de los débiles" (mercado secundario regulado a través de un Derecho de mínimos de protección). Se hace más funcional a las exigencias de la racionalidad económica. Con todo, el Derecho del Trabajo no desaparece se remodela internamente conforme a las nuevas prioridades o preferencias de política del Derecho flexible, y en coherencia interioriza en su racionalidad jurídica la racionalidad económica.

El proceso de remodelación del sistema del Estado Social (incluido, en términos generales, el proceso de reformismo social llevado a cabo en nuestro país desde la década de los noventa) se viene traduciendo en una reducción del potencial desmercantilizador de las políticas sociales, produciéndose una mayor dependencia de los trabajadores respecto al mercado ("remercantilización"), tanto en la esfera propiamente de las relaciones laborales como en el cuadro de los sistemas de protección social. Desde este enfoque, la calidad de los derechos sociales ha quedado sensiblemente mermada y, asimismo, los espacios de libertad real de que disfrutan los trabajadores (y que sólo se garantizan efectivamente mediante el reforzamiento de los grados de inmunidad frente a la relación de mercado). En la adaptación del Estado Social a las exigencias de funcionamiento de la economía y a la lógica de los mercados, se detecta un progresivo desplazamiento del modelo de Estado del Social "institucional" hacia el Estado "marginalista" (en el que tiende a prevalecer el mercado a expensas de las políticas y

[120] Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Ed. Consejo Económico y Social de España, 1996; *Ibid. ,El Nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo,* Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1996; *Ibid.,* "Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postconstitucional: el modelo de Constitución flexible del trabajo", en Martín Jiménez, R. y Sempere Navarro, A. V. (Coords.) *et al*: *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

[121] Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Ed. Consejo Económico y Social de España, 1996, pp. 27 y ss., y 159 y ss.

sistemas públicos). Ese "plegarse" a la lógica del mercado puede crear la falsa apariencia de realidad de que los mercados no están penetrados constitucionalmente por la regulación realizada por el poder público.

El Derecho Flexible del Trabajo (formalizador de la constitución flexible del trabajo) supone una ruptura del Derecho Social del Trabajo Clásico garantista (la constitución del trabajo) del Estado social. El modelo se consolida con las reformas legales del mercado de trabajo de las últimas décadas. Estas reformas suponen un cambio de modelo normativo de Derecho del Trabajo, introduciendo una mutación legal de la constitución social y de su programa normativo. El Derecho del Trabajo aparece, por momentos, como un Derecho "invertido" respecto a las previsiones constitucionales y los Tratados y Acuerdos Internacionales, sin que formalmente se haya procedido a una reforma constitucional en los términos previstos en el propio texto constitucional. EL Derecho del Trabajo se hace más unilateral y desequilibrado, en la medida en que se subraya su condición de instrumento regulador del mercado respecto a su papel de garante de derechos sociales de la ciudadanía. El Derecho del Trabajo del constitucionalismo democrático-social había tratado, por el contrario, de equilibrar los principios del mercado (lógica económica) y de protección social (lógica social o razón social). La fundamentación "mítica" e ideológica es explicitada en las leyes de reforma cuando se hace referencia al fenómeno de la globalización, el cambio tecnológico (la sociedad de la información; la era de la información; y ahora en la "Era digital"-Revolución 4.0)[122], competitividad internacional, las exigencias de flexibilidad y adaptabilidad de las empresas, etcétera. Cabría inquirir sobre si el Derecho del Trabajo actual deviene o deriva en un derecho de la producción y de la competencia y no tanto en un derecho de la distribución.

El Derecho del Trabajo clásico del Estado social es calificado (o, más propiamente, "des-calificado" ahora) de Derecho rígido e ineficiente e incluso "unilateralmente favorable" (cuando nunca ha tenido ese carácter unilateral, la legislación laboral siempre ha sido una legislación de compromiso (Georges Scelle) entre el pluralismo de los intereses implicados)[123]; es objeto de un juicio de reproche respecto al funcionamiento normal de los mercados. El Derecho "Flexible" del Trabajo lejos de equilibrar los principios que lo informan (protección y rendimiento), se vence hacia la tutela del principio de rendimiento y productividad empresarial. Hasta tal punto es así que se puede hablar, con propiedad, en términos generales, de un principio regular e intervencionista pro-empresarial. Preside en el actual Derecho del Trabajo la razón instrumental economicista y tecnocrática, que se traducen en la re-mercantilización de espacio substraídos a los mecanismos contractuales de regulación del

[122] Los cambios tecnológicos siempre han influido en la dinámica del Derecho del Trabajo, sin que ello suponga aceptar en absoluto ninguna suerte de determinismo tecnológico. Puede consultarse Hyman, R. y Streeck, W. (Comps.): *Nuevas tecnologías y relaciones industriales,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1993, espec., pp.35 y ss. Se critica el enfoque tradicional en torno al vínculo entre las relaciones industriales y el cambio técnico que considera a este último como un factor exógeno que influye sobre las primeras desde el exterior -considerándose el interior esencialmente en términos de un subsistema social semiautónomo en el modelo pluralista-funcionalista. Como resultado, la dirección y la esencia del cambio técnico aparece como independiente de las instituciones sociales que regulan el intercambio entre capital y trabajo. Las relaciones industriales, tanto en la teoría como en la práctica, quedan limitadas a la introducción de estrategias empresariales de cambio técnico y como si nada tuvieran que ver con su concepción. Esto permitir legitimar el reforzamiento de la exclusión del trabajo en las sociedades de capitalismo avanzado de las decisiones industriales importantes, como son las de la tecnología. Por otra parte la tecnología (y el cambio tecnológico) en sí misma no determina la estructura industrial, sino que más precisamente ofrece opciones entre las que la dirección de la empresa, los sindicatos y los responsables industriales pueden elegir dentro de un amplio margen de maniobra.

[123] En este sentido, Monereo Pérez, J.L. "Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postconstitucional: El modelo de Constitución flexible del trabajo", en Sempere Navarro, A. V. (Dir.): *El modelo social en la Constitución de 1978*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 1527 y ss.; "El constitucionalismo social europeo. Un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea", *Revista Española de Derecho del Trabajo. Civitas,* núm. 160, 2013, pp. 17 y ss., y antes *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Una crítica al Derecho Flexible del Trabajo,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

mercado, con el efecto de una privatización de ámbitos funcionales cuya regulación se confiere a la negociación colectiva o a la contratación individual. Este sector diferenciado del ordenamiento jurídico *se convierte en un instrumento de la política del Derecho orientada hacia la garantía preferente del principio de eficiencia económica*, en términos de productividad o de rendimiento. En el plano de las relaciones de poder en el trabajo asalariado, este modelo normativo de Derecho del Trabajo ha supuesto un reforzamiento de los poderes unilaterales atribuidos a la posición jurídica de la dirección de la empresa. Su lógica implícita o subyacente es la propia de una "rama" del Derecho de la Economía.

Se asiste a una *metamorfosis del trabajo* a finales del siglo veinte y en los inicios del transcurso del siglo veintiuno; una evolución marcada por la disgregación y la atomización de aquel modelo aparentemente monolítico en el pasaje desde la producción en masa estandarizada hasta el llamado postfordismo, es decir, hasta una dimensión productiva y social molecular, reticular, horizontal, que parece derribar radicalmente el paradigma anterior. Estamos ante la nueva forma adoptada del "trabajo flexible". El modelo de empleo estándar (estable, a tiempo completo…) es cada vez menos representativo del mundo del trabajo actual (OIT, 2015)[124]. Ello entraña grandes retos para las políticas y las instituciones, que se han establecido en torno al modelo estándar de empleo[125]. Las nuevas tecnologías y los cambios en la forma en que las empresas organizan la producción son factores determinantes de la evolución de la relación de empleo y de la extensión de las nuevas formas de trabajo. El cambio tecnológico (piénsese, paradigmáticamente, en la automatización del proceso productivo) y las nuevas formas de organización del trabajo pueden determinar una cierta pérdida de centralidad del trabajo, convirtiéndolo en algunos sectores en un elemento periférico a la producción y provocar, consecuencialmente, su devaluación como elemento de articulación y estructuración social[126]. Por lo demás, el sistema productivo aparece cada vez más tecnificado en el que los procesos

[124] Realza la OIT que la relación de empleo es cada vez menos segura: "El presente informe releva que se ha producido un alejamiento con respecto al modelo estándar de empleo, en cuyo marco los trabajadores perciben un sueldo o un salario en una relación de empleo dependiente con respecto a sus empleadores, tienen un trabajo estable y trabajan a tiempo completo. Ahora bien, el modelo estándar de empleo es cada vez menos predominante en las economías avanzadas. En cuanto a las economías emergentes y en desarrollo, si bien se ha observado un cierto fortalecimiento de los contratos y las relaciones de empleo, el empleo informal sigue siendo una práctica corriente en muchos países y la utilización de contratos de muy corta duración y de horarios de trabajo irregulares se está generalizando en los tramos inferiores de las cadenas de suministro mundiales (véanse los capítulos 1 y 5 del presente volumen). En la actualidad, el empleo asalariado solo representa alrededor de la mitad del empleo mundial, proporción que incluso se reduce a cerca del 20 por ciento de la fuerza de trabajo en regiones como África subsahariana y Asia meridional. En varias economías avanzadas se ha registrado una tendencia hacia la disminución de la proporción del empleo asalariado, que se aparta de la evolución histórica. En cambio, están creciendo el trabajo por cuenta propia y otras formas de empleo que quedan fuera del ámbito de los acuerdos suscritos tradicionalmente entre los empleadores y los trabajadores asalariados. En las economías emergentes y en desarrollo, la tendencia histórica hacia la extensión del empleo asalariado se está ralentizando. Además, en la mayoría de los países en desarrollo, la proporción del empleo en la economía informal y en el trabajo familiar no remunerado sigue siendo persistentemente alta. Además, entre los trabajadores asalariados en su conjunto están apareciendo nuevas dinámicas. Menos del 45 por ciento de los trabajadores asalariados tienen un empleo a tiempo completo y permanente, y la tendencia parece ser hacia la baja (véase gráfico 1). Esto significa que, en todo el mundo, al cerca de 6 de cada 10 trabajadores asalariados están ocupados en formas de empleo a tiempo parcial o temporal. Las mujeres constituyen una parte desproporcionadamente alta de las personas ocupadas en modalidades de empleo asalariado temporal o a tiempo parcial. En resumen, *el modelo de empleo estándar es cada vez menos representativo del mundo del trabajo actual, ya que menos de uno de cada cuatro trabajadores está empleado hoy en condiciones que corresponden a ese modelo*" (OIT, 2015, Resumen ejecutivo, p. 3).

[125] Casas Baamonde, M. E.: "El Derecho del Trabajo ante las nuevas formas de trabajo", *Derecho de las Relaciones Laborales,* núm. 7, 2015; Monereo Pérez, J.L.: "Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en la 'era de la flexibilidad'", *Derecho de las Relaciones Laborales,* núm. 5, 2016, pp. 444 y ss.

[126] Monereo Pérez, J.L.: "El Derecho Social del Trabajo en el mundo de la tercera revolución industrial", en Capella Hernández, J. R. (Coord.) *et al*: *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Madrid, CGPJ, 2002. Un profunda y actualidad reflexión sobre el impacto de las nuevas tecnologías y la digitalización en las formas de trabajo y en las relaciones laborales puede hallarse en las atinadas reflexiones de Mercader Uguina, J.: *El futuro*

de gestión y toma de decisiones se controlan por un grupo cada vez más reducido de personas. Y la crisis del trabajo es inevitablemente la crisis de la "sociedad del trabajo". De ahí que la consecución del modelo de empleo estándar para la mayoría de los trabajadores sea cada vez más difícil.

Igualmente están en declive las ilusiones prometeicas que han dominado el pasado siglo suponía un canto romántico al progreso económico, a la industrialización, y a la globalización sin fronteras. Una globalización cosmopolita apoya en el cambio tecnológico (calificado sin más de "progreso tecnológico"). Sin advertir -evitando caer en un pesimismo metodológico- que el progreso puede ser una fuente de destrucción irreversible[127]. Es lo cierto que las nuevas tecnologías y su aplicación a los procesos productivos y a la organización del trabajo está redefiniendo la "sociedad del trabajo"[128]; más que del mito del fin del trabajo vinculado a las nuevas tecnologías[129] nos encontramos con una transformación de las formas de trabajar, aunque también con la pérdida de numerosos empleos que ceden el paso y desaparecen en la sociedad "postindustrial" y "postmoderna" (o de segunda modernidad)[130]. El progreso tecnológico no puede equipararse mecánicamente al progreso social (lo intuyeron autores como H. George, G. Sorel, F. Tönnies, W. Benjamin). En relación el proceso tecnológico y su impacto ambivalente en la sociedad del trabajo se ha podido hablar de "la escatología del fin del trabajo", a la par que se subraya la repercusión de la digitalización y de la robótica en las nuevas formas de trabajo y en la privacidad en la empresa[131]. La globalización ha tenido una gran incidencia en el Derecho Social del Trabajo. Las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones han supuesto un desplazamiento de las formas de organización y prestación del trabajo: incidencia en las mejora de la productividad para garantizar la competitividad; facilitando el trabajo a distancia con ayuda de las nuevas tecnologías (señaladamente, el teletrabajo); propiciando -y facilitando el fomento- de las distintas formas de trabajo autónomo; reforzando los mecanismos de dirección y control de la actividad de los trabajadores y su afectación los derechos fundamentales del

del trabajo en la era de la digitalización y la robótica, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2017. Puede consultarse la perspectiva de conjunto realizada por Monereo Pérez, J.L.: "Transformaciones del trabajo y futuro del derecho del trabajo en la "era de la flexibilidad"", *Revista de Derecho del Trabajo,* núm. 10, 2016; *Ibid.,*"Presente y futuro del Derecho del Trabajo en Europa ante los retos del siglo veintiuno", en Cerejeira Namora, N., Mella Méndez, L. y otros (Edited by): *The Balance between Worker protection and Empleyer Powers: Insights from around the World,* Cambridge, Scholars Publishing, 2018, pp. 16-109.

[127] Que ya había sido advertido por algunos autores lúcidos de en la primera mitad del siglo veinte. Así, señaladamente, Benjamin, W.: *Angelus Novus,* edición y estudio preliminar, "La filosofía política de Walter Benjamin: Historia, modernidad y progreso" (pp. IX-CIII), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2012; Sorel, G.: *Las ilusiones del progreso [Estudios sobre el Porvenir social],* edición y estudio preliminar, "El pensamiento socio-político de George Sorel" (pp. XI-LXII), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2011; Monereo Pérez, J.L.: "La idea de progreso en Herbert Spencer: teoría e ideología", estudio preliminar a Spencer, H.: *Instituciones industriales,* Granada, Comares, 2009, pp. VII-XLVI.

[128] Offe, Cl.: *La sociedad del trabajo. Problemas estructurales y perspectivas de futuro,* Madrid, Alianza editorial, 1992, pp. 17 y ss., y 371 y ss.; Castel, R.: *El ascenso de las incertidumbres. Trabajo, protecciones, estatuto del individuo,* Buenos Aires, FCE, 2010, pp. 77 y ss.

[129] Paradigma de excesos discursivos al respecto, es la obra de Rifkin, J.: *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era,* Barcelona, Ed. Paidós, 1998; y su pertinente crítica, Alonso, L. E.: *Trabajo y ciudadanía. Estudios sobre la crisis de la sociedad salarial,* Madrid, Ed. Trotta, 1999, que reflexiona críticamente sobre el mito del fin del trabajo, pp. 143 y ss.; *Ibid., Trabajo y posmodernidad: el empleo débil,* Madrid, Ed. Fundamentos, 2000, pp. 187 y ss.; Monereo Pérez, J.L.: *La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2011, pp. 9 y ss., y 103 y ss.; y un enfoque desmitificador del trabajo, en Meda, D.: *El trabajo. Un valor en peligro de extinción,* Barcelona, Gedisa Editorial, 1998.

[130] Más que de fin del empleo en sí cabe hablar de transformación del trabajo. En este sentido Carnoy, M.: *El trabajo flexible en la era de la información,* Madrid, Alianza editorial, 2001, pp. 74 y ss.

[131] Mercader Uguina, J. R.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica,* Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2017, pp. 38 y ss., 79 y ss., 121 y ss., y 217 y ss.

trabajador; incidiendo en la dinámica de las relaciones colectivas de trabajo (derechos de información, formas de acción colectiva, esquirolaje interno y tecnológica en la huelga…), etcétera[132].

Es así que las políticas públicas no deberían centrarse únicamente en promover la transición desde modalidades de empleo no estándar hacia el empleo permanente, a tiempo completo y dependiente. También se debería tener en cuenta la necesidad de asegurar una protección adecuada para los trabajadores ocupados en todos los tipos de empleo. En el informe se examina el papel que cumplen en este sentido las normativas en materia de protección social y de empleo. Debido a esta transformación en las relaciones de empleo, hacen falta políticas que amplíen y desarrollen la cobertura de la protección social. La cobertura insuficiente de la protección social y la inclusión de criterios de admisibilidad que en la práctica determinan que solo pueden beneficiarse de la mayoría de prestaciones las personas que tienen contratos de trabajo regulares, limitan el alcance y la contribución que los sistemas de protección social podrían hacer a vastos sectores de la fuerza de trabajo. Por consiguiente, se deberían revisar las reglamentaciones vigentes a fin de tomar en consideración la transformación de las modalidades de empleo. Como se indica en el informe, varios países han logrado progresos sustanciales al respecto y sus experiencias podrían servir de modelo para avanzar en este campo. Cuando los sistemas de protección social están en su proceso de establecimiento, se abren oportunidades para incluir inmediatamente en su ámbito de cobertura a diferentes formas de empleo. Cuando los sistemas están ya arraigados, es necesario modernizar los criterios de admisibilidad y cobertura a fin de tener en cuenta adecuadamente la composición de la fuerza de trabajo[133]. Por tanto, la regulación laboral tiene que adaptarse a estas formas de empleo diversas[134]. Todo ello se enmarca en "un sistema integrado de objetivos universales de sostenibilidad"

[132] Una exposición de conjunto de ese impacto múltiple y totalizador pueden encontrarse en Purcalla Bonilla, M.: *El trabajo globalizado: Realidades y propuestas,* Thomson Reuters/Ed. Aranzadi, 2009, pp. 151 y ss.; Sanguinetti Raymond, W. y García Laso, A. (Eds.): *Globalización económica y relaciones laborales,* Salamanca, Eds. Universidad de Salamanca, 2003.

[133] La introducción de este tipo de innovaciones en las políticas ha permitido ampliar la cobertura legal, y en algunos casos efectiva, de la protección social e incluir así a las formas de empleo no estándar, a través de medidas como la creación de nuevas categorías contributivas, la simplificación de los procesos de registro y de recaudación tributaria, y el pago de subsidios para las cotizaciones y contribuciones a los regímenes de protección social. Por ejemplo, en Argentina, Brasil, China y Sudáfrica, la adopción de modalidades innovadoras de protección social ha ayudado a mejorar la seguridad del ingreso de los trabajadores en situaciones de empleo vulnerable. En diversas economías avanzadas y en desarrollo, los gobiernos han aplicado combinaciones de políticas en materia de protección social y de mercado de trabajo que han permitido incrementar el empleo formal. Al margen de estas tendencias positivas, sigue habiendo brechas importantes en la protección social de los trabajadores ocupados en diferentes tipos de empleo. Por ejemplo, el desarrollo de programas de seguro social contributivo para trabajadores autónomos y derechos de pensión para los trabajadores que tienen formas atípicas de empleo - la mayoría de los cuales son mujeres - sigue siendo insuficiente. (OIT, 2015, Resumen ejecutivo, pp. 4-5).

[134] En el informe se indica que muchos gobiernos han respondido a la transformación de las modalidades de empleo adaptando las normativas sobre empleo y extendiendo su alcance. Al respecto, ha habido mejoras significativas en algunos ámbitos de la legislación, en particular en lo que se refiere al empleo autónomo, al trabajo a tiempo parcial, al empleo de duración determinada y al trabajo obtenido a través de agencias de empleo temporal. El informe plantea que la capacidad de protección en este ámbito de las normativas laborales ha aumentado de manera sostenida con el transcurso del tiempo en la mayoría de los países analizados, en parte gracias a la introducción de leyes sobre la 'igualdad de trato', en virtud de las cuales se exige una protección equivalente tanto para los trabajadores con empleo estándar como para los que tienen empleos no estándar. No obstante, en los países donde los marcos jurídicos no tienen adecuadamente en cuenta la naturaleza cambiante de las relaciones de empleo, un gran número de trabajadores todavía carecen de cobertura de la legislación de protección del empleo. Por otra parte, algunos países, especialmente en Europa, han introducido en los últimos años cambios que han reducido el nivel de protección de los trabajadores, ya sea con empleo estándar o empleo no estándar, con el objetivo de estimular el crecimiento del empleo. Sin embargo, el análisis incluido en el informe sobre la relación entre la regulación laboral y los indicadores clave del mercado de trabajo - como, por ejemplo, el desempleo - sugiere que la reducción de la protección de los trabajadores no conlleva una reducción del desempleo. De hecho, los resultados que presenta el informe indican que, cuando los cambios introducidos están mal diseñados y debilitan la legislación sobre protección al empleo, su aplicación será con toda probabilidad contraproducente para el empleo y la participación en el mercado laboral,

con metas absolutas y disponibles para su aplicación diferenciada a niveles regional, nacional y local. La Agenda Post-2015 se basa en principios y valores básicos compartidos. En tratados y declaraciones políticas internacionales, sobre todo la Declaración de Río de 1992 y la Declaración del Milenio de 2000[135], los gobiernos han acordado principios fundamentales que son cruciales para las relaciones a nivel nacional e internacional. Son, al menos, ocho los principios que pueden servir como una base normativa para una futura agenda de desarrollo: principio de solidaridad y justicia social; principio de no maleficencia que refleja la idea de evitar causar daños a las personas o a la naturaleza; principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas entre los Estados; principio de "quien contamina paga"; principio de precaución; principio de subsidiariedad en la adopción de las decisiones buscando la proximidad; principio de consentimiento libre, previo e informado de las comunidades respecto de proyectos o acciones propuestas por los gobiernos o empresas que puedan afectar su medio de vida y las tierras que tradicionalmente poseen, ocupan o usan; y el principio de solución pacífica de controversias de tal manera que no se ponga en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia. En cuanto a los valores, en la Declaración del Milenio de 2000 se recogen los siguientes principios: libertad, igualdad, diversidad, respeto por la naturaleza. Es necesario traducirlos a derechos y deberes legalmente consagrados. Aquí el sistema universal de los derechos humanos juega un papel esencial. El sistema universal de derechos humanos establece principios fundamentales: libertad, igualdad, diversidad, respeto por la naturaleza. Los gobiernos en general han dado su aprobación a estos principios y valores. Sin embargo, esto no es suficiente. Es necesario traducirlos a derechos y deberes legalmente consagrados. Aquí el sistema universal de derechos humanos juega un papel esencial. El sistema de derechos humanos establece un conjunto principios y derechos que conforman un estándar internacional[136].

Se ha producido un cambio del modelo antropológico de trabajador, el cual que se proyecta en un doble plano: por un lado, dentro de la figura del trabajador por cuenta ajena, centro de referencia del Derecho del Trabajo clásico garantista, donde se aprecia la transición paulatina del "trabajador masa" al "trabajador heterogéneo" del postfordismo; y, por otro, la expansión y "laboralización" parcial de ciertas formas de trabajo autónomo o semi-autónomo (trabajadores "parasubordinados" o "semi-autónomos"; trabajadores por cuenta propia "dependientes"), en cuyo marco los trabajadores profesionales se encuentran en una situación económica y jurídica de debilidad contractual y de subordinación a los poderes directivos y de fijación unilateral de las condiciones del trabajo de un empresario contratante. Por lo demás, las fronteras entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo se hacen cada vez más difusas. Respecto de los cuales pueden aplicarse ciertas garantías de protección (es decir, un conjunto de derechos sociales insertados como posición estatutaria en los contratos de servicios) tradicionalmente aplicables a los trabajadores asalariados. El Derecho del Trabajo clásico (esto es, garantista) tenía como centro de referencia antropológico a la figura del trabajador homogéneo (trabajador industrial "estandarizado" en grandes complejos empresariales, "fábricas") propio los sistemas fordistas de organización del trabajo. Ahora es el propio sistema jurídico el que explícitamente fomenta el trabajo autónomo, y en ciertos casos propicia la "huida" del Derecho del Trabajo de trabajadores llamados supuestamente "parasubordinados" o "económicamente

tanto a corto como a largo plazo. Es evidente que en este ámbito de las políticas no hay una solución válida para todos. Por el contrario, existe una clara necesidad de contar con enfoques cuidadosamente diseñados, basados en las condiciones específicas de cada mercado de trabajo y en datos fácticos sobre los resultados, y no en posturas ideológicas. Es más probable que esto pueda lograrse en un marco de diálogo social que ayude a encontrar el camino a seguir. (OIT, 2015, Resumen ejecutivo, p. 6).

[135] Onu.: *Declaración del Milenio,* Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 12 de septiembre de 2000 (A/RES/55/2/00 55954).

[136] Grupo de Reflexión de la Sociedad Civil sobre Perspectivas Globales de Desarrollo, 2015; sobre el sistema universal de los derechos humanos y sus garantías de efectividad, puede consultarse, ampliamente, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.) *et al*: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos,* Granada, Ed. Comares, 2014, *passim.*

dependientes"[137]. En esas fronteras se impone también un concepto más flexible y espiritualizado de subordinación vinculada al proceso de *integración* del trabajador en una organización productiva. El nuevo Derecho del Trabajo garantista debe incorporar las nuevas formas de relación de trabajo -atípicas o informales- al sistema de estándar mínimos que este sector del ordenamiento jurídico está llamado a dispensar. Nada relevante se consigue sin esfuerzo. Pero merece la pena lucha por la expansión subjetiva de las protecciones sociales, tanto más ante el desafío que representa afrontar la solución de los problemas de desestandarización y desestructuración del trabajo productivo en una "sociedad del riesgo". El trabajo "frágil" y "precario" se expande inexorablemente, de manera que las políticas de flexibilidad y desregulación suponen una redistribución de los riesgos, transfiriéndolos del Estado y la economía al individuo -persona que trabaja-. Es así que la sociedad del trabajo se transforma en una sociedad del riesgo marcada por una siempre creciente incertidumbre[138]. Entonces la expansión del Derecho del Trabajo hacia un orden jurídico capaz de abarcar paulatinamente a toda la "actividad profesional" (trabajadores subordinados y trabajadores "débiles") podría entenderse como un *nuevo impulso hacia la "juridificación"* de las relaciones socio-laborales en un sentido de realización de la justicia social limitativa de la subordinación o dominación de la persona que trabaja a través de la garantía de todos sus derechos fundamentales. Estamos en un momento en que es necesario evitar la demolición para proceder a la refundación de los ordenamientos laborales, el cual exigirá un periodo de transición de difícil itinerario.

Hay que tener en cuenta que el autoempleo -el trabajo autónomo y por cuenta propia- en numerosos casos ha dejado de ser una libre elección por parte de la persona que trabaja, sino una imposición del empresario dominante o fuertemente condicionada por la situación del mercado. En la práctica lo que se cuestiona es la libertad de elegir la forma de trabajar ("autoempleo" ideológicamente calificado como expresión de "emprendimiento" y de "espíritu de empresa"). Y a pesar de que se ha mejorado el sistema de garantías sociales atribuidos al trabajo autónomo, no deja de tratarse de formas de contratación que quedan privadas de importantes garantías iuslaborales, tanto de carácter estrictamente individual como de naturaleza colectiva o sindical.

Este *modelo antropológico* de trabajador como centro de referencia normativa del garantismo social que confiere el Ordenamiento laboral ha sufrido un cambio que tiende a ser radical, como consecuencia de los fenómenos de la organización descentralizada de la empresa, la exteriorización o exteriorización de funciones, la "tercerización" del tejido productivo, etc. Todos estos fenómenos (que integran la organización post-fordista del trabajo) han supuesto una "deshomogeneización" de la figura del trabajador, con la fábrica flexible y la formación de mercados de trabajo internos y externos. El Derecho del Trabajo podía articular una regulación laboral intervencionista en gran medida general y estandarizada; modelo de regulación general que también era proyectable al sistema de negociación colectiva con una regulación globalmente uniforme, sin espacios reguladoras significativos para la autonomía individual (las normas estatales y las normas convencionales de origen profesional prefiguraban la relación individual de trabajo; haciendo del contrato de trabajo un típico "contrato normado"). Los cambios en el modelo antropológico de trabajador y las normas formas de organización de las empresas (exteriorización, "empresa en red" como forma dominante de organización del ciclo productivo, formación de unidades de pequeñas dimensiones pero integradas de modo flexible para adaptarse a la competitividad en un contexto de globalización de la economía mundial, etc.) han

[137] Ya resulta significativo que el Capítulo II ("Determinación de la existencia de una relación de trabajo") de la Recomendación OIT, núm. 198, adoptada el 15 de junio de 2005, sobre la determinación de la relación de trabajo, considere fundamental que "A los fines de la política nacional a que se hace referencia en la presente Recomendación, los Miembros pueden considerar la posibilidad de definir con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo, por ejemplo, la subordinación o la dependencia" (apartado 12); y asimismo que "En el marco de la política nacional, los Miembros deberían establecer medidas eficaces destinadas a eliminar los incentivos que fomentan las relaciones de trabajo encubiertas" (apartado 17).

[138] Beck, U.: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad,* Barcelona, Ed. Paidós, 1998, espec., pp. 175 y ss.

determinado una transformación significativa de ese modelo de regulación. Ahora se impone, como elección de política del Derecho, un modelo de regulación de la diversidad y una legislación mínima de "contención" de la conflictividad social. El nuevo Derecho del Trabajo tendría que tender hacia un Derecho de la actividad profesional, esto es, abarcando las distintas formas de trabajar más allá de su formalización a través de la figura típica del contrato de trabajo; utilizando distintas técnicas de calificación como la "subordinación" o "dependencia" técnico-organizativa (paradigmáticamente, art. 1 del ET) como la dependencia económica hasta alcanzar a toda actividad profesional de las personas que trabajan personal y directamente. Ello implicará una cierta diversificación de las tutelas conferidas por el Derecho del Trabajo (es decir, una pluralización de los estatutos jurídico protectores del trabajo personal) que se corresponden con las nuevas formas de trabajo profesional con formas muy difusas ("zonas grises") entre "subordinación" y "autonomía" relacional. Pero ello supone, desde luego, incorporar a las tutelas a los trabajadores de todas clases (formas atípicas o diversas al paradigma clásico estandarizado) que prestan servicios en la economía informal o irregular haciéndola emerger hacia la economía formal *regulada* por un Derecho del Trabajo garantista, es decir, un trabajo digno (decente) dotado de la dignidad y del conjunto de derechos a ella vinculados[139]. Al tiempo el principio rector que sirve de base a la regulación es que el trabajo -en cualquiera de sus formas- no es una mercancía objeto de comercio. He aquí la función típica del Derecho del Trabajo como garantía de los derechos sociales de "desmercantilización", impidiendo que el trabajador esté sometido exclusivamente a los poderes del mercado[140].

La incidencia de las nuevas formas de organización del trabajo asalariado se deja sentir en un paulatino desplazamiento del trabajador "masa" al trabajador "heterogéneo". Es, éste, un proceso donde se percibe el papel creador y de conformación jurídica de los mercados de trabajo por parte del sistema legal. Esta heterogeneidad comporta también una diversificación de intereses y, a *consecuencia* de ello, la dificultad para una auténtica política de reformismo social de elaborar un proyecto unificador de la sociedad fragmentada del capitalismo tardío, capaz, pues, de aglutinar la diversidad de intereses de los trabajadores, por encima de los intereses "corporativos" o de "sector". Se constata, entonces, un tránsito del paradigma del "obrero-masa" al trabajador social heterogéneo del postfordismo. El "trabajador-masa" es el modelo-tipo (real) de trabajador homogéneo de la cadena de los grandes complejos industriales surgidos del proceso de industrialización (propio de la producción en serie y a gran escala, que caracteriza a las grandes "ciudades industriales"). Para él la empresa es el lugar típico de la relación laboral moderna, donde imperaba una rígida organización "científica" del trabajo. Esa racionalización instrumental del proceso productivo y, consiguientemente, de las condiciones de trabajo, fue en sí misma un factor de cierta homogeneización de la clase trabajadora y elemento determinante de su constitución como clase social específica. El trabajador homogéneo ha sido el centro de atención del Derecho del Trabajo clásico. Fue el protagonista, activo y pasivo, de los procesos de expansión económica y de la política social, pero los conflictos vinculados a la crisis y a la reestructuración económica, a partir de la crisis de los años setenta y las sucesivas y recurrentes, han deteriorado considerablemente ese protagonismo político-social. Produciéndose la búsqueda de formas específicas de representación sindical y mediación política. Todo ello refleja y se corresponde con la actual fase del desarrollo económico a finales del siglo veinte y principios de este siglo. Estas nuevas formas de trabajo y la tendencia hacia la "empresarización" de las relaciones laborales -con un papel creciente de la descentralización, el trabajo a distancia y el trabajo autónomo o semiautónomo- inciden en un vaciamiento de las bases del poder sindical que encuentra grandes dificultades para "representar" a una cada vez más diversa y fragmentada "clase trabajadora" en sentido amplio. Es un

[139] Monereo Pérez, J.L. y Perán Quesada, S. (Dirs. y coautores) *et al*: *Derecho Social y trabajo informal. Implicaciones laborales, económicas y de Seguridad Social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida en España y Latinoamérica*, Granada, Ed. Comares, 2016.

[140] Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Ed. Consejo Económico y Social de España, 1996, pp. 27 y ss.

cambio de época que exige una reinvención de la praxis del sindicalismo y del modelo de regulación predispuesto por el ordenamiento laboral.

Una consecuencia relevante de esa conformación cualitativa de las estructuras productivas y de las formas de trabajo es la emergencia del "trabajador-heterogéneo", el cual surge nítidamente del "segundo mercado" (el mercado secundario o la "otra sociedad del trabajo" asalariado), integrado por trabajadores temporales, parados, marginados, trabajadores a tiempo parcial, jóvenes trabajadores, mujeres, trabajadores con empleo precario, trabajo negro o sumergido, emigrantes, etc.; en general, se trata de trabajadores marginados del bienestar institucionalmente garantizado por el sistema legal y por el sistema de negociación colectiva y sus respectivas redes de cobertura protectora y desmercantilizadora. Ésta figura tiende a eclipsar al modelo de "trabajador-homogéneo" del fordismo, al menos como objetivo a perseguir. *Dichas formas de trabajo generan nuevas formas de inseguridad social.* Ambas figuras -trabajador heterogéneo y trabajador homogéneo- se vinculan íntimamente a la estructura del proceso laboral; a la abstracción sucesiva del trabajo: el trabajo abstracto como modo de trabajar en una organización productiva de pertenencia ajena, el cual refleja la naturaleza social del proceso productivo. En este orden de ideas, se puede decir que el antónimo del "trabajador-masa" no es tanto y "exclusivamente" el trabajador temporal o a tiempo parcial, como el "trabajador-heterogéneo" y dividido. Las fuerzas de trabajo temporal y a tiempo parcial son una forma más de potencial disgregación de posiciones jurídicas (estatutarias y contractuales) y de intereses sociales "parciales" y singularizados respecto a "los otros", también trabajadores asalariados.

Primeramente, conviene realzar que todo ello conduce nuevamente a un replanteamiento de los fines y de cuál es el trabajo objeto del ordenamiento laboral. Hoy por hoy este interrogante tiene una respuesta precisa: el trabajo por cuenta ajena como centro de referencia "principal" del Derecho del Trabajo. Centro sociológico de imputación normativa (principal). Ni la atenuación en algunas ocasiones de la nota de dependencia (subordinación), ni la posible entrada residual de formas de "parasubordinación" (los "Trade" en España, en cuya relación de trabajo se entiende que existe una coordinación directiva o coordinación dependiente) dentro del ámbito personal de esta disciplina tienen en la actualidad (y también en una previsión de futuro a medio plazo) suficiente virtualidad como para indicar que el Derecho del Trabajo camine con paso firme hacia un sector del orden jurídico regulador de todas las manifestaciones del trabajo profesional. De manera que la extensión excepcional con ánimo tutelar de la persona del trabajador "parasubordinado" contribuye a la diversificación del tipo contractual (toda vez que las prestaciones de servicios prestadas en régimen de autonomía no suelen estar sometidas a la tutela del Derecho del Trabajo, estando formalizadas jurídicamente a través de contratos civiles como los arrendamientos de servicios) pero no hace enteramente difusa la delimitación de fenómeno trabajo que interesa al Derecho del Trabajo. Desde este punto de vista, la referencia a la "clase trabajadora" sigue teniendo virtualidad para acotar el centro sociológico de imputación de las normas laborales, y también para la comprensión y explicación de la índole de los problemas de política legislativa que suscita la inserción de aquélla en el orden constitucional establecido. En tanto el régimen del trabajo asalariado sea el dominante en el capitalismo (y no parece que vaya a dejar de serlo en largo tiempo) el centro de imputación principal parece que seguirá siendo el trabajo asalariado o cuenta ajena.

El eje delimitador del ámbito de aplicación del ordenamiento laboral y del contrato de trabajo como tipo contractual del ordenamiento laboral continúa siendo la subordinación (v.gr., art. 1, apartados 1 y 2 del ET). El criterio de la subordinación (como técnica de delimitación del tipo contractual) ha mostrado una gran capacidad de integración de las nuevas manifestaciones del trabajo (v.gr., el trabajo descentralizado y llamado "trabajo a distancia"; art. 13 del ET), aunque su elasticidad, por así decir, no resulta ilimitada, como muestran las elaboraciones jurisprudenciales sobre los "indicios de laboralidad". Esa elasticidad hace posible que la subordinación que comporta

siempre una heterodirección pueda estar atenuada en ciertas formas de trabajo por la subsistencia de un cierto grado de autonomía en la realización del propio trabajo en el marco de la organización empresarial. Aspecto que confirma la extensión del campo de aplicación subjetiva de nuestra propia disciplina iuslaboral hacia nuevas formas de trabajo (v.gr., trabajo a distancia; pero también el trabajo del personal de alta dirección configurado como una relación laboral especial). La noción jurídica de trabajo autónomo adquiere en el capitalismo industrial-fordista la connotación de un trabajo no subordinado a ninguna prescripción y orden hetereguladora y su presencia es entonces marginal. Sin embargo, en el capitalismo tardío post-fordista, la figura del trabajador autónomo tiende a asumir una presencia en el tejido productivo cada vez más relevante. Por lo demás, esta figura adquiere una fisonomía compleja, pues irradia una multiplicidad de subjetividades profesionales que expresan un hecho diferencial sobreañadido a la diversificación de la figura del trabajador asalariado (subordinado en la tipificación clásica).

En las nuevas formas de trabajo del sistema económico de nuestros días, se puede hablar de *trabajo autónomo de segunda generación,* que indica no sólo un elemento cuantitativo (de crecimiento exponencial en el conjunto de la fuerza de trabajo), sino también de carácter cualitativo, puesto que la realidades del trabajo autónomo ponen de manifiesto que en muchos casos no se opera una separación estricta entre trabajo subordinado o dependiente y trabajo autónomo. Es más: en el capitalismo tardío, el trabajo autónomo suele insertarse, a menudo, en procesos de heterodirección, con grados de sometimiento a prescripciones "externas" crecientes, cuando no a aproximarse intensamente a las formas de trabajo asalariado. Es el caso del TRADE o la relación de trabajo parasubordinado, que en el plano estrictamente formal no es una figura encuadrada en el trabajo subordinado (formalizado en el contrato de trabajo), pero que desde la perspectiva realmente efectiva suele presentar elevados niveles de heterodirección y prescripciones de tareas respecto de la empresa para la cual se trabaja (art. 11.2.d) de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo: deben "desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir del cliente"). A lo que cabe añadir la adscripción a la entidad que retribuye y de ordinario la localización física, espacial, o funcional de trabajo fijo. En los hechos, suele ser un trabajador profesional precario que no goza de todas las garantías de tutela del trabajador subordinado conforme a la regulación general del Estatuto de los Trabajadores y los convenios colectivos pensados selectivamente (y subjetivamente) para el paradigma del trabajo asalariado. Lo que ha favorecido la precarización y las formas de "flexibilidad nociva" de esta forma de trabajo profesional (no atenuada por la ley ni por los llamados "acuerdos [colectivos] de interés profesional"). Desde el punto de vista técnico-jurídico el TRADE es un trabajador autónomo (art. 1.1º y 2º.d), y Capítulo III, "Régimen profesional del trabajador autónomo económica dependiente", artículos 11 y siguientes, Capítulo III, encuadrado, a su vez, en el Título II, relativo al "Régimen profesional del trabajador autónomo", de la Ley 20/2007, de 11 de Julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo[141]), pero su régimen jurídico legal al hacer extensible derechos y garantías propios del Derecho Social del Trabajo lo sitúa operativamente como una especie de figura intermedia entre el trabajo autónomo puro y el trabajo por cuenta ajena/subordinado puro. Cabría interrogarse sobre si estamos realmente entre una "huida" del Derecho del Trabajo, pues podría fácilmente haberse configurado como una típica relación laboral especial formalizada jurídicamente en un contrato de trabajo especial en el sentido del art. 2 del ET ("Relaciones laborales de carácter especial"), en cuyo apartado 1.l) se establece que "Se considerarán relaciones laborales de carácter especial (…) "Cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una ley". Y, además, declarando que "la regulación de dichas

[141] De modo harto significativo y contundente, el art. 3 (Fuentes del régimen profesional del trabajador autónomo puro y del trabajador autónomo económicamente dependiente) de la LETA, en su apartado 3, reitera que "En virtud de lo dispuesto en la disposición adicional primera del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por RD.-Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, el trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente".

relaciones laborales respetará [como no podría ser de otra manera] los derechos básicos reconocidos por la Constitución" en su condición de personas que trabajan en régimen laboral (art. 2.2 del ET). Y esa, entiendo, que sería la dirección más correcta a seguir *de lege ferenda* respecto a lo actualmente denominados "trabajadores autónomos económicamente dependientes", los cuales en la "forma" son tratados como autónomos (objeto de laboralización parcial), pero en la "sustancia" son desde el punto de vista material -en la realidad jurídica- muy próximos a los trabajadores subordinados a la empresa "cliente" (cfr. artículos 11 y 11 bis de la LETA), lo que podría considerarse, en el plano de la política del Derecho, más como una huida o expulsión legalmente camuflada o encubierta (y, por tanto, legalizada como legítima, aunque discutible, opción de política del Derecho) bajo el ropaje de un contrato de servicios ex art. 12 de la LETA del régimen jurídico-laboral general del contrato trabajo preordenado en la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Cfr. art. 1 del ET)[142].

Esta realidad cuestiona la ideología jurídica y la opción técnica de tipificación específica y diferenciada -cuando no de fomento- del trabajo parasubordinado o económicamente dependiente, pues los elementos presentes o subyacentes de actividad heterodirigida se incrementan vertiginosamente conforme se expande en esa zona difusa o gris entre la autonomía y la dependencia/subordinación fáctica, donde la condición de flexibilidad y precariedad existencial asume nuevas formas. Mientras tanto el trabajo flexible tiende a pulverizar no sólo las formas contractuales de ordenación jurídica, sino también a pulverizar la representación colectiva o sindical de la fuerza de trabajo con esa formación de mercados de trabajo segmentados. No es de extrañar que en la mayoría los países de la Unión Europea, los trabajadores autónomos económicamente dependientes ("autoempleo dependiente") sean un motivo de preocupación creciente. Definir y medir con exactitud el autoempleo económicamente dependiente supone un paso decisivo para comprender la magnitud del problema y encontrar soluciones adecuadas duraderas en el plano de la política jurídica para las personas afectadas (OIT, 2014, 96). Y en muchos casos habría que pensar seriamente en reconducir al esquema del contrato de trabajo subordinado a ciertas formas de trabajo autónomo (y no sólo, es obvio, a los "falsos autónomos"), donde se constata en el elemento predominante (sobre la autonomía) de la heterodirección ajena de la prestación de trabajo de la persona que trabaja y, por tanto, donde se produce y se ejerce un poder directivo unilateral del empresario "cliente" sobre la persona que trabaja para él en el cuadro de su organización productiva. En la relatividad de la dependencia anida el hecho de que no son pocos los trabajadores que gozan de un cierto margen de libertad que suaviza la tradición visión jerarquizada de la subordinación jurídica: una libertad dirigida, pues está sometida a objetivos establecidos por la persona para la cual se presta servicios y que ejerce el poder de conformación y normalización de los comportamientos en la relación de trabajo en el marco de la organización.

Con ello se evitaría una nueva "huida" del Derecho del Trabajo. El trabajo autónomo [económicamente, ¿sólo?] dependiente o "parasubordinado" debería de configurarse como una relación laboral especial, otorgándosele una tutela iuslaboral más reforzado (y en cuanto "especial" no necesariamente idéntica a las relaciones laborales comunes u ordinarias: se admitiría un régimen adaptado a la forma singular de trabajar en el marco de la figura del contrato de trabajo y disfrutando del estándar mínimo de tutelas o derechos básicos propios del "trabajo decente" o "digno" de la persona que trabaja para otro en relación de dependencia de mayor o menor intensidad) y evitando esa huida -más o menos encubierta o enmascarada a través de una encuadramiento extralaboral y una mínima extensión de tutelas del trabajo asalariado al autónomo dependiente- del Derecho del Trabajo. El modelo binario de prestación de servicios debe dejarse para la distinción jurídica entre trabajo subordinado y trabajo autónomo puro o en sentido estricto. En las zonas de proximidad hacia

[142] En una distinta dirección de apoyo, fomento y promoción del trabajo autónomo se sitúa la por lo demás muy relevante "Proposición de Ley de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo" (122/000043), presentado el 08/11/2016, calificado el 15/11/2016, por el Grupo Parlamentario Ciudadanos. Situación actual: Comisión de Empleo y Seguridad Social Informe.

la subordinación sería necesario en la lógica del garantismo su encuadramiento técnico-jurídico en la figura del contrato de trabajo especial (que formaliza jurídicamente una relación de trabajo especial cuyo objeto es el trabajo entendido como una actividad o hacer de la persona que trabaja conforme a un plan organizativo establecido básicamente -conforme al criterio normativo de primacía de la realidad del hecho social trabajo y el juego de la técnica de la presunción de laboralidad- por la entidad o empresa para la cual se presta servicios). Ello se contrapone a la aceptación de la autonomía de la voluntad contractual como fuente calificadora o descalificadora del contrato de trabajo, dado la asimetría de poder jurídico existente normalmente entre trabajadores económicamente dependiente o parasubordinados y empresas clientes o receptoras de la prestación de sus servicios profesionales. En definitiva, la diversificación o graduación de tutelas en las zonas grises o de proximidad deber hacerse en el marco de la lógica del contrato de trabajo especial. Es obvio que esta solución de reconducción técnico jurídico siempre planteará previamente la cuestión de la incertidumbre de la calificación jurídica de la relación de trabajo, pues las fronteras en subordinación/autonomía ofrecen zonas grises, de fronteras difusas e indefinidas, generadoras de inseguridad e incerteza además por la expansión de prácticas de falsos autónomos que ocultan y disimulan relaciones de trabajo subordinado o dependiente (la ficción de ser un trabajador profesional independiente)[143]. Todo apunta a la conveniencia político jurídica de que los trabajadores más próximos a la subordinación o dependencia en sentido estricto deberían encuadrarse en el Derecho del Trabajo a través de la figura de los contratos especiales de trabajo. Es así como se puede garantizar la efectividad de las tutelas y evitar nuevos fracasos del Derecho del Trabajo respecto del cumplimiento de su función transaccional y de equilibrio en la reglamentación de los intereses contrapuestos en las variadas manifestaciones de las relaciones de trabajo en régimen de dependencia o subordinación. En todo caso, las soluciones no son definitivas, pues dependerán de las transformaciones de las formas de trabajo profesional y de las orientaciones autorreflexivas de los actores con capacidad normativa creadora de normas sociales de trabajo y los factores base de poder ostentan respectivamente[144]. La juridificación del trabajo depende en gran medida de los equilibrios de poder e intereses y de la acción de los sujetos -públicos y colectivos- que están implicados en el sistema de relaciones laborales[145].

Es así que (y en una perspectiva ya no secundaria ni residual, pues debe dejar de ser una anomalía para el Derecho Social) ante el aumento extraordinario de nuevas formas de trabajo

[143] Las actuales manifestaciones y la extensión de estas prácticas analizadas significativamente desde Jefatura de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en Camino Frías, J. J.: "El trabajo falsamente autónomo como especie del trabajo no declarado. Tendencias actuales", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social,* núm. 128, 2017, pp. 161 y ss., constatando que en los últimos años se ha observado cómo determinadas empresas han establecido, dentro de su estrategia de recursos humanos, el objetivo de sustituir a trabajadores asalariados por autónomos de forma intensa; también la existencia de relaciones laborales camufladas dentro de la economía colaborativa fuertemente potenciada por el uso intensivo de la tecnología para hacer ineficaces los derechos laborales y de Seguridad Social. Igualmente se deja constancia del alarmante recurso por parte de algunas Administraciones Públicas (señaladamente las administraciones locales) a la figura del trabajador falsamente autónomo, ya sea con fines meramente económicos o para sortear otro tipo de limitaciones administrativas. Sobre la economía colaborativa, véase en la misma revista y número indicados el trabajo de Páramo Montero, P.: "Las nuevas formas emergentes de trabajo. Especial referencia a la economía colaborativa", pp. 183 y ss., realzando, por otra parte, el papel de las nuevas tecnologías en el nacimiento de las nuevas formas de trabajo. Se ha hablado, al respecto, de plataformas profesionales bajo sospecha de laboralidad (la anomalía de Uber), Mercader Uguina, J.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica,* Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2017, pp. 84 y ss.; López Insua, B. M.: "Fronteras entre el trabajo asalariado y el trabajo autónomo: el trabajador autónomo económicamente dependiente", en Cerejeira Namora, N., Mella Méndez, L. y otros (Edited by): *The Balance between Worker protection and Empleyer Powers: Insights from around the World,* Cambridge, Scholars Publishing, 2018, pp. 251-277.

[144] Monereo Pérez, J.L.: *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico-jurídica del Derecho del Trabajo,* Madrid, Ed. Civitas, 1996; *Ibid., Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Ed. Consejo Económico y Social de España, 1996, pp. 134 y ss. ("Significación político-jurídica del Derecho del Trabajo: La función del Derecho del Trabajo en el sistema político del Estado Social de Derecho").

[145] Baylos Grau, A.: *Derecho del trabajo: modelo para armar,* Madrid, Trotta, 1991.

autónomo o semi-autónomo en el capitalismo avanzado (proceso alentado como opción de política del Derecho a través del fomento de las distintas formas de "emprendimiento" y autoempleo, que en no pocos casos legitima la formalización de tipos contractuales de trabajadores precarios, aunque dotados de autonomía organizativa y funcional), nada impide -y parece más bien aconsejable- que se ponga en práctica una opción política legislativa más expansiva del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo. Ciertamente, los nuevos modos de trabajar profesionalmente en la sociedad contemporánea (facilitados por el uso organizativo de las nuevas tecnologías y la expansión de las técnicas de descentralización o externalización productiva y funcional) están situando en un lugar próximo a trabajadores no asalariados a ciertos trabajadores autónomos[146]. Ello plantea la *dificultad de pensar en términos de reglas estándar el trabajo profesional* y el reto de la diferenciación dentro y fuera del trabajo subordinado o dependiente. Es posible que sea necesario en tal sentido extender ciertos ámbitos de protección a los trabajadores autónomos o semi-autónomo, jurídicamente independientes pero económicamente dependientes de su contratante, lo que a menudo se traduce también en la estricta dimensión jurídica al contratar como contratantes más débiles en un contrato de adhesión. Esto significa la valoración de una opción de política del Derecho que diversifique en el "círculo interno" los estatutos del trabajo dependiente (algo que ya ocurre) y "externamente", en el "círculo externo", establezca otros "estatutos profesionales" para la tutela diversificada de trabajadores no asalariados. Esto supondría que el ámbito de aplicación del nuevo Derecho del Trabajo se estructuraría y articularía a modo de un organigrama circular de tratamiento normativo del trabajo protegido, donde el núcleo o centro neurálgico seguiría siendo el trabajador dependiente, alrededor del cual se situarían otros círculos "periféricos" formados por trabajadores autónomos o semi-autónomos en situación de debilidad económico-jurídica. Estaríamos ante la coexistencia de una pluralidad de esquemas contractuales, cada uno con su propio estatuto regulador y protector (contrato de trabajo, contrato de servicios...). Así se tendería a extender parte del "status" de ciudadanía social a trabajadores no asalariados (muy lejos todavía de una "ciudadanía profesional", que se correspondería con la utopía -legítima- de un Derecho del Trabajo de la actividad profesional en su conjunto). La consecuencia lógica de este proceso es la heterogeneidad del trabajo objeto del Derecho del Trabajo y la fragmentación interna de éste perceptible en la diferenciación de distintos "estatutos profesionales" con diversos niveles de protección. Es la *edad de la diversidad y disgregación* de esquemas de regulación jurídica del trabajo objeto de nuestra disciplina[147].

Con el Estatuto del Trabajo Autónomo (Ley 20/2007, de 11 de julio), se dota de un estatuto de derechos sociales y laborales a los trabajadores autónomos (Capítulo II. "Régimen profesional común del trabajador autónomo") y se opta problemáticamente por la creación del TRADE (Cap. III. "Régimen profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente"). Atendiendo a la misma configuración legal y su cristalización en la praxis, en la relación de trabajo de los TRADE no se puede desconocer que concurre también una relación entre un detentador de poder (el empresario "cliente" con el cual se contrata) y quien no detenta poder significativo (el TRADE). Figura ésta que, por lo demás, no acaba de implantarse en la práctica de las relaciones profesionales. Leyes similares -y con frecuentes reformas- se han dictado en otros países europeos en análogo sentido. No obstante los innegables avances conseguidos con el Estatuto legal del Trabajo Autónomo, cabe decir que esta opción segregacionista de los TRADE respecto a la categoría del contrato de trabajo ha supuesto, por el momento, el rechazo de crear un Derecho Común del Trabajo profesional, es decir, hacia la construcción de un Nuevo Derecho Común de Toda la Actividad Profesional o un Derecho del

[146] Puede consultarse, Vega Ruiz, M. L.: "El futuro del trabajo: ¿Revolución industrial y tecnológica o crisis del Estado Social?", en *IUSLabor*, núm. 1, 2017, pp. 1-13; Ojeda Avilés, A.: *La deconstrucción del Derecho del Trabajo,* Madrid, Ed. La Ley, 2010, pp. 351 y ss.

[147] Monereo Pérez, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una crítica al Derecho Flexible del Trabajo,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 68 y ss. ("La edad de la diversidad normativa: El problema de la unidad del Derecho del Trabajo en la sociedad fragmentada del capitalismo tardío"); *Íbid., Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico-jurídica del Derecho del Trabajo,* Madrid, Civitas, 1996, pp. 64 y ss.

Trabajo "sin adjetivos" (sin perjuicio de que esto podría ser construido siempre de *lege ferenda*). El que esto no se haga actualmente supone la desprotección relativa (protección de menor intensidad) de un número significativo de trabajadores "autónomos" (que gocen de todos los atributos como tales en términos de eficacia jurídica real; sic.) que son económica y jurídicamente contratantes más débiles parte de un "contrato de adhesión en sentido fuerte". Entre otras cosas, la relación de trabajo de los legalmente denominados TRADE debería haberse configurado jurídicamente como relaciones laborales de carácter especial (pues están más próximas a "lo laboral" que a "lo autónomo")[148]. Y es que en la práctica permite que por vía legal y paradójicamente se encumbran o enmascaren relaciones de trabajo subordinado comportando así una suerte de huida del Derecho del Trabajo.

Se ha de tener en cuenta el carácter evolutivo de la institucionalización del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, el cual siempre ha sido acotado con carácter provisional y contingente en atención a las exigencias de la Política del Derecho que ha venido afrontando las exigencias reguladoras planteadas en cada momento por la cuestión social. No es de extrañar que hoy se vuelva a plantear -aunque con elementos más estructurales, ya que se cuestiona la subordinación- el tipo de trabajo objeto del ordenamiento laboral. En el estadio actual del Derecho positivo, este interrogante tiene una respuesta precisa: el trabajo por cuenta ajena y dependiente como centro de referencia principal del Derecho del Trabajo. Ni la atenuación en algunas ocasiones de la nota de dependencia (subordinación), ni el reconocimiento residual de formas de "parasubordinación" tienen en la actualidad (y también en una previsión de futuro) suficiente virtualidad como para indicar que el Derecho del Trabajo camine inexorablemente hacia un sector del orden jurídico regulador de todas las manifestaciones del trabajo profesional. De manera que la extensión excepcional y constitutiva, con ánimo tutelar la persona del trabajador "parasubordinado", contribuye a la diversificación del tipo contractual, pero no hace difusa la delimitación del supuesto de hecho principal sobre el que descansa el Derecho del Trabajo. Desde este punto de vista, la referencia a la "clase trabajadora" sigue teniendo virtualidad para acotar el centro sociológico de imputación de las normas laborales, y también para la comprensión y explicación de la índole de los problemas de política legislativa que suscita la inserción de aquélla en el orden establecido.

En la regulación protectora de las nuevas formas de trabajo autónomo debería atenderse a un criterio de flexibilidad que evite la tentación de llevar a cabo regulaciones uniformes. Por un lado, no parecería oportuna una regulación iuslaboral uniforme para todas las manifestaciones del trabajo autónomo sino que esa regulación deberá ser plural y diversificada para ordenar la tutela protectora sin cuestionar la funcionalidad real de la diversificación de las formas de trabajar autónomamente. Por otro, tampoco no parece que deba incorporarse necesariamente y "a priori" al trabajo autónomo un régimen de equiparación completa con el trabajo por cuenta ajena, a riesgo de olvidar las diferencias realmente existentes entre ambas figuras (esto es, su respectiva función económico-social de relevancia jurídica y que las partes contratantes han querido utilizar específicamente de modo legítimo), y de hacer inviable la aplicación al trabajo autónomo de muchas categorías específicamente pensadas para su aplicación al trabajo asalariado.

Un análisis de los sistemas normativos europeos permite apreciar la *complejidad creciente del tipo contractual laboral* (el contrato de trabajo como tipo contractual). Actualmente se asiste una crisis de identidad del contrato de trabajo vinculada la nueva fisonomía de la realidad subyacente al ordenamiento laboral y a la pluralización de las tipologías normativas, a la flexibilización laboral impuesta *ope legis* y a la redistribución del trabajo en sus diversas formas. El contrato por tiempo indefinido y a tiempo completo, de orientación homegeneizadora, está siendo desplazado en los últimos años por una multiplicidad de tipos contractuales flexibles que traslucen una mayor debilidad

[148] Monereo Pérez, J.L.: "El trabajo autónomo, entre autonomía y subordinación (I y II)", *Aranzadi Social. Revista Doctrinal,* vol. 2, núm. 4-5, 2009, pp. 79-106 y 71-101, respectivamente.

contractual de la persona que trabaja. Ello coexiste con la crisis del modelo clásico estandarizado propio del dominio del sistema industrial, caracterizado por la existencia de una empresa estandarizada, tendencialmente uniforme y jerarquizada, con producción masiva y reducida diversificación y a menudo muy centralizada. Ahora este modelo deja de ser el dominante y tiende a verse sustituido progresivamente por una amplia variedad de situaciones vinculadas a las circunstancias cambiantes del momento, desde el *just-in-case al just-in-time,* en un nuevo modelo de trabajo con diversas expresiones. Por otra parte, y en relación a ello, se constata la huida del Derecho del Trabajo, que se concreta en la difuminación de las partes del contrato, porque por un lado adquiere una mayor presencia la descentralización productiva y domina con fuerza las empresas-red, mientras que, por otro, se percibe se contrae -o se restringe su espacio vital en configuración jurídica de las relaciones de trabajo- la misma figura del propio trabajador subordinado, en virtud de las estrategias empresariales de deslaboralización que lo convierten en socio, autónomo o colaborador, cuando no en un falso autónomo[149]. Por lo demás, el poder unificador pretendido originariamente por una la legislación de orientación uniforme cede ante un *soft law* ("derecho blando" carente de efectos normativamente vinculantes) de eficacia jurídica debilitada y a un Derecho legal dispositivo para la autonomía privada contractual[150].

Resulta harto significativo cómo la Unión Europea bajo la nueva forma de "gobernanza" o gobernación ha rehusado avanzar por la vía de la armonización legislativa social a través de normas comunitarias de Derecho fuerte o estrictamente normativo, y sólo ha optado por la aproximación por objetivos, la estrategia de coordinación internormativa y el reclamo del Método Abierto de Coordinación (MAC), que se impone políticamente bajo el predominio de la constitución económica. En él se reconoce un amplio margen de libertad de actuación a los Estados miembros para que de forma coordinada a través de objetivos compartidos determinen su propia ordenación normativa. El proceso no deriva de un imperativo de la fuerza de los hechos, sino de identificables y precisas elecciones de política del Derecho del Trabajo encaminadas a culminar el proceso de transición del Derecho del Trabajo Clásico garantías del Estado Social (correspondiente a la "constitución democrático-social del trabajo") por el Derecho Flexible del Trabajo (correspondiente, a su vez, con la "constitución flexible o neoliberal del trabajo" que se pone al servicio de las fuerzas del mercado). Pero por el momento la cuestión de remercantilización del trabajo subordinado se viene traduciendo en un reforzamiento de los poderes y prerrogativas del empleador en todos los aspectos fundamentales de la relación laboral. La flexibilidad en el nuevo Derecho del Trabajo (Derecho flexible del trabajo) es la principio que la gestión empresarial del trabajo. Sin embargo, ni el proceso de transición está acabado, ni tampoco es previsible. Pero en un sistema democrático hay un espacio para la decisión constitutiva y constituyente de política del Derecho.

La empresa como actividad profesional económica y como organización productiva está recibiendo -e imponiendo- todas las manifestaciones fundamentales del Derecho flexible del trabajo (la constitución flexible del trabajo) (políticas de flexibilidad "interna" y "externa", adaptación a las condiciones de competitividad, dualización de los mercados de trabajo "internos" al ciclo productivo, incremento de la disciplina y de la precarización laboral, individualización de las relaciones laborales,

[149] Se pone en evidencia, y con preocupación fundada, en el Dictamen del Comité Económico y Social (CESE) sobre, *El uso abusivo del estatuto del trabajador autónomo"* (Dictamen de Iniciativa), 31 de marzo de 2013, apartado 3.2.

[150] Véase Ojeda Avilés, A.: *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, Madrid, La Ley, 2010, p. 475-476; y para la verificación de todo este proceso en la larga duración hasta llegar al presente como historia, Monereo Pérez, J.L.: *Algunas reflexiones sobre la caracterización jurídica del Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 64 y ss.; Monereo Pérez, J.L.: *La política de empleo como instrumento de lucha contra la precariedad laboral*, Albacete, Bomarzo, 2011, pp.13-48 y 15-38; Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Derecho*, Albacete, Bomarzo, 2017, pp. 29 y ss. Sobre las nuevas formas de organización y colaboración interempresarial; Monereo Pérez, J.L.: "Nuevas formas de organización de la empresa, entre centralización y descentralización (I y II)", *Relaciones Laborales*, núm. 6-7, 2011, pp. 13 y ss., y 15 y ss., respectivamente.

incremento de la alienación del trabajo, políticas de implicación sindical "concesiva" en la gestión empresariales, des-sindicalización, etcétera). Se han abandonado las perspectivas no sólo utópicas sino también de realizar la llamada "reforma de la empresa". Durante gran parte del siglo veinte el imaginario colectivo sobre la empresa fue impresionante, suscitando un debate fuerte entre perspectivas de cambio radical o revolucionario (modificando la base capitalismo de la organización empresarial) y enfoques de reforma social (transformando el papel del trabajo, pero manteniendo la libertad de empresa en el marco del sistema de economía de mercado).

Las nuevas formas de empresa van por delante respecto a las formas de organización sindical en la empresa. Hoy se contempla, ante todo, la empresa "en negativo", como una organización "neutral" de la actividad económica (en la perspectiva de los intereses de los agentes implicados) y el problema de la participación de los trabajadores en la empresa (que el art.129 CE parecía insertar en una lógica propia del constitucionalismo social de empresa) queda relegado a una "participación débil" en términos de garantías de derechos sociales de información y consulta de los trabajadores respecto de cuestiones sociolaborales y relativas a la dinámica de la organización productiva. Predomina el enfoque de "ingeniería social" donde el analista se preocupa de la eficiencia de la empresa en relación a su posición competitiva en el mercado.

La empresa contemporánea, por lo demás, es una unidad de organización económica que se desmembra según exigencias de eficiencia y obtención máxima de beneficios. El capital productivo se inviste y desinviste continuamente, cambiando sus formas y sus métodos de organización. El modelo de organización de empresa como forma económica tiende a organizarse de modo distinto a la empresa industrial clásica. La empresa es organización de una actividad para el mercado "interno" y "mundial", pero en un contexto donde la intensidad del proceso de mundialización de los mercados ha sido impresionante. El postfordismo -en su vertiente de modelo de organización de la actividad económica- conduce a la empresa flexible, con núcleos centralizados y una periferia descentralizada y externalizada o exteriorizada (empresa en red, subcontratación, grupos de empresas flexibles, etc. El resultado es la "empresa mínima" (respecto de la utilización del personal, sobre todo), o incluso su configuración formal como un sistema complejo y articulado de contratos. Es obvio que el Derecho del Trabajo Clásico garantista estaba pensado para un tipo de empresa menos deslocalizada y difusa (tanto espacial como funcionalmente), por lo que se está produciendo una falta de sintonía entre la ordenación jurídico-laboral de las relaciones de trabajo en la empresa y el diverso cuadro real de funcionamiento actual de la misma. Categorías delimitadoras de la empresa, centro de trabajo, empresario-empleador, presentan el riesgo de estar desprovista de realidad. Por lo demás, como se dijo antes, el trabajo "en" la empresa se hace más difuso en sus contornos (la empresa se pulveriza y se dispersa jurídica y económica en sus núcleos productivos), porque existe una cierta indefinición o indeterminación tanto en la condición del empleador como en la figura del trabajador, haciéndose más difusa la antes más nítida distinción entre trabajo dependiente y trabajo autónomo (piénsese en el "teletrabajo"[151]). Las formas de trabajo por cuenta propia "dependiente" o "subordinado" se han visto incrementadas actualmente y gozan de una política de alentamiento público institucional a través del fomento del autoempleo y del emprendimiento con todas sus mitificaciones[152].

[151] Sobre esta forma de trabajo, Mella Méndez, L.: *El teletrabajo en España: aspectos teórico-prácticos de interés,* Madrid, La Ley, 2017; Monereo Pérez, J.L., y López Vico, S.: *El teletrabajo tras la pandemia del Covid-19. Una reflexión sobre su ordenación y normalización jurídica,* Murcia, Laborum, 2022. De singular interés res el Informe de la OIT sobre el teletrabajo OIT: «*Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral*» ("Working anytime, anywhere: The effects on the world of work") está disponible en www.eurofound.europa.eu/publications.

[152] Puede consultarse, Luján Alcaraz, J. y Ferrando García, F. (Dirs.) *et al*: *Trabajo autónomo y fomento del emprendimiento: mitos y realidades,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2017.

Hay que tener en cuenta que las estrategias de organización y re-organización empresarial suelen estar motivadas en una doble racionalidad: la racionalidad económica (búsqueda del beneficio y del éxito en términos de rentabilidad) y la racionalidad laboral (estrategias de flexibilidad laboral en las distintas dimensiones, flexibilidad interna y externa, funcional, salarial, numérica, cuantitativa, etc.). Las políticas de flexibilidad -incluida su nueva versión a través de la flexi-seguridad neoliberal- han supuesto una ruptura radical respecto al principio garantista de estabilidad en el empleo. El lado oscuro de la flexibilidad empresarial (productiva y laboral) se manifiesta en la práctica teórica de considerar que la flexibilidad depende en gran medida de la *perpetuación del trabajo contingente y precario* (esto es, trabajo a tiempo parcial, trabajo estacional, temporal o sujeto a contratos de duración determinadas en sus diferentes modalidades), el desplazamiento hacia formas de organización industrial basadas en redes garantiza un reforzamiento, y no una anulación, de la tendencia hacia la polarización, políticamente no deseada, de los ingresos laborales. No son indiferentes las estrategias antisindicales. Esta concepción de la flexibilidad laboral ha supuesto la estabilización permanente de los mercados de trabajo duales, dentro y fuera de la empresa neofordista (externalización). Esa organización basada en la concentración sin centralización -propia de la era de la producción flexible- opera distinguiendo núcleo (centro decisorio) y periferia, a efectos tanto productivos como de diferenciación selectiva de condiciones de trabajo en general[153].

En otro plano, las nuevas formas de empresa incorporan nuevas formas de trabajo. Primero, porque la empresa es organización y gestión de personas, de manera a la empresa flexible le acompaña -inevitablemente- el trabajo flexible. En segundo lugar, porque la empresa post-fordista exige una mayor participación e implicación del trabajo. Lo cual implica una mayor autonomía del trabajo, los círculos semiautónomos del trabajo flexible en la llamada especialización flexible -el fomento de los círculos de calidad y de producción. Lo cual significa una "relajación" de la "dependencia" o subordinación técnico-organizativa del trabajador en el marco de la relación de trabajo. Es así que no hablamos sólo de segmentación y polarización, sino también de afectación -con mayor o menor intensidad- de los rasgos tipológicos del trabajador asalariado típico o clásico. Con la particularidad adicional de que se trata de un cambio de formas de trabajar y de modos de cumplimiento de la prestación de servicios de inequívocas dimensiones estructurales. Las tendencias "depredadoras" (hacia dentro -explotación del trabajo maximizada con las actuales formas de precarización laboral-, y hacia fuera -deterioro medioambiental a través de una explotación sistemática de los recursos) persisten; no han desaparecido con el modelo de organización reticular en el que se resuelven las nuevas formas de empresa en red. En el proceso de racionalización productiva, los nuevos modelos organizativos reticulares, cuestionan las formas tradicionales de subordinación de los trabajadores, evidenciando la falta de correspondencia existente la subordinación "jurídica" y la subordinación "real" de los trabajadores a poderes "externos" al nexo contractual que se imponen en los hechos más allá de su formalización jurídica.

El objetivo real (y a veces ya explicitada en las Exposiciones de Motivos de las Leyes reformadoras) de las reformas laborales de las dos últimas décadas, no ha sido solo la pretendida "modernización" del modelo de relaciones laborales; su objetivo preferente ha sido la devaluación salarial; la reducción de los costes globales del factor trabajo, transfiriendo riesgos empresariales a la posición de los trabajadores (reducción del coste del despido mediante diversas técnicas, y la más reciente de generalización del contrato de trabajo por tiempo indefinido de tutela débil; facilitar el descuelgue salarial ante todo para empresas de reducidas dimensiones -la mayor parte

[153] Esto no significa que no existan algunos frenos de respuesta -frenos de emergencia-, como por ejemplo la Directiva comunitaria 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, que prohíbe la discriminación entre trabajadores temporales y trabajadores indefinidos. Véase la STJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto Diego Porras, sobre equiparación de trabajadores temporales e indefinidos en situaciones comparables.

del tejido productivo español-; el mantenimiento básicamente inalterado de las fórmulas de contratación temporal sin precisar sus causas justificativas, etc.); la facilitación de los despidos (tanto por causas empresariales como en el marco de los despidos disciplinarios ilegítimos), y la mayor discrecionalidad en la utilización flexible de la mano de obra (ampliación significativa de las medidas de flexibilidad "interna", incrementando el poder de dirección del empleador). Muchos aspectos de la regulación reformista contradicen el objetivo autoproclamado por el legislador en las Exposiciones de Motivos de la Ley 35/2010 y de la Ley 3/2012. El legislador reformista continúa la senda de las reformas precedentes, la cuales lejos de atender a las causas más profundas y determinantes de la dualización de los mercados de trabajo y de la progresiva precarización del empleo, con el abuso de la contratación temporal y la utilización de prácticas desviadas que degradan la condición del trabajador se ha inclinado por otras medidas que o bien han sido meramente "paliativas" (pero no "curativas" ni "preventivas") del fenómeno, o bien incluso ha ignorado las medidas correctas a adoptar (y que se perciben en otros países de referencia comparables), o bien, finalmente, ha contribuido -con mayor o menor conciencia de ello, aunque como resultado efectivamente producido- a acentuar el problema con la predisposición de medidas que favorecen la dualización, la temporalidad y la precarización laboral. Es suficiente reparar en el "informador" y "persuasivo" "Libro Verde" de la Comisión Europea para comprobar que "modernización" sinónimo de "liberalización" y reducción de garantías y derechos sociales[154]. Por lo demás, las reformas laborales han supuesto un debilitamiento del poder sindical y de los instrumentos de acción colectiva, negociación colectiva y huelga. De ahí la importancia de redefinir el papel y la estrategia sindical en la sociedad actual partiendo de su centralidad en el modelo democrático de relaciones laborales. Pero la instauración de un nuevo modelo socio-económico neoliberal (con el soporte de un "nuevo espíritu del capitalismo", o una "nueva cultura del capitalismo"[155]) amenaza seriamente a los sindicatos como sujetos políticos; y como sujetos con capacidad negocial y organizadora de las relaciones laborales. El postfordismo comporta una desconstrucción de la empresa tradicional y una desconstrucción de los modelos de regulación colectiva/sindical y de las relaciones de poder en el mundo del trabajo[156].

El resultado ha sido la ruptura de los equilibrios instituciones de poder en el sistema de relaciones laborales, a través de reformas laborales *in peius* dirigistas impuestas por los gobiernos mayoritarios del periodo (R.D.-Ley 7/2011, de 10 de junio; Ley 3/2012, de 6 de julio). Su signo distintivo ha sido el reforzamiento de los poderes del empleador (despido flexible de dudosa acomodación al Convenio OIT, núm. 158 y al art. 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; modificación unilateral de las condiciones de trabajo y de los convenios colectivos de eficacia limitada extraestatutarios) y el debilitamiento del papel de los sindicatos (imposición de un modelo descentralizado en estructura de la negociación colectiva, haciendo prevalecer los convenios de empresa sobre los convenios sectoriales sin necesidad de alegación de causa y sin acomodación

[154] COMISIÓN EUROPEA: "Comunicación sobre "Modernizar el Derecho del Trabajo para afrontar los retos del siglo XXI", de 22 de noviembre de 2006. COM (2006) 708 final; y "Comunicación "Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad", de 27 de junio de 2007. COM (2007) 359 final.

[155] Boltanski, L. y Chiapello, E.: *El nuevo espíritu del capitalismo,* Madrid, Ed. Akal, 2002, pp. 33 y ss.; Sennet, R.: *La cultura del nuevo capitalismo,* Barcelona, Ed. Anagrama, 3º ed., 2008, pp. 9 y ss.

[156] Atendiendo a las mutaciones estructurales en curso se ha podido hacer referencia a las exigencias de renovación del Derecho del Trabajo en la dirección de un nuevo paradigma resultante. En este sentido, el completo estudio llevado a cabo por Ojeda Avilés, A.: *La deconstrucción del Derecho del Trabajo,* Madrid, Ed. La Ley, 2010, pp. 15 y ss., y 92 y ss., y la amplia bibliografía citada; y Monereo Pérez, J.L.: "Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en la 'era de la flexibilidad'", *Derecho de las Relaciones Laborales,* núm. 5, 2016, pp. 444 y ss.; Supiot, A.: "Las vías de una verdadera reforma del Derecho del Trabajo", en el mismo número de la revista antes citada, pp. 500 y ss., que es la traducción del Prólogo a la segunda edición de la obra de Supiot, A. (Dir.): *Au-delà de l´emploi: Les voies d'une vraie réforme du droit du travail,* París, Ed. Flammarion, 2ª ed., 2016. Para la primera edición traducida al castellano, Supiot, A. y Casas Baamonde, M. E., *et altri: Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa,* Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1999.

a un procedimiento de control de por los sujetos negociadores del convenio colectivo desplazado unilateralmente, con lo cual se invade el espacio vital de autodeterminación negociadora de los agentes sociales; se facilita la posibilidad de inaplicación de los convenios colectivos; su modificación unilateral en caso de convenios colectivos extraestaturarios o de eficacia limitada; relegación de los instrumentos de concertación social como la legislación negociada y los pactos o acuerdos tripartitos)[157]. Todo lo cual ha situado al Derecho del Trabajo en una crisis de identidad existencial[158].

Reténgase que las nuevas reformas operadas a partir de 2012 se enmarcan en un proceso de transición de largo alcance desde la constitución democrático-social garantista del trabajo (a la cual respondía *grosso modo* la versión originaria del Estatuto de los Trabajadores de 1980) hacia una diversa constitución liberal flexible del trabajo, la cual tuvo su eje inicial en las reformas laborales de la década de los noventa (1994-1997), y prosigue con la actual reforma de ciclo largo iniciada en 2010 hasta el presente. En este proceso la situación es "intermedia", porque coexisten normas típicamente garantistas con normativas típicamente flexibilizadoras y liberalizadoras. Pero el *modelo emergente de flexiseguridad* se orienta preferentemente hacia el modelo defensivo más que al modelo ofensivo (flexiseguridad garantista)[159]. De ello da buena prueba no sólo el contenido de las reformas sucesivas sino también la vocación de permanencia de las medidas adoptadas, pues éstas no se consideran -en su mayor parte- como medidas de carácter coyuntural, sino de naturaleza típicamente estructural; llamadas, así, a perdurar en lo que tienen de revisión cualitativa del modelo preexistente -o pre-vigente- de Estatuto de los Trabajadores. El TRLET, refleja no sólo la idea de sistematizar (loable en sí), sino también de vocación de "estabilizar" las medidas acordadas en el periodo de excepcionalidad jurídico-social. Por ello se puede hablar de que el ciclo de reformas laborales de 2010-2015(con manifiesta proclividad a continuar en esta senda en futuras reformas) constituye un paso más en la senda hacia una mayor liberalización de las relaciones laborales. Si se analiza -como se debe- todo el ciclo reformista en su conjunto, se percibe como está incidiendo en todas las instituciones fundamentales del Derecho Social del Trabajo: desde la reconfiguración de las fuentes (donde pierde peso el papel de la negociación colectiva, especialmente la negociación supraempresarial), hasta abarcar todos los institutos y categorías contractuales con medidas de flexibilidad externa e interna. Queda por completar una más incisiva reforma en la representatividad sindical y de los mecanismos de acción colectiva como la huelga, aunque ya se han abordado medidas limitativas del derecho de autocomposición colectiva del conflicto a través de la sistemática imposición del arbitraje obligatorio en las controversias colectivas (paradigmáticamente el arbitraje final -de sesgo "administrativo"- por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o el órganos equivalente de la Comunidad Autónoma; cfr. art. 82.3 del ET).

El gran ciclo de reformas ha incidido de modo cualitativamente en una reformulación o reconfiguración del sistema normativo laboral, con una nueva interconexión y distribución de poderes entre el intervencionismo público (heteronomía pública) y los actores privados (autonomía colectiva e individual).

---

[157] Véase Monereo Pérez, J.L. (Dir.) *et al*: *La concertación social en España: Una evaluación de su trayectoria en la perspectiva de los cambios socioeconómicos,* Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M. N., Maldonado Molina, J.A., De Val Tena, Á. L. y Álvarez Gimeno, R., Madrid, Publicaciones del Consejo Económico y Social de España, 2015.

[158] Monereo Pérez, J.L.: "Los derechos sociales fundamentales ante las recientes reformas. Un desafío para el trabajo decente", en *el futuro del derecho del trabajo y de la seguridad social en un panorama de reformas estructurales: desafíos para el trabajo decente (congreso internacional celebrado en granada 2018),* José Luis Monereo Pérez, Fábio Túlio Barroso, Horacio Las Heras, María Nieves Moreno Vida, Juan Antonio Maldonado Molina, 2018, pp. 27-84.

[159] Comisión Europea: "Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad", COM(2007) 359 final, de 27 de junio de 2007.

C). La refundación del garantismo social y la tutela integral del trabajo digno o decente. La centralidad de la Carta Social Europea para la materialización de esa función garantista

Es posible la "refundación" de nuevo Derecho del Trabajo Garantista y garantizar la tutela integral del Trabajo Decente o digno de la persona que trabaja (es decir, el trabajo con un alto nivel de garantías de derechos de desmercantilización y respecto de los derechos fundamentales de las personas que trabajan)[160]. Necesario es recordar que una función típica del Derecho Social del Trabajo en el marco del Estado Social (inscrito en la tradición del constitucionalismo democrático-social) ha consistido en la intervención regulativa de los poderes públicos para garantizar los derechos sociales de la ciudadanía y la vigencia general de los derechos fundamentales en la relación de trabajo. En este sentido el orden público laboral[161] garantista ha sido una característica constitutiva de nuestro ordenamiento laboral. Sin embargo actualmente se ha producido una reorientación del intervencionismo legislativo en una dirección liberalizadora (que entraña a menudo una "remercantilización" significativa de los derechos sociales) y un proceso de desregulación en el Derecho social, selectivo y controlado que refleja esa tendencia en el plano legislativo. ¿Cuál es el estado de situación? El legislador hace dejación de ciertos espacios regulativos que la autonomía colectiva (por otra parte, muy debilitada en la coyuntura de crisis actual) no está en condiciones de ocupar o cubrir. Por tanto, esos espacios tienden a ser *reapropiados* por los poderes unilaterales del empleador. Pero no por ello el Estado se ha hecho menos intervencionista, pues la cuestión es más compleja ya que lo que ha cambiado es la orientación y el sentido del intervencionismo público. Lo que se viene produciendo es una desregulación en el campo de las garantías sociales, y una neoregulación comprometida por los nuevos criterios preferentes de garantía de la rentabilidad y la competitividad empresarial. Las reformas del Derecho del Trabajo -que priman la racionalidad económica- son merecedoras de crítica. Este giro político jurídico respecto a las finalidades del ordenamiento laboral acaba incidiendo en los tipos de racionalidad jurídica, especialmente en el sentido de afectar tanto la racionalidad formal (formas de producción del Derecho) como ante todo respecto de la racionalidad jurídica material (valores y derechos implicados en la dirección de atender a valores ahora más incisivamente vinculados a la iniciativa económica y a la libertad de empresa que a la tutela del trabajado subordinado; la constitución democrático-social y su forma política, el Estado Social de Derecho están penetrados por ese ensamblaje entre la racionalidad formal y racionalidad material instrumental).

Las reformas laborales restrictivas de derechos sociales se han realizado, como se indicó, sin diálogo y concertación social: se han impuesto a los sindicatos mayormente representativos, sirviendo nítidamente una praxis de dirigismo político. Pero hay elementos institucionales a tener en cuenta.

Por otra parte, ante estas reformas legislativas la respuesta realizada por el Tribunal Constitucional para garantizar los derechos laborales cuestionados por tales reformas laborales de inspiración neoliberal ha sido cuando menos decepcionante. En efecto el Tribunal Constitucional ha venido avalando, con argumentos poco convincentes, la constitucionalidad de las reformas laborales de "emergencia". Así, las SSTC 119/2014/, de 16 de julio; 8/2015, de 22 de enero de 2015, que han desestimado los recursos interpuestos contra las leyes de reforma laboral, señaladamente, en virtud de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Pese a que se imponen a la autonomía colectiva reglas sobre descuelgue respecto del convenio colectivo en vigor por causas económica, técnicas, organizativas o de producción; la persistencia de atribuir al poder unilateral del empleador la facultad de modificar, unilateralmente, las condiciones de trabajo

[160] El trabajo decente (en el lenguaje de los derechos y poderes en el trabajo) es la estrategia de política del Derecho Social para recuperar la función transacción y de equilibrio del Derecho Social del Trabajo. La civilización de las relaciones de trabajo.

[161] Para la noción del orden público laboral y sus consecuencias jurídicas y sociales, véase Garmendia Arigón, M.: *Orden público y Derecho del Trabajo,* 2ª edición revisada, ampliada y actualizada, Montevideo, Ed. La Ley Uruguay, 2016, espec., pp. 169 y ss.

previstas en los acuerdos llamados "extraestatutarios", que vulnera el reconocimiento constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos y el principio de inderogabilidad singular de los convenios colectivos, lo que cuestiona el ejercicio de la libertad sindical; la pretensión -fallida por la oportuna intervención de la doctrina del Tribunal Supremo- de descausalizar los despidos por causas empresariales privándoles de la exigencia de "racionalidad"; el diseño disfuncional y contrario al principio de estabilidad en el empleo del período de prueba del contrato de apoyo a los emprendedores (que incorpora un periodo de prueba obligatorio *ex lege* de "un año en todo caso"; la imposición de un determinado modelo "legal" de estructura de la negociación colectiva no de carácter promocional de las organizaciones profesionales mayormente representativas, sino de máxima descentralización a través de los convenios de empresa; la imposición de reglas de ultraactividad indisponibles por los sujetos colectivos y sindicales (lo que fue neutralizado a partir de la STS de 22 de diciembre de 2014, rec. 264/2014, que se decanta por la tesis conservacionista que pretende mantener, a pesar del decaimiento del convenio, las condiciones laborales de los trabajadores en sus contratos de trabajo). Pero no se trata sólo del rechazo de la inconstitucionaidad, sino del tipo de argumentación utilizada para hacerlo, pues tales sentencias del Alto Tribunal introducen -como realzo el Voto Particular del Magistrado Fernando Valdés Dal-ré, al que se adhirieron otros magistrados- vienen a introducir en su razonamiento un novedoso canon de constitucionalidad, conforme al cual se eleva a la categoría de canon de constitucionalidad la coyuntura actual de la crisis económica como parámetro de valoración constitucional de las medidas restrictivas o limitativas de los derechos constitucionales establecidas por el legislador ordinario. Razonamiento marcado por la infiltración de la lógica económica en la ponderación de los límites de los derechos sociales. Y ello a pesar de que el Comité Europeo de Derechos Sociales ha concluido que "las medidas que pretenden consolidar las finanzas públicas, asegurar la viabilidad de los regímenes de pensiones de jubilación o incentivar el empleo podrían estimarse legítimas en tiempos de crisis económica, pero 'no deben traducirse mediante una reducción de los derechos reconocidos en la Carta'". Siendo así que los gobiernos han de adoptar las medidas necesarias para lograr que tales derechos sean siempre efectivamente garantizados" (CEDS, "Conclusiones XX-3 (2014), (Espagne), janvier 2015). La CSEr. Se ha comportado como un "escudo social". De este modo una situación de crisis económica o de recensión no es un motivo suficiente "per se" para acordar reformas restrictivas de los derechos sociales. Es manifiesto que muchas de las reformas laborales y del sistema de protección social pública encuentran un difícil acomodo en el sistema de garantías multinivel de los derechos sociales fundamentales (Convenios de la OIT y sus instrumentos de acción para realizar la justicia social y el trabajo decente a nivel mundial; Carta Social Europea Revisada, etcétera)[162]. Resulta significativo que el Comité de Libertad Sindical de la OIT declarase que la regulación del art. 315.3 del Código Penal de España (sobre el derecho de huelga, y que fue reformado en 2015) vulnera los Convenios OIT núm. 87 y 98 de la OIT[163]; y asimismo que el Comité Europeo de Derechos Sociales entendiese que la posibilidad de modificación unilateral de los convenios colectivos por parte de los empleadores (art. 41del ET)[164].

[162] Puede consultarse, Salcedo Beltrán, M. C.: "Incumplimientos de la Carta Social Europea por España: conclusiones XX-2 (2013), *Revista de Derecho Social,* núm. 66, pp. 217-243; *Ibid.,* "Conclusiones 2021 del comité europeo de derechos sociales: más utopía que realidad en los derechos relativos a la salud, la seguridad social y la protección social", en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 57, 2022, pp. 421-464. También, Monereo Pérez, J.L.: "Los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* núm. 45, 2017.

[163] Comité de Libertad Sindical de la OIT, Informe núm. 380, de noviembre de 2016, párrafos 503-504 y 511. Este pronunciamiento tiene su originen en UGT y CC.OO.: *Queja que presentan UGT y CC.OO. ante el Director General de la Organización Internacional del Trabajo, para su tramitación y decisión por el Comité de Libertad Sindical, contra el Gobierno de España, por violación de la libertad sindical,* Madrid, 25 de julio de 2014.

[164] CEDS, Conclusión XX-3, de 2014, en interpretación del art. 6.2 de la Carta Social Europea.

Una segunda argumentación discutible en el plano jurídico. La doctrina del TC viene a reforzar la devaluación de los derechos sociales como derechos de estricta configuración legal[165]. Y, adicionalmente, en situaciones de crisis económica pueden ser objeto de limitación con un amplísimo margen de discrecionalidad. Ese amplio margen de discrecionalidad legislativa en el desarrollo y adaptación a las circunstancias históricas del alcance de los derechos constitucionales de contenido social quedarían dentro de la libertad de configuración atribuida al legislador (Auto del Tribunal Constitucional 43/2014, de 12 de febrero de 2014, en relación con el art. 35.2 CE y respecto a la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto de las reformas laborales introducidas por el RD.-Ley 3/2012, de 10 de febrero). Esto conduce a una "desconstitucionalización" material y fáctica de los derechos sociales privados del contenido esencial conformador de la constitución en el marco del estándar multinivel de los derechos fundamentales. Por otra parte, para el CEDS, se ha de invertir la carga de la prueba de recayendo en el Estado responsable de adoptar las medidas restrictivas. No se atiende a una interpretación sistemática y finalista del grupo normativo regulador de los derechos fundamentales (señaladamente, el art. 10.2 CE, en relación con los artículos 93 a 96 de la Norma Fundamental).

Sólo una parte de estas reformas laborales regresivas -aunque muy significativa- ha podido ser derogada por el Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, convalidado, por el Acuerdo del Pleno del Congreso de los Diputados de 3 de febrero[166].

No es baladí hacer notar que en los hechos tales reformas han conseguido flexibilizar y cambiar la correlación de fuerzas en el mundo del trabajo, pero no ha resuelto los problemas relativos al incremento de empleo de calidad y continúan dominando los contratos temporales frente a los contratos indefinidos, con más parados de larga duración, con un aumento de la pobreza y exclusión social[167]. Es decir, se ha producido una redistribución a la inversa en virtud de las respuestas liberalizadoras a la crisis económica, en cuyo marco hay que incluir las reformas laborales del último período de legislatura del Gobierno conservador. Desde este enfoque no existen condicionamientos constitucionales, ni contenido esencial; ni normas directivas dirigidas a los poderes públicos para actuar imperativamente en el sentido de garantizar la plena efectividad de los derechos sociales constitucionales.

Esta *deriva neoliberal no se corresponde con los principios vinculados al Estado Social-Material de Derecho*. Y supone crear una situación de excepción jurídico-material sin declaración

[165] Ciertamente la interpretación de derechos sociales como el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) como derechos de estricta configuración legal ya había sido declarada anteriormente por el propio TC., considerando que el art. 35.2 CE remite a "la ley" la regulación de un estatuto de los trabajadores, siendo, pues, el legislador el encargado de determinar su contenido y alcance. En tal sentido, por parte del TC se ha afirmado que el ámbito de las relaciones de trabajo a que se refiere el art. 35 CE constituye una esfera "cuya configuración se defiere al legislador", con la consecuencia de que dentro de dicha configuración legal queda incluida la determinación de las técnicas y alcance de la reacción frente a la extinción del contrato de trabajo (STC 20/1994, de 27 de enero, f.jº. 2º). En esa exégesis interpretativa, se ha declarado reiteradamente que "si el poder legislativo opta por una configuración legal de una determinada materia o sector del Ordenamiento no es suficiente la mera discrepancia política para tachar a la norma de arbitraria, confundiendo lo que es arbitrio legítimo con capricho, inconsecuencia o incoherencia creadores de desigualdad o distorsión en los efectos legales" (SSTC 19/2012, de 15 de febrero, fj.º 10, o 174/2013, de 10 de octubre, f.jº. 6). Con ello se desconoce el mando ex art. 10.2 CE. Es harto significativa la diferencia existente entre la postura del Tribunal Constitucional español y la defensa más decidida de los derechos sociales fundamentales de Tribunales Constitucionales europeos como en Portugal e Italia.

[166] Para un estudio completo y exhaustivo de esta reforma laboral, véase Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Escanciano, S., Rodríguez Iniesta, G. (Dirs.) y Ortiz Castillo, F. (Coord.) *et al*: *La reforma laboral de 2021: Estudio técnico de su régimen jurídico,* Murcia, Laborum, 2022.

[167] Es suficiente comparar la Encuentra de Población Activa correspondiente al cuarto trimestre de 2011 con la última Encuesta del Gobierno actual del tercer trimestre de 2015 para verificarlo fáctica y empíricamente.

formal que ponen en suspenso los derechos sociolaborales. La democracia constitucional se basa en el principio de legitimidad sustancial (respecto a los derechos fundamentales y principio participativo y pluralista en el marco del Estado *Social* de Derecho; democracia sustancial) y el principio pluralista en su proyección en el sistema de fuentes del Derecho, que conforma y prefigura un modelo de relaciones internormativas entre Heteronomía y Autonomía colectiva. Se establece un estrecho nexo entre sistema de fuentes y pluralismo sociopolítico. La Constitución establece un equilibrio entre las funciones atribuidas a la heteronomía pública y a la autonomía colectiva, teniendo en cuenta que tras la problemática de las fuentes preside siempre el problema del poder y de las relaciones de poder; esto es, qué instancias son competentes y capaces de la decisión jurídica. Se comprenderá, así, que "lo político" se filtra y acaba siendo consustancial a la dialéctica heteronomía-autonomía colectiva en el terreno propio de las fuentes en el Derecho del Trabajo, expresando la relación entre el Poder y el Derecho.

En este sentido cabe decir que se está produciendo una *ruptura de los equilibrios constitucionales* en el orden infraconstitucional y su traslado y visibilidad en las relaciones interfuente: la deriva hacia el intervencionismo legal "fuerte" y autoritario en el espacio propio de la autonomía colectiva (v.gr., imposiciones relativas a la estructura de la negociación colectiva e imposiciones respecto de la vigencia normativa de los convenios colectiva: es paradigmática la regulación legal de la "ultractividad" de los convenios colectivos estatutarios). En esta perspectiva, no es baladí hacer notar la normalización en la práctica de excepciones al principio de reserva legal, que decae ante la penetración totalizadora de las disposiciones reglamentarias o del uso y abuso -ya aludido- de la figura del real decreto-ley como práctica elusiva de la tramitación inicial de proyectos de ley parlamentaria. Esto acentúa precisamente lo que el principio de legalidad quería impedir, a saber: la "gubernamentalización" del sistema normativo regulador de las relaciones laborales, que es propia de sistemas totalitarios y autoritarios, y enteramente refractaria a los principios constitutivos del Estado Social de Derecho.

Se camina hacia un modelo de descentralización de la negociación colectiva impuesto por el poder público, que, adicionalmente (y atendiendo a nuestro tejido empresarial integrado por las Pymes) puede conducir al efecto disfuncional de la individualización. Interesa recordar que la reforma llevada a cabo por la Ley 35/2010 primó la descentralización negocial estableciendo la aplicación preferente del convenio colectivo de empresa sobre los convenios de ámbito superior. El RD-Ley 7/2011 pretendió buscar un mayor equilibrio entre centralización y descentralización manteniendo la preferencia del convenio de empresa salvo que los acuerdos interprofesionales o convenios colectivos sectoriales nacionales establecieran otras reglas distintas. Finalmente, la Ley 3/2012 ha primado absolutamente la aplicación del convenio de empresa (y, de igual manera, de los convenios de grupo de empresas o de pluralidad de empresas vinculadas), que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de los convenios colectivos de ámbito superior, con preferencia respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las principales condiciones de trabajo.

Es, ésta, la dirección de política del Derecho que transita de la dispositividad de la norma estatal para la autonomía colectiva a la imperatividad absoluta para esta en materias referidas a su propio campo (v.gr., ultraactividad limitada temporalmente por la Ley; periodo de prueba indisponible por convenio colectivo en el marco del fenecido Contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores ex art. 4 de la Ley 3/2012; preferencias aplicativas de los convenios de empresa sobre el supraempresarial indisponible por la autonomía colectiva: Normas prohibitivas de orden público establecidas por la Ley 3/2012). A ello se une la crisis innegable de la concertación social y del llamado neocoporativismo democrático como forma de democracia deliberativa, que refleja un detrimento del papel político-institucional atribuido a las organizaciones de intereses colectivos (Manifestaciones de este declive de las prácticas de concertación social son las últimas reformas

laborales y la última reforma en materia de Seguridad Social; no basadas en el consenso social, sino en la imposición unilateral de reformas de envergadura en materia social).

En todo el proceso de reformas preside una "desconstitucionalización"[168] gradual de los derechos sociales (que se hacen en la práctica plenamente disponibles por el legislador "post-social" del Derecho Flexible del Trabajo), un cuestionamiento del sistema normativo que se quiere ver desplazado por un "derecho blando" (*soft law*) -cuando no por la llamada "responsabilidad social de la empresa"- que remitiría a una ordenación unilateral del trabajo por parte del empresario, con acaso una mínima negociación colectiva sobre las condiciones de cumplimiento voluntario de ciertas reglas de regulación del trabajo y de las condiciones de empleo.

Todo ello va parejo al debilitamiento en los instrumentos de control de observancia y cumplimiento de las normas jurídicas formalmente vigentes.

Con todo, se obtiene un debilitamiento del *garantismo jurídico* que, *grosso modo*, se ha venido basando sobre el firme pilar de verdaderas normas jurídicas y técnicas instituciones de garantías de control y observancia (tutelas judiciales, administrativas, sindicales, etc.). Esto significa que el Derecho Social del Trabajo tiende hoy a convertirse en un Derecho "postsocial" del Trabajo y de la Empresa (en el particular sentido de estar permanente al servicio de las exigencias de su funcionamiento en condiciones de competitividad). Cambian los valores de referencia y las prioridades y jerarquías. Todo ello en el marco de una mutación tácita (y en menor medida a través de reformas expresas) de los textos del Constitucionalismo Social vigentes formalmente en los países más avanzados de Europa en virtud de una realidad constitucional que se impone por "gobierno fuertes" que presentan sus reformas restrictivas de derechos sociales como imposiciones inevitables de los "mercados" (sin aclarar, por otra parte, qué fuerzas económicas e institucionales operan en dichos espacios económicos globalizados). Se está produciendo, pues, una "desconstitucionalización" y remercantilización de los derechos sociales de la ciudadanía. La "constitución jurídico-social" solo adquiere una vigencia jurídico-formal, pero está desprovista de eficacia real y efectiva. A ese paradigma constitucional le está desplazando un nuevo marco jurídico-institucional de configuración de un modelo post-social de relaciones laborales. Desde el punto de vista de la técnica jurídica es manifiesto que en *ius strictum* la *mutación* constitucional por vía de legalidad ordinaria no es el procedimiento correcto, pues lo lógico sería proceder a un debate en la esfera pública democrática sobre el sentido de la revisión constitucional y que llegado el momento se procediera a través de un procedimiento estricto de *reforma* constitucional a través del procedimiento constitucional previsto en la propia Carta Magna. Hay que tener en cuenta que "la Constitución es la única forma posible en la actualidad de restaurar la vertiente material del Derecho, la que tiene que ver con su justedad"[169]. Y en relación a ello hay que tomarse en serio la Constitución pluralista como compromiso general, de manera que la Constitución pluralista "es el esfuerzo común de elaborar, a través de un compromiso, un diseño social y político general. El Derecho constitucional se difunde no sólo por cada rincón de lo "político", sino también por cada rincón de lo "social""[170].

[168] Puede consultarse, Baylos, A.: "La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral de 2012", *Revista de Derecho Social,* núm. 61, 2013, pp. 19-49; este proceso tiene sus antecedentes y un largo recorrido anterior a la reforma radical llevada a cabo por el RD.-Ley 3/2012 y su convalidación por la Ley 3/2012, Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, espec., pp. 194-209; *Ibid.,* "Para una crítica de las "soluciones" iusliberales a la crisis económica en el Derecho del Trabajo", en la revista *Lan Harremanak,* núm. 20-21, 2009, pp. 51-136; *Ibid.,* "Por una teoría general de los derechos sociales fundamentales que garantice su plena efectividad", *Derecho de las Relaciones Laborales,* núm. 8, 2017, pp. 698-762; *Ibid., La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2017, espec., pp. 54 y ss.

[169] Zagrebelsky, G.: *La Ley y su Justicia. Tres capítulos de justicia constitucional,* trad. A. Mora Cañada y M. Martínez Neira, Madrid, Ed. Trotta, 2014, p. 134.

[170] Zagrebelsky, G.: *La Ley y su Justicia,* cit., p. 303.

La consecuencia estructural es el *cambio de modelo de Derecho del Trabajo*: del Derecho del Trabajo garantista clásico (la constitución democrático-social y garantista del Trabajo) por el Derecho flexible del trabajo (la constitución flexible y neoliberal del trabajo). No es un programa a corto plazo sino con la pretensión de hacerlo estructural. Por el momento *se presentan* (sic.) como "nomas o legislación de excepción", pero lo que se discute es más amplio que la crisis, esto, el tipo de regulación jurídico-institucional de los "mercados de trabajo" y de las relaciones de trabajo que mejor se correspondan con las condiciones de la globalización de la economía mundial; y, en relación a ello, la pretensión de implantar un modelo de competitividad basado en la competitividad por los costes del trabajo y la precarización permanente como condición existencial de carácter estructural del trabajo profesional.

Las consecuencias políticas y sociales de un Derecho *"postsocial"* del Trabajo, al tiempo no serán otras que el generar una nueva cuestión social devenida en cuestión directamente política y orden político-social. Con la consiguiente desestabilización sociopolítica del orden del capitalismo tardío. La nueva cuestión social exigirá un replanteamiento del Derecho del Trabajo "invertido", porque entonces no podrá seguir cumpliendo su función de pacificación social, de integración del conflicto ("contención social"), y de racionalización jurídica (en términos de limitación y control de los expansivos intereses empresariales y de racionalización de la lógica individualista que informa la actuación de las fuerzas económicas de nuestro tiempo).

Interesa recordar, en este orden de ideas, que el capitalismo y la democracia con Estado Social han estado siempre en tensión y sometido a lógicas contradictorias.

Con todo, se deberá recordar que el Derecho -que ostenta un relativo ámbito de autonomía real y efectiva- no tiene una existencia aislada, interactúa con la economía y con la decisión política constituyente del orden en la comunidad política.

En este sentido, frente a este tipo de políticas sería posible articular una estrategia social y económica alternativa, orientada a *cambiar la dirección de las políticas laborales actuales.* El programa alternativo debe ser de viable realización, en atención a las posibilidades objetivas existentes y a la correlación de fuerzas políticas concurrentes en cada momento. La instrumentación técnica, y en particular, técnico-jurídica, de las medidas alternativas laborales y de política social será funcional a los objetivos de política pública perseguidos y previamente diseñados.

Es aquí donde el ordenamiento laboral puede desplegar eficazmente su capacidad *racionalizadora* del mercado y de las relaciones sociales de producción y asimismo su función integradora de la clase trabajadora en el sistema establecido. El problema estriba en precisar en la coyuntura actual cuáles son los criterios de gobernabilidad (las "reglas de juego") del sistema de relaciones laborales y de organización de la fuerza de trabajo en el mundo de las relaciones de producción. El Derecho del Trabajo, ha venido siendo la ordenación jurídica del trabajo asalariado, es decir, el intercambio de trabajo asalariado por cuenta ajena. Se trata de racionalizar el sistema económico y social. El Derecho del Trabajo actual redescubre su vocación original de instrumento de racionalización económica de las reglas de juego que gobiernan las relaciones profesionales. La reforma legislativa neoliberal de la ordenación jurídica e institucional del mercado de trabajo va más allá de una legislación de adaptación al nuevo marco económico. Pretende impulsar una transformación del modelo de relaciones laborales, con una orientación menos "garantista" y más liberal en la regulación de los procesos sociales. En la práctica las medidas flexibilizadoras aproximan la ordenación del trabajo al tratamiento del trabajo como una mercancía "ficticia" por el pensamiento económico (es el fenómeno de "remercantilización" a que se viene haciendo aquí referencia). Las políticas de flexibilidad es evidente que refuerzan la concepción patrimonial de la relación laboral,

al incidir en la consideración del trabajo como un bien negociable, una "mercancía" (por encima de que su "adquisición" y "uso" goce una intensa predeterminación normativa). Es curioso constatar que a pesar de las tendencias hacia la individualización, en la práctica dichas políticas realzar la condición de "mercancía" de la fuerza de trabajo y relegan su condición del trabajador en cuanto sujeto de derecho implicado en la relación jurídica de trabajo (y cuyos derechos como persona deben ser plenamente garantizados) (Se debe realzar la consideración del trabajador como sujeto de derecho pleno en la relación de trabajo como relación no exclusivamente patrimonial sino también presidida por la suprapatrimonialidad del hombre). En estas coordenadas de política del Derecho es necesario reafirmar el principio de "justicia social" según el cual el trabajo es una mercancía. Lo cual implica, de suyo y en coherencia, la elaboración de políticas sociolaborales de "desmercantilización" del trabajo. En esta dirección garantista -aun tratándose de una "Declaración", un "derecho blando"- la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa (Ginebra, 10 de junio de 2008)[171].

En el contexto actual, podría interrogarse sobre la posibilidad de establecer un modelo distinto o alternativo de política social y laboral, redescubriendo la función del Derecho social del trabajo.

Por lo pronto se debe reafirmar la idea de que no existe sólo una única política social posible, y viable económicamente. Frente a la orientación de las políticas conservadoras en la actualidad si no al imposible desmantelamiento absoluto del Estado social a corto y medio plazo, sí hacia la reorganización del mismo como mero Estado del Bienestar *residual o marginal* (otorgando un papel central al mercado como instancia de provisión del bienestar) se debe postular como propuesta y modelo alternativo de viable realización la construcción de un sistema de Estado del Bienestar *expansivo o democrático-social* ("institucional") que sitúe como objetivo preferente la igualdad y la solidaridad social y, en consecuencia, se redefina como la instancia principal de provisión del bienestar y, asimismo, establezca un marco de organización para las obras instancias de provisión (mercado, familia, sociedad civil).

En la perspectiva de los Textos Constitucionales deberá reforzarse la garantía constitucional de los derechos sociales, mediante su ubicación en la parte dogmática que garantice su máximo nivel de protección y garantías de tutela judicial evitando así la subordinación de los mismos a la constitución económica (libertades económicas de los empresarios; derechos de propiedad; competitividad de la economía). Especialmente deberían ser blindados derechos como la Seguridad Social, derecho a un trabajo decente o digno, derecho a la negociación colectiva (La libertad sindical y la huelga ya están incluidos en el capítulo 2º al menos en nuestra Carta Magna). Y suprimir la "regla de oro" impuesta por la Comisión Europea que subordina el gasto social al pago de la deuda y a los equilibrios financieros y pago de las deudas [Por ejemplo esto implicaría: reubicar sistemáticamente los derechos sociales para garantizarlos al máximo nivel. De este modo le asistiría el sistema de garantías del art. 53, apartados 1 y 2[172] , y no las más limitadas previstas en el apartado 3 del art. 53 de la CE.]. Esto es tanto más relevante cuando se constatan los propios límites que impone el tratamiento constitucional de los

[171] Monereo Pérez, J.L.: "Derecho al trabajo, derecho de trabajar y derecho a la libre elección del trabajo", y Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B. M.: "Derecho a unas condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.) *et al*: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, Granada, Ed. Comares, 2014, pp. 773 y ss., y 797 y ss., respectivamente.

[172] Conforme al art. 53 CE: "1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161.1.a). 2 Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera de Capítulo 2º ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30".

derechos sociales (vinculados al déficit de tutela derivado de la correlación de fuerzas en el proceso constituyente de la transición política) y la posición del Tribunal Constitucional que entiende que existe una amplia discrecionalidad en su desarrollo por el legislador infraconstitucional y que salvo reforma constitucional el modelo de garantía de los derechos sociales está ya clausurado. Es más: doctrina jurisprudencial última de nuestro Alto Tribunal se reforzado el criterio de que los derechos sociales -individuales y colectivos- son de estricta configuración legal y que dentro de ese amplio margen de discrecionalidad legislativa pueden verse limitados en su contenido esencial a través del nuevo canon interpretativo de la excepcionalidad planteada por la crisis económica y la interconexión funcional entre la libertad de empresa y fomento del empleo (Señaladamente, Auto del TC 43/2014, de 12 de febrero; SSTC 119/2014, de 16 de julio, y 8/2015, de 22 de enero).

Todo es "reversible" o hay "regresividad" de las garantías sociales en la práctica política (aunque se quiso garantizar la "irregresividad" en la postguerra y sutilmente se filtra en algunos instrumentos internacionales como los Pactos de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Carta Social Europea…). Pero también hay que decir que nada es históricamente definitivo: Hay que ser dialécticos, pues en un sistema democrático con Estado Social de Derecho se puede orientar una política del Derecho Constitucional y Legal distinta a la actual. Es un problema de decisión política y jurídica para diseñar un nuevo horizonte constitucional. Así, en el marco de lo que perfectamente podría ser un nuevo proceso constituyente (una reforma constitucional explícita y no una simple mutación tácita de los textos constitucionales como sucede actualmente, en parte) es posible llevar a cabo una reforma constitucional dirigida a reubicar selectivamente los derechos sociales del Cap. III, en la Sección 1ª del Cap. I del Título I de la Constitución, dotándolos de la máxima garantía constitucional. Justificándolo, en normas internacionales y europea, como por ejemplo la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE que considera como tales a los derechos sociales, si bien con ciertas limitaciones. Aunque es un problema de preferencia constitucional que exigiría justamente lo contrario de lo establecido en el reformado -en 2011[173]- y vigente art. 135 CE (la llamada "regla de oro" que garantiza el pago preferencial de la deuda y subordina el gasto social a los equilibrios macroeconómicos, es decir, a la Constitución económica; "regla de oro" que ha quedado en suspenso *de facto,* al menos durante la crisis provocada por la Pandemia y ahora recuperada, pero más "relejada" todavía con la repercusión económica y social de la guerra de Ucrania).

7. BIBLIOGRAFÍA

Alexy, R.: *Teoría de los derechos fundamentales,* trad. de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Alfonso Mellado, C., Jimena Quesada, L. y Salcedo Beltrán, C.: *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica,* Albacete, Bomarzo, , 2014.

Bauer, O.: *Capitalismo y socialismo en la postguerra. Racionalización-Falsa racionalización,* trad. A. Ramos Oliveira, revisión, edición y estudio preliminar, "La democracia en crisis entre las dos guerras mundiales y los desafíos del socialismo democrático: Otto Bauer y la experiencia de la República Austriaca" (pp. IX-XCV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2021.

Baylos Grau, A. y Castelli, N.: "Libertad sindical (Artículo 5 de la Carta Social Europea Revisada)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.) *et al*: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea,* Granada, Comares, 2017.

Beck, U.: *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad,* Barcelona, Paidós, 1998.

Beck, U.: *La sociedad del riesgo global,* Madrid, Siglo veintiuno de España editores, 2002.

[173] Art. 135 redactado por el artículo único de la Reforma de la Constitución Española de 27 de septiembre de 2011 («B.O.E.» 27 septiembre). Los límites de déficit estructural establecidos en el art. 135.2 de la CE entraron en vigor a partir de 2020, conforme establece la disposición adicional única de la citada Reforma.

Bockenforde, E.-W.: "Grundrechte ais Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik", en Bockenforde, E.-W.: *Staat, Verfassung, Demokraie,* Frankfurt a. M., Suhekamp Verlag, 1991.

Brecht-Heitzmann, H. y Sadat Khonsari, M.: "El cumplimiento de la Carta Social Europea por Alemania", *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo (ACDCT),* vol. IX, 2017.

De Schutter, O. (Coord.): *The European Social Charter: A Social Constitution for Europe/La Charte sociale européenne: Une constitution sociale pour L'Europe,* Bruylant, Bruxelles, 2010.

Ferrajoli, L.: *Derechos y garantías. La ley del más débil,* Madrid, Trotta, 1999.

Ferrajoli, L.: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho,* trad. J. C. Bayón, P. Andrés Ibañez, A. Ruiz Miguel, L. Prieto Sanchís, Trotta, Madrid, 2ª ed., 2016.

García González, G.: "La recepción de la Carta Social Europea en el ordenamiento español: aspectos jurídicos, políticos e institucionales (1978-2018)", *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social,* núm. 137, 2018.

Jimena Quesada, L.: *La Europa Social y Democrática de Derecho,* Madrid, Dykinson, 1997.

Jimena Quesada, L.: "La ejecución de las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales: enfoque comparado con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en Jimena Quesada. L. y Terol Becerra, M. J. (Dirs.) *et al*: *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

Jimena Quesada, L. y Salcedo Beltrán, C.: "Desafíos para la protección de los derechos sociales en Europa: la Carta Social Europea", *Revista de Administración Pública,* vol. 47, 2016.

Jimena Quesada, L.: "Retrospectiva del proceso de Turín: origen y trabajos preparatorios de la Carta Social Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social,* núm. 137, 2018.

Jimena Quesada, L.: "La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales (Comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre), *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* núm. 53, 2019.

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,* núm. 460, 2021.

Kelsen, H.: *Principios de Derecho Internacional Público,* trad. Hugo Caminos y Ernesto C.Hermida, revisión, edición y estudio preliminar, "Soberanía y Derecho Internacional en Hans Kelsen: Mito y Realidad" (pp. IX-LVII), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2013.

López Guerra, L.: "La protección de derechos económicos y sociales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos", en Terol Becerra, M. y Jimena Quesada, L. (Dirs.): *Tratado sobre protección de derechos sociales,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

Menger, A.: *El derecho civil y los pobres,* edición y estudio preliminar a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 1998.

Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.) *et al*: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Granada, Comares, 2012.

Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.) *et al*: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de los derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, Granada, Comares, 2014.

Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.) *et al*: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017. (Es el estudio más completo del sistema de derechos sociales en su conjunto de la Carta Social Europea Revisada).

Monereo Pérez, J.L.: "Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores. Caracterización técnica y significación jurídica y política ante el Tratado de la Unión Europea", *Civitas. Revista de Derecho del Trabajo,* núm. 55, 1992, y núm. 56, 1993.

Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES, 1996.

Monereo Pérez, J.L.: «La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de «desmercantilización»», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 19, 1995.

Monereo Pérez, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo,* Albacete, Bomarzo, 2009.

Monereo Pérez, J.L.: *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009.

Monereo Pérez, J.L.: "Derechos sociales y Estado democrático social en Antón Menger", estudio preliminar a Menger, A., *El derecho al producto íntegro del trabajo & El Estado Democrático del Trabajo (El Estado Socialista)*, edición de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2004.

Monereo Pérez, J.L.: "Los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* núm. 45, 2017.

Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Bomarzo, 2017.

Monereo Pérez, J.L.: *La dignidad de la persona del trabajador. La dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales,* Murcia, Laborum, 2019.

Monereo Pérez, J.L.: "Por un nuevo pacto social garantista de los derechos fundamentales para afrontar la crisis y la recuperación", *Revista de Estudios Jurídicos y de Seguridad Social,* núm. 1, 2020: Monográfico sobre la COVID-19, Estudios doctrinales, 2020.

Monereo Pérez, J.L.: *Pilar europeo de derechos sociales y sistemas de seguridad social*, en *Lex Social*, vol. 8, núm. 2, 2018.

Monereo Pérez, J.L.: *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2020.

Monereo Pérez, J.L.: *La garantía de los derechos de seguridad social en la Carta Social Europea en tiempos de crisis,* Murcia, Laborum, 2021.

Monereo Pérez, J.L.: *Democracia pluralista y Derecho social. La teoría crítica de Georges Gurvitch,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021.

Monereo Pérez, J.L., y Tomás Jiménez, N.: "Derecho de huelga (Artículo 6 de la Carta Social Europea Revisada)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.) *et al*: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea Revisada,* Granada, Comares, 2017.

Monereo Pérez, J.L., Rivas Vallejo, P., Moreno Vida, M. N., Vila Tierno, F., Álvarez Cortés, J. C. (Dirs.), Fernández Rámirez, M. Y Pedrosa Ramírez, S. I. (Coords) et al: *Salud y Asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19*, Tomos I y II,.), Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

Monereo Pérez, J.L., Vila Tierno, F., Esposito, M. y Perán Quesada, S. (Dirs.) *et altri*: *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el Derecho del Trabajo del siglo XXI*, Granada, Comares, 2021.

Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Escanciano, S., Rodríguez Iniesta, G. (Dirs.) y Ortiz Castillo, F. (Coord.): *La reforma laboral de 2021: Estudio técnico de su régimen jurídico*, Murcia, Laborum, 2022.

Organización Internacional Del Trabajo (Oit): *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, OIT, 10 de junio de 2008.

Organización Internacional Del Trabajo (Oit): *Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019. La protección social universal para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible,* Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2017.

Radbruch, G.: *El Hombre en el Derecho. Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del Derecho,* trad. A. del Campo, revisión, edición y estudio preliminar a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2020.

Ramos Quintana, M.: "La ratificación por España de la Carta Social Europea (revisada): su relevancia ante la inminente reforma laboral", *Trabajo y Derecho,* núm. 81, 2021.

Salcedo Beltrán, C.: "Retos y compromisos internacionales para la consolidación del estado social y democrático de derecho en España", *Lex Social: Revista de los derechos sociales,* vol. 9, núm. 1, 2009, 2009.

Salcedo Beltrán, C.: "La protección de los derechos sociales a escala europea: de la confrontación "presente" a la ineludible integración 'futura'", *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social,* núm. 137, 2018.

Salcedo Beltrán, C.:"Sinergias entre la OIT y los instrumentos internacionales de protección de los derechos sociales: estado actual y perspectivas", *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF,* núm. 434, 2019.

Salcedo Beltrán, C.: "Conclusiones XXI-3 (2018) del Comité Europeo de Derechos Sociales: evidencias de la «indiferencia» y «resistencia» a la Carta Social Europea", *Derecho de las Relaciones Laborales,* núm. 5, 2019.

Salcedo Beltrán, C.: "El procedimiento de reclamaciones colectivas: paradigma del constitucionalismo y la justicia social (*nullum ius sine actione*)", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 57, 2020.

Salcedo Beltrán, C.: "Le rôle des juges nationaux dans l'application de la Charte Sociale Européenne en Espagne. Europe des Droits & Libertés/Europe of Rights & Liberties", núm. 1, 2020.

Salcedo Beltrán, C.: "La autorización de la firma del protocolo de reclamaciones colectivas: un premio para los derechos sociales, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* núm. 58, 2020.

Salcedo Beltrán, C.: "La autorización de la firma del Protocolo de Reclamaciones Colectivas: un premio para los derechos sociales", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* núm. 58, 2021.

Salcedo Beltrán, C.: "La Carta Social Europea. *Unde venis et quo vadis?",* en Salcedo Beltrán, C. (Dir.) *et altri: La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021.

Salcedo Beltrán, C. (Dir.) *et al*: *La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria,* Valencia, Tirant Lo Blanch (Con aportaciones de J. Barceló Fernández, G. García González, J. I. García Ninet, L. Jimena Quesada, J. Malinowski, C. Molina Navarrete, J. L. Monereo Pérez, C. Salcedo Beltrán, F. M. Silva Ardanuy y F. Valdés Dal-Ré), 2021.

Salcedo Beltrán, C.: "Conclusiones 2021 del comité europeo de derechos sociales: más utopia que realidad en los derechos relativos a la salud, la seguridad social y la protección social", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 57, 2022.

Stangos, P.: "Sinergias entre la Unión Europea y la Carta Social Europea, en la hora del Pilar Europeo de Derechos Sociales", *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social,* núm. 137, 2018.

Valdés Dal-Ré, F.: *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras,* Albacete, Bomarzo, 2016.

Valdés Dal-Ré, F.: "Control de convencionalidad y Carta Social Europea", en Salcedo Beltrán, C. (Dir.) *et altri*: *La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social Europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria,* Barcelona, Tirant lo Blanch, 2021.

Vida Soria, J.: "Presentación" al libro Lezertua, M. y Vida Soria, J. (Ed.) *et altri: La Carta Social Europea en la perspectiva de la Europa del año 2000. Coloquio conmemorativo del XXV Aniversario de la "Carta Social Europea",* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.

Vida Soria, J.: "El derecho social y la política de protección social del Consejo de Europa", Estudio preliminar de la obra *Convenios, resoluciones y recomendaciones del Consejo de Europa en materia social,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992.

Crónica Legislativa, Doctrina judicial y Noticias bibliográficas

María Nieves Moreno Vida
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
Miembro del Consejo Económico y Social de Andalucía
https://orcid.org/0000-0002-0600-8332

Laborum

nº 4 (3er Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

1. CRÓNICA LEGISLATIVA LABORAL Y OTRAS MATERIAS CONEXAS

1.1. NORMAS INTERNACIONALES

OIT. -Trabajo decente. - Resolución relativa al trabajo decente y la economía social y solidaria (ESS), 10 de junio de 2022.

La Conferencia Internacional del Trabajo, en su 110.ª reunión, 2022, adopta esta "Resolución relativa al trabajo decente y la economía social y solidaria (10 de junio de 2022)".

La resolución ofrece una definición de ESS clara y completa, basada en un conjunto de valores y principios. Se trata de la primera definición tripartita de la economía social y solidaria a nivel internacional.

-Definición de la economía social y solidaria (Parte II):

La ESS engloba a empresas, organizaciones y otras entidades que realizan actividades económicas, sociales y medioambientales de interés colectivo o general, que se basan en los principios de la cooperación voluntaria y la ayuda mutua, la gobernanza democrática o participativa, la autonomía y la independencia, y la primacía de las personas y el fin social sobre el capital en la distribución y el uso de los excedentes o los beneficios, así como de los activos.

Las entidades de la ESS aspiran a la viabilidad y la sostenibilidad a largo plazo y a la transición de la economía informal a la economía formal, y operan en todos los sectores de la economía.

Ponen en práctica un conjunto de valores que son intrínsecos a su funcionamiento y acordes con el cuidado de las personas y el planeta, la igualdad y la equidad, la interdependencia, la autogobernanza, la transparencia y la rendición de cuentas, y el logro del trabajo decente y de medios de vida dignos. En función de las circunstancias nacionales, la ESS comprende cooperativas, asociaciones, mutuales, fundaciones, empresas sociales, grupos de autoayuda y otras entidades que operan según sus valores y principios.

-Principios rectores para afrontar los retos y aprovechar las oportunidades (Parte III):

a) tomar en consideración la contribución de la ESS a la consecución del trabajo decente, la economía inclusiva y sostenible, la justicia social, el desarrollo sostenible y la mejora de los niveles de vida para todos;

b) reconocer la función que las entidades de la ESS pueden desempeñar como uno de los actores que pueden contribuir al sentido que se da al trabajo en un momento en que las personas aspiran a un trabajo decente;

c) respetar, promover y hacer realidad los principios y derechos fundamentales en el trabajo, otros derechos humanos y las normas internacionales del trabajo pertinentes;

d) valorar el arraigo local de la ESS y su contribución a la aplicación de soluciones tanto ya establecidas como innovadoras para brindar oportunidades de trabajo decente, y responder a las

necesidades de los grupos desfavorecidos y las personas en situación de vulnerabilidad, en particular las mujeres, inclusive en las zonas rurales;

e) adoptar un enfoque inclusivo, integrado y con perspectiva de género para promover la ESS, reconociendo el valor del trabajo del cuidado y del trabajo no remunerado;

f) considerar la necesidad de prestar especial atención a la participación de los trabajadores y las entidades económicas de la ESS en la elaboración, la aplicación y el seguimiento de las estrategias y las medidas destinadas a abordar las causas fundamentales de la informalidad y facilitar la transición de la economía informal a la economía formal y el logro del trabajo decente;

g) tomar en consideración la contribución que aportan las empresas sostenibles al trabajo decente;

h) reconocer y promover la complementariedad entre las entidades de la ESS y otras empresas;

i) reconocer y apoyar la contribución de la ESS a una transición digital justa;

j) considerar la contribución que aporta la ESS al respeto de la dignidad humana, al desarrollo comunitario y al fomento de la diversidad y la solidaridad, y

k) evaluar la capacidad de la ESS para resistir a las crisis y preservar los puestos de trabajo, inclusive en las pequeñas y medianas empresas, en particular en algunos casos de reestructuración empresarial mediante la transferencia de propiedad a los trabajadores.

-Sin embargo, se plantean varios retos que los Miembros deben considerar:

a) los retos particulares que afrontan las entidades de la ESS, además de las dificultades que tienen en común con numerosas microempresas y pequeñas y medianas empresas, entre otros, un entorno desfavorable para las entidades de la ESS, las políticas que agravan la informalidad, la inseguridad jurídica, el acceso insuficiente a la financiación, la competencia y las prácticas comerciales desleales;

b) la facilitación de un mejor acceso de las entidades de la ESS a servicios financieros;

c) el fomento de la contribución de las entidades de la ESS y de las empresas sostenibles a una transición justa hacia economías y sociedades medioambientalmente sostenibles para todos;

d) el reconocimiento y apoyo a la función de la ESS para mejorar la productividad, al posibilitar la organización horizontal, vertical y transversal de las entidades de la ESS, aprovechar la complementariedad y las posibles sinergias con otras empresas, e invertir en el desarrollo de competencias y el aprendizaje permanente;

e) la necesidad de velar por que las entidades y los trabajadores de la ESS gocen de la libertad de asociación y la libertad sindical y del reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;

f) la necesidad de fomentar las posibilidades que ofrece la ESS para promover la inclusión social, especialmente de las mujeres, los jóvenes y los grupos desfavorecidos, como los desempleados, las personas con discapacidad, los trabajadores migrantes y los pueblos indígenas, y

g) la importancia de luchar contra las seudoentidades de la ESS y de impedir que incumplan la legislación laboral y de otro tipo y vulneren los derechos de los trabajadores.

-La función de los Gobiernos y de los interlocutores sociales (Parte IV):

Los Miembros tienen la obligación de respetar, promover y hacer realidad los principios y derechos fundamentales en el trabajo, otros derechos humanos y las normas internacionales del trabajo pertinentes, inclusive en todos los tipos de entidades de la ESS.

Los Miembros, con el apoyo de la Oficina Internacional del Trabajo, deberían, entre otros aspectos: establecer un entorno propicio que sea compatible con la naturaleza y la diversidad de las entidades de la ESS para promover el trabajo decente y aprovechar plenamente las posibilidades que ofrecen estas entidades; asegurar condiciones equitativas; promulgar políticas que fomenten la creación de empleos de calidad para todos, también en la ESS; integrar la ESS en las estrategias nacionales de desarrollo, recuperación y empleo; reconocer la función de la ESS en la transición de la economía informal a la economía formal; fomentar la contribución de la ESS al trabajo decente en las cadenas de suministro nacionales y mundiales, inclusive a través del desarrollo del comercio justo, equitativo y sostenible.

Las organizaciones de empleadores podrían considerar, cuando proceda, la posibilidad de ampliar la afiliación a las entidades de la ESS que así lo deseen y proporcionarles servicios de apoyo adecuados; facilitar el acceso de las entidades de la ESS a las redes empresariales y socios comerciales; y facilitar su acceso a los mercados internacionales y a la financiación institucional.

-La función de la Oficina Internacional del Trabajo (Parte V):

La Oficina debería promover el establecimiento y el desarrollo de entidades de la ESS sólidas y resilientes, teniendo en cuenta las diversas realidades y necesidades de los Miembros, así como los distintos grados de desarrollo de la ESS, y las normas internacionales del trabajo pertinentes.

1.2. MEDIDAS DE SEGURIDAD SOCIAL Y PROTECCIÓN SOCIAL FRENTE A LA CRISIS SANITARIA, ECONÓMICA Y SOCIAL Y OTRAS MEDIDAS DE SEGURIDAD SOCIAL

-Real Decreto-ley 18/2022, de 18 de octubre, por el que se aprueban medidas de refuerzo de la protección de los consumidores de energía y de contribución a la reducción del consumo de gas natural en aplicación del «Plan + seguridad para tu energía (+SE)», así como medidas en materia de retribuciones del personal al servicio del sector público y de protección de las personas trabajadoras agrarias eventuales afectadas por la sequía (BOE 19-10-2022)

Como respuesta a la situación actual derivada de la guerra de Ucrania y de la crisis energética, el Consejo de Ministros adoptó el pasado 11 de octubre el Plan Más Seguridad Energética (Plan +SE), que contiene setenta y tres medidas agrupadas en torno a seis objetivos: ahorro y eficiencia; transformación del sistema energético; ampliación de la protección a los ciudadanos, especialmente los vulnerables; medidas fiscales; transformación de la industria gracias a las energías renovables o el hidrógeno, y solidaridad con el resto de los países europeos. Mediante este real decreto-ley se adoptan dieciocho de las medidas del Plan +SE, particularmente aquellas de carácter normativo cuyos efectos en el corto plazo contribuirán a mitigar los efectos de la crisis energética sobre ciudadanos y empresas y acelerar la transición energética: Medidas en materia de refuerzo de la protección a los consumidores de gas natural y electricidad (Cap.I); medidas en materia de fomento de gases

renovables y digitalización (cap. II); impulso al autoconsumo (cap. III); modificaciones en acceso y conexión para inyección rápida de energía en la red (cap. IV); simplificación administrativa para la construcción de instalaciones de pequeña potencia (cap. V); ahorro y eficiencia energética en alumbrado exterior (cap. VI); medidas fiscales (cap. VII); y medidas en materia de retribuciones del personal al servicio del sector público y de protección de las personas trabajadoras agrarias eventuales afectadas por la sequía (cap. VIII).

Pero además, se plantean otras dos medidas importantes:

1) Se aborda un incremento adicional en las retribuciones de las empleadas y empleados públicos, con la finalidad de paliar los efectos en el poder de compra ocasionados por la inflación en este mismo ejercicio presupuestario:

-Se aprueba una subida adicional del 1,5% de las retribuciones del personal al servicio del sector público con el fin de compensar los efectos de la inflación.

-Para el año 2022 el incremento salarial de las empleadas y empleados públicos será de un máximo del 3,5% con carácter consolidable, con efectos desde el 1 de enero de 2022.

-La diferencia resultante entre el incremento salarial aprobado y el que ya se había realizado con la entrada en vigor de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, del 2%, se materializará a partir del mes de noviembre, abonándose como atrasos el incremento correspondiente a los meses de enero a octubre de este año.

-Se establecen igualmente reglas específicas para que las Comunidades Autónomas y Entidades Locales puedan materializar el pago antes del 31 de diciembre de 2022 y, en todo caso, con anterioridad al 31 de marzo de 2023, así como para adoptar las actuaciones presupuestarias que deban realizar las entidades locales a fin de poder aplicar el incremento retributivo, estableciendo en su caso reglas concretas para permitir la incorporación a los correspondientes créditos de los presupuestos de gastos del ejercicio inmediato siguiente, y ejecutar el pago antes de 31 de marzo de 2023.

Cada Administración deberá, en su respectivo ámbito, actualizar las cantidades en aquellos casos en que las retribuciones previstas en los capítulos I y II del título III de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, y preceptos concordantes, no vengan referidas al porcentaje de incremento previsto por el artículo 19.Dos, de conformidad con el incremento aprobado, y para dictar las instrucciones que sean precisas para hacer efectivo el abono de las cuantías correspondientes.

2) Por otra parte se adoptan medidas de protección de las personas trabajadoras agrarias, para hacer frente a sus posibilidades de empleo como consecuencia de la situación climática en las demarcaciones del Guadalquivir y del Guadiana, que hace muy probable un descenso de la producción de la práctica totalidad de los grupos de cultivos analizados, especialmente en el olivar, cultivo que demanda una gran cantidad de mano de obra.

Con carácter previo, el Real Decreto Ley 4/2022, de 15 de marzo, con importantes medidas urgentes de apoyo al sector agrario por la sequía, ya recogía, en materia laboral, la reducción de 35 a 20 del número mínimo de jornadas reales cotizadas para acceder al subsidio por desempleo o a la renta agraria hasta el 31 de diciembre de 2022. La posterior evolución negativa de las precipitaciones ha empeorado las perspectivas en cuanto a previsión de producciones.

-Por ello se reduce el número de jornadas de 35 a 10 para que las personas trabajadoras agrarias eventuales, en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura, puedan acogerse al subsidio de desempleo y la renta agraria, dada la afección de esta situación a sus posibilidades de empleo.

-Esta reducción del número de jornadas reales cotizadas se aplicará desde el 1 de noviembre de 2022 hasta el 30 de junio 2023.

1.3. NORMAS LABORALES

-Personas trabajadoras al servicio del hogar. - Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar (BOE 8-9-2022).

Resolución de 29 de septiembre de 2022, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar (BOE 5-10-2022).

El Real Decreto-ley 16/2022 tiene como objetivo equiparar las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras del hogar familiar a las del resto de personas trabajadoras por cuenta ajena.

Se incorporan importantes novedades, entre las que destaca:

1. Se garantiza la protección de la seguridad y salud de las personas al servicio del hogar familiar equivalente a la de cualquier otra persona trabajadora, esencial no solo para asegurar la equiparación de condiciones que exige la normativa antidiscriminatoria de la Unión Europea y el Convenio 189 de la OIT, sino también para garantizar el derecho constitucional a la salud que corresponde a todas las personas.

2. Se recoge el derecho a la protección por desempleo; de forma que será obligatorio cotizar por desempleo a partir del 1 de octubre, si bien se prevén bonificaciones para los empleadores de un 80% en las en las aportaciones empresariales a la cotización por desempleo y al FOGASA en este Sistema Especial.

3. Se elimina la figura del desistimiento como causa de extinción de este contrato de trabajo, al tiempo que e incorpora nuevas causas que se ajustan al ámbito de aplicación de esta relación laboral de carácter especial.

El objetivo de este RD-ley es equiparar las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras del hogar familiar a las del resto de personas trabajadoras por cuenta ajena, descartando aquellas diferencias que no solo no responden a razones justificadas, sino que además sitúan a este colectivo de personas trabajadoras en una situación de desventaja particular y que, por tanto, pueden resultar discriminatorias.

Este objetivo fue formulado ya hace más de diez años en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, en el ámbito de la Seguridad Social, y en el RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. La reforma responde también a lo establecido

en la STJUE, de 24 de febrero de 2022, asunto C 389/20; en el Convenio número 189 de la OIT, sobre condiciones relativas al trabajo decente para los trabajadores domésticos de 2011, ratificado por España; y en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

La regulación establecida en este real decreto-ley es la siguiente:

1) En materia de prevención de riesgos laborales, el artículo primero de este RD-ley elimina el apartado 4 del artículo 3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, y añade una disposición adicional decimoctava, a fin de garantizar, a través del correspondiente desarrollo reglamentario, un nivel de protección de la seguridad y salud de las personas al servicio del hogar familiar equivalente a la de cualquier otra persona trabajadora.

2) El artículo segundo, relativo a la modificación del artículo 33.2 ET tiene como objetivo proporcionar cobertura de garantía salarial al colectivo de personas trabajadoras al servicio del hogar, incluyéndolas en su ámbito subjetivo.

3) El artículo tercero establece las modificaciones normativas necesarias para que se establezca la equiparación en el ámbito de la Seguridad Social entre personas trabajadoras del hogar y el resto de las personas trabajadoras por cuenta ajena. No se alteran los aspectos contenidos en el RD-ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social, que no establecen tratamientos diferenciales injustificados y menos favorables sino meros ajustes fundamentalmente formales y de gestión, justificados por el carácter no empresarial de la persona empleadora y por las especiales características de la prestación de servicios en este sector de actividad. Sin embargo, sí que se modifican aquellos preceptos de la normativa de Seguridad Social que sitúan a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores y no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

-Se modifica el artículo 251 –suprimiendo su letra d)– LGSS, a efectos de que no quede excluida de la acción protectora del Sistema Especial para Empleados de Hogar la correspondiente a desempleo. Una vez eliminado este apartado, la prestación por desempleo formará parte de la acción protectora del sistema especial de empleados y empleadas de hogar y, por lo tanto, será obligatoria la cotización por desempleo.

La forma de realizar esa cotización –reducida– durante el año 2022 se especifica en la disposición transitoria segunda del real decreto-ley, sin perjuicio de que la cotización, a partir de enero de 2023, haya de hacerse en los términos establecidos en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

-Se modifica, asimismo, el artículo 267 LGSS a fin de que conste como situación legal de desempleo la extinción por causa justificada contemplada en el nuevo artículo 11.2 del RD 1620/2011, de 14 de noviembre, y a tal efecto se incorpora un nuevo apartado 8.º al artículo 267.1.a).

-Por último, se actualiza el contenido de la disposición transitoria decimosexta LGSS, relativa a las bases y tipos de cotización y acción protectora en el Sistema Especial para Empleados de Hogar incluyendo la escala de retribuciones y bases aplicable durante el año 2023 para la cotización a la Seguridad Social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar.

-Por su parte, la disposición adicional primera recoge los beneficios en la cotización aplicables en el Sistema Especial para Empleados de Hogar, incluyendo una modulación de aquellos en función

de las condiciones de renta y patrimonio y las necesidades de cuidado de las familias. Y la disposición adicional segunda establece las previsiones necesarias para la asunción por las personas empleadoras de las obligaciones en materia de cotización con relación a las personas empleadas del hogar que presten sus servicios durante menos de sesenta horas mensuales.

4) El artículo cuarto establece modificaciones en el RD 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, a través de las que se reconoce, por un lado, la obligación de cotización de las personas empleadoras del servicio doméstico y, por otra, proporciona una cobertura indemnizatoria a las personas trabajadoras del servicio doméstico en los casos de insolvencia o concurso de las empleadoras.

5) El artículo quinto opera, por su parte, las modificaciones necesarias en el Real

Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, para que se eliminen las diferencias injustificadas en las condiciones de trabajo de las personas incluidas en la relación laboral especial del servicio del hogar familiar con relación al resto de personas trabajadoras por cuenta ajena.

-Se modifica el artículo 3.b) del RD 1620/2011, de 14 de noviembre, a fin de que resulte aplicable a las personas trabajadoras de la relación laboral especial del servicio del hogar familiar lo establecido en el artículo 33 ET con relación a la intervención del Fondo de Garantía Salarial, al considerarse que la exclusión de la cobertura dispensada por el Fondo de Garantía Salarial es una diferencia de trato injustificada, dado que en la actualidad es posible la declaración de insolvencia de las unidades familiares por la ley de segunda oportunidad (Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social) y porque además dicha cobertura se prevé en el Convenio 189 de la OIT.

-Se modifica también el artículo 5.1. 2 y 4 del RD 1620/2011, de 14 de noviembre, referido a la forma del contrato de trabajo. Así se establece en el nuevo apartado 2 que la presunción del carácter indefinido de la relación laboral se producirá cuando el contrato no se realice por escrito, cualquiera que sea la duración del mismo.

Con esta modificación el RD 1620/2011, de 14 de noviembre, se acomoda a la regulación de las presunciones sobre el carácter indefinido de las relaciones laborales establecidas en el RD-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral y se garantiza que la persona trabajadora reciba información acerca de las condiciones de trabajo esenciales de su contrato sea cual sea la duración del mismo, tal y como establece la Directiva (UE) 2019/1152.

-Por último, se modifica el artículo 11 del RD 1620/2011, de 14 de noviembre, en el que se regulan las peculiaridades extintivas de las relaciones laborales en el hogar familiar, eliminando la mayoría de las diferencias que existían con anterioridad y que hacían que la protección frente al despido sin causa fuera muy inferior a la establecida para el resto de las personas trabajadoras por cuenta ajena.

Se modifica el artículo 11 para que la extinción, sin perjuicio de las causas comunes previstas en el ET, solo pueda producirse por causa justificada en atención a las particularidades de la relación laboral en el hogar.

Se recogen como causas que pueden justificar la extinción y sujetas al régimen jurídico previsto en el citado precepto:

*la disminución de los ingresos de la unidad familiar o incremento de su gastos por circunstancia sobrevenida, como por ejemplo la pérdida del trabajo o la declaración de incapacidad para el trabajo de la persona empleadora;

*la modificación sustancial de las necesidades de la unidad familiar que justifican que se prescinda de la persona trabajadora del hogar, como podrían ser, entre otras, la asunción de las citadas tareas por entidad pública o el cambio en las necesidades de cuidado de algún miembro de la unidad familiar;

*así como el comportamiento de la persona trabajadora que fundamenta de manera razonable y proporcionada la pérdida de confianza de la persona empleadora.

6) El artículo sexto introduce las modificaciones reglamentarias oportunas en el apartado 2 del artículo 43 del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de personas trabajadoras en la Seguridad Social, a fin de suprimir, con respecto a las personas trabajadoras incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar establecido en el Régimen General de la Seguridad Social que presten sus servicios durante menos de sesenta horas mensuales por empleador, la posibilidad de que aquellos soliciten directamente su afiliación, altas, bajas y variaciones de datos cuando así lo acuerden con los empleadores.

1.4. EMPLEO Y FORMACIÓN

-Orden EFP/942/2022, de 23 de septiembre, por la que se regula la oferta formativa del sistema de Formación profesional en el ámbito laboral asociada al Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales efectuada por las administraciones competentes, se establecen bases reguladoras, así como las condiciones para su financiación (BOE 5-10-2022)

1.5. IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN

-Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE 13-7-2022).

Esta ley tiene la vocación de convertirse en el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español y, al mismo tiempo, albergue sus garantías básicas. Es, sobre todo, de derecho antidiscriminatorio específico.

Entre sus propósitos está el de trasponer de manera más adecuada los objetivos y fines de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, lo que solo se hizo parcialmente en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

En primer lugar, es una ley de garantías que no pretende tanto reconocer nuevos derechos como garantizar los que ya existen. En este sentido, desarrolla el artículo 14 de la Constitución incorporando la amplia jurisprudencia constitucional al respecto.

En segundo lugar, se trata de una ley general, frente a las leyes sectoriales, que opera a modo de legislación general de protección ante cualquier discriminación.

Por último, la ley se caracteriza por ser integral respecto de los motivos de discriminación, tal y como se refleja en su Título Preliminar, que establece los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación.

-Por lo que respecta al ámbito subjetivo, toma como referencia el artículo 14 de la Constitución y, junto a los seis motivos de discriminación recogidos en la normativa comunitaria (sexo, origen racial o étnico, discapacidad, edad, religión o creencias y orientación sexual), incorpora expresamente los de enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, identidad sexual, expresión de género, lengua y situación socioeconómica, por su especial relevancia social y mantiene la cláusula abierta que cierra el mencionado artículo.

-Este carácter integral se manifiesta también en los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social a los que se aplica la ley; a saber, el empleo, el trabajo, la educación, la sanidad, servicios sociales, el acceso a bienes y servicios, incluida la vivienda, la participación social o política y la publicidad y medios de comunicación, estableciendo un conjunto de obligaciones que vinculan incondicionadamente a todas las administraciones públicas y en la forma que la propia Ley establece en el caso de las relaciones entre particulares.

1) El Título I de la ley contiene una parte básica de definiciones acordes con los avances doctrinales y jurisprudenciales en la materia. Destaca la definición y regulación de la discriminación múltiple e interseccional y de las medidas de acción positiva adecuadas a este tipo específico de discriminación.

2) El Título II fija as garantías del derecho a la igualdad de trato y no discriminación definiendo qué medidas de protección comprende, ofreciendo como pretensiones posibles de la acción, la declaración de nulidad, cese, reparación, prevención, indemnización de daños materiales y morales, en este último caso, en línea con la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo y Constitucional, así como disposiciones relativas a la tutela judicial y actuación administrativa contra la discriminación. También se regulan las reglas de la carga de la prueba, de especial importancia en este campo, por la dificultad de su obtención.

3) El Título III de la ley regula una de sus principales novedades, la relativa a la tutela institucional, y más concretamente, la creación de la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, un organismo independiente, unipersonal, basado fundamentalmente en la *auctoritas* de su titular, que ofrezca protección frente a la discriminación y promueva el cumplimiento del derecho antidiscriminatorio.

4) El Título IV de la ley recoge el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato y no discriminación, una exigencia de la trasposición de las directivas antidiscriminatorias que actualmente solo existe en determinados ámbitos como el laboral y en relación con la discapacidad, y cuya existencia fortalecerá las funciones de mediación o conciliación de la Autoridad Independiente.

5) El Título V de la ley incluye los preceptos dedicados a la información, atención integral y apoyo a las víctimas de discriminación e intolerancia, incluyendo el asesoramiento y la asistencia, en especial la sanitaria, y las medidas sociales tendentes a facilitar su recuperación integral y atendiendo específicamente los casos en los que se hayan empleado las redes sociales o las nuevas tecnologías para realizar las agresiones.

6) Por último, la norma se cierra con una serie de disposiciones adicionales que recogen, entre otras, los plazos para la constitución de la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación y para la restructuración administrativa derivada de la constitución de la misma, así como la asistencia jurídica a la Autoridad y su designación.

Por lo que se refiere, más concretamente, al ámbito social:

-El artículo 9 se refiere al derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena.

Se especifica que no podrán establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones por razón de las causas previstas en esta ley para el acceso al empleo por cuenta ajena, público o privado, incluidos los criterios de selección, en la formación para el empleo, en la promoción profesional, en la retribución, en la jornada y demás condiciones de trabajo, así como en la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo.

Los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación o entidades autorizadas, así como la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (y los organismos competentes del Ministerio de Defensa en los centros de trabajo y establecimientos militares) deberán velar específicamente por el respeto del derecho a la igualdad de trato y no discriminación indirecta en el acceso al empleo.

Se deberá favorecer la aplicación de medidas como el currículo de vida anónimo.

El empleador no podrá preguntar sobre las condiciones de salud del aspirante al puesto.

Por vía reglamentaria, se podrá exigir a los empleadores cuyas empresas tengan más de 250 trabajadores, que publiquen la información salarial necesaria para analizar los factores de las diferencias salariales.

-El artículo 10 se refiere a la negociación colectiva, recogiendo la prohibición de limitaciones, segregaciones o exclusiones que supongan discriminaciones y la posibilidad de establecer medidas de acción positiva para prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo por las causas previstas en esta ley.

-El artículo 11 se refiere al derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el trabajo por cuenta propia, que será igualmente de aplicación a los pactos establecidos individualmente entre el trabajador autónomo y el cliente para el que desarrolle su actividad profesional, así como a los acuerdos de interés profesional concertados entre las asociaciones o sindicatos que representen a los trabajadores autónomos económicamente dependientes y las empresas para las que ejecuten su actividad. Estos acuerdos de interés profesional podrán establecer medidas de acción positiva para prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación por las causas previstas en esta ley en el ámbito del trabajo por cuenta propia.

-El artículo 12 regula el derecho a la igualdad de trato, a la no discriminación e intolerancia en organizaciones políticas, sindicales, empresariales, profesionales y de interés social o económico.

Las organizaciones políticas, sindicales y empresariales, las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, los colegios profesionales y cualquier otra organización de interés social o económico cuyos miembros ejerzan una profesión concreta o que se constituya para la defensa de los intereses de un colectivo profesional, estarán obligadas a respetar el derecho a la igualdad de trato y no discriminación por las causas descritas en el apartado 1 del artículo 2 de esta ley en la adhesión, inscripción o afiliación, su estructura orgánica y funcionamiento, la participación y el disfrute de cualquiera de las ventajas que ofrezcan a sus miembros, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 4 de esta ley.

-El artículo 33 se refiere a la promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación y a las medidas de acción positiva.

Las medidas de acción positiva serán adoptadas por los poderes públicos con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional a la igualdad.

Las empresas podrán asumir la realización de acciones de responsabilidad social consistentes en medidas económicas, comerciales, laborales, asistenciales o de otra naturaleza, destinadas a promover condiciones de igualdad de trato y no discriminación en el seno de las empresas o en su entorno social. En todo caso, se informará a los representantes de los trabajadores de las acciones adoptadas. La realización de estas acciones podrá ser concertada con la representación de los trabajadores, así como con las organizaciones cuyo fin primordial sea la defensa y promoción de la igualdad de trato y no discriminación y los organismos de igualdad de trato.

- La disposición adicional quinta establece las organizaciones empresariales y sindicales más representativas elaborarán un informe con carácter anual sobre el cumplimento de las disposiciones previstas en los artículos 9, 10 y 11 de la Ley integral para la igualdad de trato y no discriminación.

-A través de sus disposiciones finales la Ley 15/2022 introduce modificaciones para trasladar sus previsiones al ordenamiento jurídico vigente, afectando a:

*la Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico,

*la Ley de enjuiciamiento civil,

*la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa,

*la Ley del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas,

*la Ley del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal,

*la Ley de competencia desleal, y

*la Ley para la defensa de consumidores y usuarios.

1.6. EXTRANJERÍA

-Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura.- Resolución de 17 de junio de 2022, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se publica el Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura para el tercer trimestre de 2022 (BOE 21-7-2022).

Se aprueba el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura para el tercer trimestre de 2022.

-"Nuevo Reglamento de extranjería".- Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (BOE 27-7-2022).

El objetivo que se pretende con esta reforma es hacer frente de forma ágil a los crecientes desajustes del mercado de trabajo español asociados a la escasez de mano de obra desde el ámbito

migratorio, así como dar respuesta a situaciones preexistentes no resueltas con la actual normativa reglamentaria, desde la plena salvaguarda de las condiciones laborales.

El punto de partida que se adopta es que el modelo migratorio español no solo carece de agilidad en la capacidad de dar respuesta a los retos del mercado laboral, sino que incluye importantes ineficiencias y genera el desarrollo de prácticas de economía informal que tienen elevados costes humanos, económicos, sociales y de gestión.

Por otro lado, la reforma pretende adecuar el marco de las autorizaciones de trabajo al nuevo marco de contratación establecido por el RD-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, además de actualizar algunos elementos de figuras previstas en el Reglamento de Extranjería tras las novedades jurisprudenciales de los últimos años, integrando en el reglamento soluciones que se habían aportado a través de instrucciones.

Esta reforma se plantea en torno a cuatro ejes fundamentales:

1) La necesidad de actualizar y mejorar de la actual normativa migratoria vinculada al ámbito laboral, que resulta desfasada para cubrir las necesidades y desajustes del mercado de trabajo actualmente. En este sentido, se apuesta por actualizar y reformar algunas figuras:

-El Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura para generar un mecanismo ágil y eficaz para gestionar las necesidades reales de las empresas.

El inadecuado reflejo de las necesidades de las empresas en el Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura puede generar un «efecto embudo», al no poder acceder a la mano de obra requerida en sus diferentes modalidades. En su defecto, han de acudir a procedimientos administrativos complejos que desincentivan la llegada de trabajadores por vías regulares e impulsan la economía sumergida.

-Se redefine la determinación de la situación nacional de empleo (art. 65), de cara a conformar un Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura que permita una fotografía más exacta de las necesidades del mercado de trabajo; una mejora en los procedimientos de la gestión de la contratación en origen y de la migración circular, fidelizando a aquellas personas que cumplan con todos los compromisos adquiridos, especialmente el de retorno, con la reforma de los artículos 167 a 170 del citado reglamento; una adecuación de los arraigos laboral, social y familiar a la realidad laboral y social actual; y la creación de una nueva figura de arraigo, el arraigo para la formación, con la reforma del artículo 124.

-Se reordena el régimen jurídico de la gestión colectiva de contrataciones en origen (art. 167).

-Se propone, de modo similar al que Alemania denomina estancia tolerada, que personas que se encuentren en España en situación irregular y cumplan un compromiso efectivo de formación puedan obtener una autorización de residencia. Esto permitirá una doble consecuencia: por un lado, se podrá obtener personal con la formación necesaria para cubrir los puestos de trabajo que ofertan las empresas; por otra parte, se procederá a incorporar al mercado laboral a personas que se encuentran trabajando de manera precaria o directamente irregular.

2) Se mejora la normativa para favorecer la permanencia de los estudiantes, incrementando sus posibilidades de trabajar y atrayendo con ello talento internacional (arts. 42, 54, 59, 61 y 199)

3) Se reforma el régimen de actividades por cuenta propia para favorecer el emprendimiento de personas extranjeras, con la reforma de los artículos 71, 72, 105 y 109 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. La normativa reglamentaria actual no facilita el emprendimiento por parte de personas extranjeras, especialmente con carácter inicial, y soslaya la figura del emprendedor individual que se limita a la inversión mínima de acuerdo con las características de su proyecto laboral y que tiene como objetivo el auto empleo. A la vez, se ha determinado en el ámbito de las renovaciones, la máxima compatibilidad entre trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia para incentivar el emprendimiento entre las personas migrantes, al tiempo que se extiende su vigencia hasta los cuatro años.

4) Finalmente, se pretende mejorar la tramitación de expedientes a través de una nueva unidad administrativa, creada a través de la Disposición adicional única. La tramitación media de una autorización para residir y trabajar alcanza varios meses. A ello se une la limitada capacidad de las Oficinas de Extranjería para dar respuesta rápida y eficaz a las demandas que la población extranjera y las empresas requieren, tanto para autorizaciones iniciales como para las renovaciones de dichas autorizaciones. Frente a ello se pretende avanzar en un nuevo modelo de Oficina que garantice el legítimo interés de las empresas a obtener sin mayores dificultades burocráticas, divergencias en criterios de tramitación o concesión, o retrasos en las autorizaciones y el legítimo interés para las propias personas extranjeras, ya que ambos ven mermada su seguridad jurídica.

Este real decreto entra en vigor a los veinte días de su publicación en el BOE, excepto lo previsto en el apartado noveno, a través del que se suprimen los artículos que integran el capítulo IV «Residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada», que entrará en vigor un año después de la publicación en el BOE.

1.7. NORMAS DE SEGURIDAD SOCIAL (SELECCIÓN)

-Real Decreto-ley 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad (BOE 27-7-2022)

Este RD-ley se enmarca en el Acuerdo del Gobierno y los agentes sociales alcanzado en la Mesa de Diálogo Social, en julio de 2021, para garantizar el poder adquisitivo de los pensionistas y asegurar la sostenibilidad del sistema público de pensiones, cuyo apartado cuarto prevé un nuevo sistema de cotización de las personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas por ingresos reales y la mejora de su protección social, previendo que la implantación de esta modificación se haría a partir del 1 de enero de 2023, de forma gradual (recogiendo las recomendaciones 4ª y 5ª del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, aprobado por el Congreso de los Diputados el 19 de noviembre de 2020. El RD-ley se enmarca también en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, aprobado por el Gobierno el 16 de junio de 2021.

Con carácter general, entre las novedades introducidas dentro del sistema de cotización para autónomos destacan:

-Se establece un sistema de quince tramos, que se irá implantando de manera progresiva, en el que se determinan las bases de cotización y las cuotas, en función de los rendimientos netos. En este sentido, se define el concepto de rendimientos netos, se articula su cálculo y se prevé su implantación como modelo definitivo de cotización para autónomos en un período de 9 años.

-Por lo que se refiere a la acción protectora, el RDL 13/2022 incluye una notable mejora en la protección por cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia. Se amplían sus modalidades para mejorar la cobertura de algunas contingencias, por ejemplo, la interrupción parcial de la actividad. También se adapta el mecanismo RED para situaciones de crisis cíclicas o sectoriales a los autónomos.

El nuevo sistema de cotización para los trabajadores autónomos entrará en vigor el 1 de enero de 2023.

Su contenido concreto es el siguiente:

1) En su artículo primero se procede a reformar y añadir distintos preceptos de la LGSS:

-Se modifica la letra a) del artículo 71.1 LGSS, con el objeto de establecer la obligación de facilitar a la TGSS, a través de los procedimientos telemáticos y automatizados que se establezcan, toda la información de carácter tributario necesaria de que dispongan para la realización de la regularización de cuotas a la que se refiere el artículo 308 LGSS. Asimismo, se añade una nueva letra o) al artículo 77.1 del mismo texto legal para establecer que la Tesorería General de la Seguridad Social suministrará a través de procedimientos automatizados, a las administraciones tributarias la información necesaria para la regularización de bases de cotización y cuotas a la que se refiere el artículo 308.

-Se modifica el artículo 179 LGSS para dar una nueva regulación a la prestación económica por nacimiento y cuidado de menor en los supuestos en que, por un cambio en la situación laboral de la persona trabajadora, no sea posible determinar la base reguladora en los términos previstos, estableciendo que dicha base será equivalente a la base de cotización por contingencias comunes correspondiente al mes inmediatamente anterior al del inicio del descanso o del permiso por nacimiento y cuidado de menor.

-Se da nueva redacción al artículo 308 LGSS, conforme al cual la cotización al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos se efectuará *en función de los rendimientos anuales* obtenidos por los trabajadores por cuenta propia en el ejercicio de sus actividades económicas, empresariales o profesionales, debiendo elegir la base de cotización mensual que corresponda en función de su previsión de rendimientos netos anuales, dentro de la tabla general fijada en la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado y limitada por una base mínima de cotización en cada uno de sus tramos y por una base máxima en cada tramo para cada año, si bien con la posibilidad, cuando prevean que sus rendimientos van a ser inferiores al salario mínimo interprofesional en cómputo anual, de elegir base de cotización dentro de una tabla reducida.

En cualquier caso, las bases elegidas tendrán carácter provisional, hasta que se proceda a su regularización en función de los rendimientos anuales obtenidos y comunicados por la correspondiente Administración tributaria a partir del ejercicio siguiente respecto a cada trabajador autónomo.

-Se modifica el artículo 309 LGSS para excluir de la regularización las cotizaciones correspondientes a los meses cuyas bases de cotización hubiesen sido tenidas en cuenta por el cálculo de la base reguladora de cualquier prestación económica del sistema de la Seguridad Social reconocida con anterioridad a la fecha en que se hubiese realizado dicha regularización. También se excluirán las bases de cotización posteriores hasta el mes en que se produzca el hecho causante. De esta manera las bases provisionales adquirirán el carácter de definitivas.

-Se regula en el artículo 310 LGSS la cotización en *supuestos de compatibilidad de jubilación y trabajo por cuenta propia*. La modificación de este artículo se produce para ajustar la base de cotización a la regla 1.ª del artículo 308.

-Se modifica el artículo 313 LGSS, sobre *cotización en situación de pluriactividad*, a fin de adaptar el abono del reintegro de cuotas a la persona trabajadora que se debe efectuar por la TGSS al nuevo sistema de regularización de cotizaciones provisionales.

-En el nuevo contenido dado al artículo 315 LGSS, *la cobertura de la prestación de incapacidad temporal se hace obligatoria* con la excepción prevista en el citado precepto.

-Se modifica el apartado 3 del artículo 316 LGSS, referido a la cobertura obligatoria de las contingencias profesionales, estableciendo en ese apartado 3 que dicha obligación se establece sin perjuicio de lo establecido en el artículo 317, en el 326, la disposición adicional vigésima octava y, por último, respecto a los miembros de institutos de vida consagrada de la Iglesia Católica.

-Se modifica la letra a) del artículo 318, en consonancia con la reforma del artículo 179. La modificación consiste en *modificar la base de cotización que se toma en consideración para el cálculo de la base reguladora* cuya cuantía diaria será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas a este régimen especial durante los seis meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante entre ciento ochenta.

-Se modifica el artículo 320 para fijar la *base reguladora aplicable a los supuestos de cotización reducida y de cotización con sesenta y cinco o más años* de edad de los trabajadores autónomos.

-Se modifica el artículo 325 para establecer algunas especialidades en materia de cotización respecto de los trabajadores incorporados al *Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios*, tales como la referencia de los tipos a las bases de la tabla general, o la cobertura voluntaria de la contingencia de incapacidad temporal.

-Se da una nueva redacción al artículo 327, sobre el objeto y ámbito de aplicación de la *protección por cese de actividad*, ya sea definitiva o temporal, con el objeto de mejorar esta prestación y además introducir nuevas modalidades.

-Se introducen en el artículo 331.1.a) como *nuevas causas de cese de actividad*, en los epígrafes 4.º y 5.º:

*la reducción del 60 por ciento de la jornada de la totalidad de los trabajadores de la empresa o la suspensión temporal de los contratos de trabajo del 60 por ciento de la plantilla, siempre que se haya experimentado la reducción de ingresos que determina el precepto;

*así como, en relación con autónomos que no tengan trabajadores asalariados, el mantenimiento de deudas durante dos trimestres consecutivos con acreedores que supongan una reducción del nivel de ingresos ordinarios o ventas del 60 por ciento respecto del registrado en los mismos periodos del año anterior. A tal efecto, no se computarán las deudas que mantenga por incumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social o con la Administración tributaria.

En ninguno de estos casos se exige el cierre del establecimiento abierto al público o su transmisión a terceros. También se modifica el artículo para aclarar en qué supuestos se considera que existen motivos de fuerza mayor en el cese temporal parcial de la empresa.

-La modificación del artículo 332 se dirige a determinar la documentación que debe aportarse para acreditar que concurren los requisitos para los nuevos supuestos de cese de actividad del artículo 331.1.a), 4.º y 5.º, en tanto que la modificación del artículo 337 fija el día de nacimiento del derecho a la prestación para estos supuestos y la del artículo 339 tiene por objeto establecer la cuantía de la prestación, también para estos nuevos supuestos.

Expresamente, se determina que estos supuestos serán compatibles con la actividad que cause el cese, siempre que los rendimientos netos mensuales obtenidos durante la percepción de la prestación no sean superiores a la cuantía del salario mínimo interprofesional o al importe de la base por la que viniera cotizando, si esta fuera inferior.

-Se modifica la disposición adicional vigésima octava LGSS para establecer *excepciones a la cobertura obligatoria de la prestación por incapacidad temporal y de otras contingencias* para determinados colectivos encuadrados en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

-Se introduce una nueva disposición adicional cuadragésima octava, en la que se crea la *nueva prestación para la sostenibilidad de la actividad de las personas trabajadoras autónomas de un sector de actividad afectado por el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo en su modalidad cíclica*, establecido en el artículo 47 bis ET.

A esta prestación podrán causar derecho aquellas personas trabajadoras autónomas que desarrollen su actividad en un sector afectado por el Acuerdo del Consejo de Ministros que active el Mecanismo RED en su modalidad cíclica que cumplan los requisitos que la norma establece, determinándose su importe aplicando el 50 por ciento a la base reguladora, la cual es la base prevista en el tramo tercero de la tabla reducida aplicable a los trabajadores por cuenta propia o autónomos. Además, la entidad gestora de la prestación también asume del 50 por ciento de la cotización a la Seguridad Social del trabajador autónomo al régimen correspondiente, siendo a cargo del trabajador el otro 50 por ciento.

-La disposición adicional cuadragésima novena crea y regula el régimen jurídico de la *nueva prestación para la sostenibilidad de la actividad de las personas trabajadoras autónomas de un sector de actividad afectadas por el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo en su modalidad sectorial*, previsto en el artículo 47 bis ET, para cuyo reconocimiento se exige, entre otros requisitos, que la adopción de las medidas del mecanismo RED afecte al 75 por ciento de la plantilla de la empresa y que se produzca una caída de ingresos durante dos trimestres consecutivos del 75 por ciento de la actividad de la empresa con relación al mismo periodo del año anterior. Dicha prestación consiste en una cantidad a tanto alzado del 70 por ciento de una base reguladora calculada en función de distintos parámetros, además del abono por la entidad gestora de la prestación del 50 por ciento de la cotización a la Seguridad Social de la persona trabajadora por cuenta propia o autónoma al régimen correspondiente, siendo a cargo del trabajador el otro 50 por ciento.

-Se crea una nueva disposición adicional, la quincuagésima, sobre el Observatorio para el análisis y seguimiento de la prestación por cese de actividad por causas económicas de los trabajadores autónomos.

2) El artículo segundo del real decreto-ley modifica el artículo 8 de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las *personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero*, para adaptar la cotización a los trabajadores por cuenta propia que queden incluidos en el

grupo primero de cotización de este régimen especial al nuevo sistema de cotización por rendimientos establecido en la LGSS.

3) El artículo tercero del real decreto-ley, por su parte, se ocupa de *reformar la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo*, comenzando por sus artículos 1.1, 24 y 25, con el objeto de suprimir la figura del autónomo a tiempo parcial, cuya regulación no ha sido desarrollada, que con la creación del nuevo sistema de cotización pierde ya absolutamente su finalidad.

Los artículos 30, 35, 36, 37, 38 y 38 bis de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, se adaptan al nuevo sistema de cotización para lo cual se referencian las bonificaciones en ellos contenidas a las bases de cotización a que se refiere el artículo 308 LGSS.

Se añade un artículo 38 ter, donde se establece una reducción a la cotización por inicio de una actividad por cuenta propia. Se trata de una figura jurídica similar a la que venía regulándose en los artículos 31, 31 bis, 32, y 32 bis donde se incluía la denominada tarifa plana, si bien, adaptada al nuevo sistema de cotización.

Se añade un nuevo artículo 38 quater en el que se regula, de forma novedosa, una bonificación en la cotización en supuestos de cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave, como medida clave para el mantenimiento de la actividad.

4) Los artículos cuarto y quinto del RD-ley efectúan las modificaciones necesarias, respectivamente, en el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social y, especialmente, en el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, para adecuarlos al contenido de la reforma legal, desarrollar la misma, en especial, el procedimiento del nuevo sistema de cotización, en donde cobra mayor importancia el desarrollo reglamentario de la regularización y permitir su aplicación inmediata, el 1 de enero de 2023, con el despliegue de todos sus efectos en materia de cotización a la Seguridad Social respecto del colectivo de trabajadores por cuenta propia o autónomos.

5) El artículo sexto modifica el RD 504/2022, de 27 de junio, por el que se modifican el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el RD 84/1996, de 26 de enero, y el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, aprobado por el RD 2064/1995, de 22 de diciembre, para actualizar su regulación respecto a las personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas.

6) Entre las disposiciones adicionales y transitorias:

*La disposición adicional primera dispone que a partir del día 1 de enero de 2032, las bases de cotización definitivas se fijarán en función de los rendimientos netos obtenidos anualmente por las personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas por su actividad económica o profesional, dentro de los límites de las bases de cotización máxima y mínima que se determinen en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

*La disposición transitoria primera prevé el *despliegue gradual del nuevo sistema de cotización por ingresos reales durante el período 2023 a 2031*, el cual se revisará periódicamente y se ajustará a las previsiones técnicas necesarias determinadas por los ministerios competentes. En las siguientes disposiciones transitorias se establece el régimen transitorio aplicable durante este período.

-Sello de inclusión social. - Real Decreto 636/2022, de 26 de julio, por el que se regula el Sello de Inclusión Social (BOE 27-7-2022)

El RD 636/2022 tiene por objeto establecer el régimen jurídico del Sello de Inclusión Social, en desarrollo de lo previsto en la Disp. Adic. 1ª de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital.

El Sello de Inclusión Social (en adelante el Sello) es un distintivo público de la Administración General del Estado que se concederá a las entidades públicas empresariales, a las sociedades mercantiles públicas, a las empresas privadas, a los trabajadores por cuenta propia o autónomos, así como a las fundaciones que desarrollen actuaciones que contribuyan al tránsito de las personas beneficiarias del ingreso mínimo vital desde una situación de riesgo de pobreza y exclusión a la inclusión y participación activa en la sociedad, y que cumplan los requisitos que se exigen en el art 3 RD 636/2022.

Su regulación reglamentaria está prevista en la disposición adicional primera de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, con el fin de fomentar la colaboración público-privada para contribuir al objetivo común de la inclusión social.

El Sello de Inclusión Social se concibe como una iniciativa de innovación pública en el ámbito de la colaboración público-privada y la responsabilidad social corporativa, cuyo objetivo es estimular a las empresas públicas y privadas y a otro tipo de entidades, a contribuir a la consecución de una sociedad inclusiva, justa e igualitaria, apoyando la generación de oportunidades de inclusión social para las personas beneficiarias del ingreso mínimo vital.

-El capítulo I describe el objeto de este real decreto, que es la regulación del Sello de Inclusión Social, así como las distintas tipologías de Sello que se podrán solicitar y obtener, y los requisitos que se deben cumplir para poder solicitar el distintivo.

-El capítulo II regula el procedimiento para la concesión del Sello de Inclusión Social, cuya solicitud deberá hacerse a través de medios electrónicos. Los trabajadores por cuenta propia o autónomos, como uno de los colectivos a los que va destinado este distintivo, por razón de su capacidad económica, técnica y dedicación profesional tienen acceso y disponibilidad de los medios necesarios para poder relacionarse electrónicamente con la Administración Pública en la presentación de solicitudes y seguimiento de la gestión del Sello. Asimismo, este capítulo regula la vigencia del Sello, que se mantendrá durante tres años, siempre y cuando subsistan las circunstancias que motivaron su concesión y se cumplan los compromisos establecidos en el real decreto, así como los supuestos de revocación del distintivo por parte del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones o renuncia al mismo por parte de la entidad solicitante.

-El capítulo III regula la utilización del Sello de Inclusión Social y los compromisos derivados de su obtención por parte de las personas físicas y jurídicas solicitantes, así como los compromisos adquiridos por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

-El capítulo IV establece el sistema de evaluación y seguimiento del Sello de Inclusión Social, en el marco de la Comisión de seguimiento del ingreso mínimo vital y cuyos resultados se harán públicos.

-Real Decreto 885/2022, de 18 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de planes y fondos de pensiones, aprobado por el Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, para el impulso de los planes de pensiones de empleo (BOE 19-10-2022)

Este real decreto establece el desarrollo reglamentario de la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, para su efectiva puesta en práctica. Se trata de un desarrollo reglamentario de carácter parcial que tiene como objetivo primordial regular los elementos imprescindibles que permitan su aplicación.

-Mediante esta norma, se procede a regular la organización y funcionamiento, como órgano colegiado interministerial, de la Comisión Promotora y de Seguimiento de los fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos con objeto de poder hacer efectiva su constitución, fijándose el procedimiento para velar por el adecuado funcionamiento y buen gobierno de los fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos, atribuido por el artículo 55.3.g) del texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (RD-Leg. 1/2002, de 29 de noviembre) a la Comisión Promotora y de Seguimiento.

-Por otra parte, se procede a regular las actuaciones preparatorias para la constitución de la Comisión de Control Especial, así como el procedimiento de designación y renovación de sus miembros, y se detalla su régimen de constitución y funcionamiento.

-Además, en cumplimiento de lo establecido en el componente 30, reforma 5, del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, se procede a fijar el régimen de retribuciones de las entidades gestoras de fondos de pensiones de promoción pública abiertos, por debajo del 0,30 por ciento de los activos gestionados, con lo que se hace efectiva la remisión reglamentaria establecida en el artículo 62.4 TRLPFP, en virtud de la Ley 12/2022, de 30 de junio.

-También se procede a fijar el régimen de retribuciones de las entidades depositarias de fondos de pensiones de promoción pública abiertos por debajo del 0,10 por ciento anual del valor de las cuentas de posición a las que deban imputarse.

-Orden ISM/992/2022, de 11 de octubre, por la que se fijan para el ejercicio 2022 las bases normalizadas de cotización a la Seguridad Social, por contingencias comunes, en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón (BOE 21-10-2022)

Mediante esta orden se determinan las bases normalizadas de cotización por contingencias comunes en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón, teniendo en cuenta, para la determinación de tales bases, la cuantía de las bases de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2021, ambos inclusive, con las especialidades contenidas en el artículo 57 del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre.

-En aplicación de lo dispuesto en el artículo 106.nueve de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, las bases de cotización por contingencias comunes en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón, normalizadas para cada una de las categorías y especialidades profesionales, que han de aplicarse durante el ejercicio 2022, son, para cada una de las zonas mineras, las que se contienen en el anexo.

-Por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones se establecerá el plazo especial para el ingreso de las diferencias que resulten de la aplicación de las bases que se fijan en esta orden, respecto de aquellas por las que se ha venido cotizando durante los meses transcurridos del ejercicio 2022, hasta el mes anterior al de su publicación en el BOE (Disposición adicional única).

1.8. OTRAS NORMAS

-Concursal.- Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia) (BOE 6-9-2022)

Esta ley pretende afrontar un conjunto de limitaciones detectadas en nuestro sistema mediante una reforma estructural de calado del sistema de insolvencia.

Como se indica en la Exposición de Motivos de la ley, la utilización de los instrumentos preconcursales en nuestro país ha venido aumentando de forma lenta y su uso ha sido relativamente reducido. Por otra parte, la percepción más extendida es que si bien los acuerdos de refinanciación han constituido un instrumento útil, los acuerdos extrajudiciales de pagos, dirigidos a pequeñas y medianas empresas, no han cumplido de forma satisfactoria con su propósito. Cuando las empresas recurren al concurso lo hacen en una situación de dificultades avanzadas (el porcentaje de deudores que solicita el concurso en una situación patrimonial crítica supera el 45% en la actualidad) y los concursos se caracterizan por su excesiva duración (que alcanzó en 2020 un promedio de 60 meses). Además, los concursos se caracterizan por que la mayoría terminan en liquidación, y no en un convenio. Por último, se puede destacar que el procedimiento de segunda oportunidad se caracteriza por su reducida utilización.

La ley tiene como objeto la adopción de las reformas legislativas necesarias para la transposición al derecho español de la Directiva 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019. Para ello, lleva a cabo una importante reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, que constituye la base idónea para acometer de forma ordenada, clara y sistemática la transposición.

Esta reforma legislativa pretende llevar a cabo un cambio integral de la situación de los procedimientos de insolvencia en nuestro país, siendo clave para su flexibilización y agilización, y para favorecer los mecanismos preconcursales, con el fin último de facilitar la reestructuración de empresas viables y la liquidación rápida y ordenada de las que no lo son.

A los efectos de llevar a cabo la transposición, la ley opta por una sustitución completa del libro segundo de la Ley Concursal. Además, el libro tercero pasa a ser libro cuarto y se incorpora un nuevo libro tercero, integrado por los artículos 685 a 720, que regula un "Procedimiento especial para microempresas".

I. Dentro de los cambios introducidos en el libro primero destacan:

1) Los cambios que tienen que ver con la *exoneración del pasivo insatisfecho,* en relación con el "mecanismo de segunda oportunidad":

-La ley configura un procedimiento de segunda oportunidad más eficaz, ampliando la relación de deudas exonerables e introduciendo la posibilidad de exoneración sin liquidación previa del patrimonio del deudor y con un plan de pagos, permitiendo así que este conserve su vivienda habitual y sus activos empresariales.

-Aunque la Directiva no lo impone, sí aconseja, y de hecho se ha optado, por mantener la regulación de la exoneración también para el caso de personas naturales cuyas deudas no provengan de actividades empresariales (consumidores).

-La recuperación del concursado para la vida económica, tras el fracaso que el concurso supone, permite al deudor volver a emprender reincorporándose con éxito a la actividad productiva, en beneficio de la sociedad en general e incluso de los propios acreedores que tampoco obtendrían satisfacción a la legítima pretensión de cobro en ausencia de un expediente como el de la exoneración si el deudor, como la experiencia reiteradamente ha demostrado, se mantenía en situaciones de economía sumergida.

-La Directiva 2019/1023 obliga a todos los Estados miembros al establecimiento de un mecanismo de segunda oportunidad para evitar que los deudores se vean tentados a deslocalizarse a otros países que ya acojan estos institutos, con el coste que esto supondría tanto para el deudor como para sus acreedores. Además, la homogeneización en este punto se considera imprescindible para el funcionamiento del mercado único europeo.

2) La ley *reforma el procedimiento concursal* para incrementar su eficiencia, introduciendo múltiples modificaciones procedimentales dirigidas a agilizar el procedimiento, facilitar la aprobación de un convenio cuando la empresa sea viable y una liquidación rápida cuando no lo sea.

II. El nuevo libro segundo, *Del Derecho preconcursal*, se divide en cinco títulos:

1) El título I se ciñe a determinar los presupuestos subjetivo y objetivo.

Entre las numerosas reformas introducidas destacan las siguientes:

-En primer lugar, se introducen los denominados *planes de reestructuración*, un *instrumento preconcursal* dirigido a evitar la insolvencia, o a superarla, que posibilita una actuación en un estadio de dificultades previo al de los vigentes instrumentos preconcursales, sin el estigma asociado al concurso y con características que incrementan su eficacia. Su introducción incentivará una reestructuración más temprana, y por tanto con mayores probabilidades de éxito, y contribuirá a la descongestión de los juzgados y por tanto a una mayor eficiencia del concurso. En efecto, las empresas podrán acogerse a los planes de reestructuración en una situación de probabilidad de insolvencia, previa a la insolvencia inminente que se exige para poder recurrir a los actuales instrumentos.

Su introducción lleva aparejada la supresión de los actuales instrumentos preconcursales. En la regulación de los planes de reestructuración se ha preservado el carácter flexible (poco procedimental) de los acuerdos de refinanciación y se han incorporado elementos que les otorgan mayor eficacia que a estos últimos, como la posibilidad de arrastre de clases disidentes, sujeta al cumplimiento de ciertas salvaguardas para los acreedores, que constituye el núcleo del modelo.

-Por lo que respecta al presupuesto objetivo, la especialidad de los marcos de reestructuración temprana es, conforme a la Directiva, la probabilidad de insolvencia.

Probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia actual son tres estados que se ordenan secuencialmente: la probabilidad de insolvencia es un estado previo a la insolvencia inminente y ésta un estado previo a la insolvencia actual.

Un deudor que tenga probabilidad de insolvencia no puede ser sujeto de un concurso de acreedores, pero puede utilizar los mecanismos que integran el derecho preconcursal.

Con el fin de dar la mayor flexibilidad posible al sistema, la ley española no excluye el recurso a los institutos preconcursales cuando el deudor se halle en estado de insolvencia inminente o incluso de insolvencia actual. Ciertamente, la Directiva no establece como prepuestos del preconcurso los mismos presupuestos del concurso de acreedores, sino uno específico; pero no prohíbe esa extensión. Mientras que la empresa sea económicamente viable, está justificada su reestructuración para evitar los riesgos de destrucción de valor asociados al procedimiento concursal. Esta opción, por supuesto, no debe restringir el derecho de todo acreedor a solicitar el concurso del deudor insolvente. De ahí que el único límite temporal a la reestructuración de empresas en situación de insolvencia actual sea el que ya estuviera admitida a trámite una solicitud de concurso necesario.

Se establece que se encuentra en probabilidad de insolvencia el deudor que no va a poder cumplir las obligaciones que venzan en los próximos dos años.

2) El título II regula la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración.

3) El título III contiene el régimen aplicable a los *planes de reestructuración*, su aprobación y homologación judicial. El término «plan», en lugar de «acuerdo», es el utilizado por la Directiva y refleja la posibilidad de imponerlo, bajo ciertas condiciones, incluso a los socios del deudor.

-El régimen aplicable a los planes de reestructuración descansa sobre un principio de intervención judicial mínima y a posteriori. La negociación y votación del plan es informal y al margen de cualquier proceso reglado o de la intervención de ninguna autoridad judicial, sin perjuicio de la posible designación de un experto en la reestructuración, cuando proceda imperativamente o a instancias de las partes. El juez solo interviene al final del proceso, para homologar el plan ya aprobado por las clases y mayorías exigidas por la ley.

-Contratos de alta dirección (art. 621). En relación con estos contratos, la norma prevé que "cuando resulte necesario para el buen fin de la reestructuración, el plan de reestructuración podrá prever la suspensión o extinción de los contratos con consejeros ejecutivos y con el personal de alta dirección.

En el supuesto de extinción, en defecto de acuerdo, "el juez podrá moderar la indemnización que corresponda al consejero ejecutivo y al alto directivo, quedando sin efecto la que se hubiera pactado en el contrato, con el límite de la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo, que resultará igualmente aplicable a los consejeros ejecutivos".

En el supuesto de suspensión del contrato, este se podrá extinguir por voluntad del consejero ejecutivo o del alto directivo, con preaviso de un mes, conservando el derecho a la indemnización en los términos del apartado anterior".

En todo caso, las controversias que se susciten se tramitarán por el incidente concursal ante el juez competente para la homologación. La sentencia que recaiga será recurrible en suplicación.

4) El título IV trata del nombramiento y del estatuto del experto encargado de la reestructuración, nueva figura cuyo nombramiento contempla la Directiva en determinados supuestos.

Se trata de una figura nueva en el derecho español: el experto en la reestructuración. La Directiva exige la designación obligatoria de este experto en determinados supuestos, fuera de los cuales tampoco en la norma de transposición es necesario el nombramiento, salvo que el deudor o una mayoría de acreedores lo solicite. Este título se divide, a su vez, en dos capítulos. El primero de ellos contiene las reglas relativas al nombramiento del experto. El capítulo II se ocupa del estatuto del experto, sus funciones, deberes y régimen de responsabilidad

5) El título V es el último del libro segundo y contiene algunas especialidades para deudores, personas naturales o jurídicas, que no alcancen ciertos umbrales y no tengan la consideración de microempresa.

III. El libro tercero (artículos 685 a 720) regula el *Procedimiento especial para microempresas*.

-La ley presta *especial atención a las microempresas*, para las que los instrumentos vigentes no han funcionado satisfactoriamente: la ley introduce un procedimiento de insolvencia único, en el doble sentido de que pretende encauzar tanto las situaciones concursales (de insolvencia actual o inminente) como las preconcursales (probabilidad de insolvencia) y que se aplicará de manera obligatoria a todos los deudores que entren dentro del concepto legal de microempresa. Este procedimiento está especialmente adaptado a las necesidades de las microempresas, caracterizándose, por tanto, por una simplificación procesal máxima.

-La modernización del sistema legal para dar solución a la crisis de las microempresas es una pieza necesaria de la transposición al derecho español de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019.

-Por microempresas (o micropymes) se entienden aquellas empresas que hayan empleado durante el año anterior a la solicitud de inicio del procedimiento especial una media de menos diez trabajadores y tengan un volumen de negocio anual inferior a setecientos mil euros o un pasivo inferior a trescientos cincuenta mil euros según las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de la solicitud.

-El procedimiento especial diseñado busca reducir los costes del procedimiento, eliminando todos los trámites que no sean necesarios y dejando reducida la participación de profesionales e instituciones a aquellos supuestos en que cumplan una función imprescindible, o cuyo coste sea voluntariamente asumido por las partes. Todo ello, sin menoscabo de la plena tutela de los derechos de los participantes en el procedimiento.

La intervención del juez solo se producirá para adoptar las decisiones más relevantes del procedimiento o cuando exista una cuestión litigiosa que las partes eleven al juzgado.

Los incidentes se solucionarán, salvo excepciones, por un procedimiento escrito; y, cuando sea necesaria la participación oral de las partes o de expertos se utilizarán las vistas virtuales, celebradas por medios telemáticos.

Los incidentes y los recursos no tendrán efectos suspensivos, aunque el juez podrá adoptar medidas cautelares o suspender determinados efectos. Con carácter general, las decisiones judiciales no serán recurribles.

Se pone a disposición de las partes un programa de cálculo y simulación de pagos en línea sin coste, lo que permitirá reducir los costes de asesoramiento del deudor.

-En segundo lugar, se articula una simplificación procesal estructural para las partes basado en que la comunicación en el seno del procedimiento se realizará a través de formularios normalizados oficiales accesibles en línea, sin coste. Ello permite recibir la información en tiempo real, lo que garantiza la completitud de la información.

Los trámites del procedimiento especial podrán transcurrir en paralelo, a diferencia del concurso de acreedores que se desarrolla de forma lineal con etapas consecutivas. Para utilizar el procedimiento, los usuarios deben hacer uso de sus propios certificados electrónicos cualificados o de sistemas de identificación electrónica tales como Cl@ve y Cl@veJusticia.

Uno de los aspectos más innovadores de este sistema es su carácter modular. Tradicionalmente, el Derecho concursal lleva aparejados una serie de efectos automáticos que tienen costes fundamentalmente para los acreedores. El procedimiento especial permite a las partes que soliciten su aplicación solo si así lo desean: este es el caso de la paralización de ejecuciones sobre activos con garantía real y del nombramiento de profesionales. Así, la participación de profesionales (mediador, administrador concursal, experto en reestructuración) se exige solo para ejecutar determinadas funciones o cuando lo soliciten las partes y asuman el coste.

El pilar del procedimiento es la veracidad de la información aportada. Por ello, la ocultación de información relevante, la manipulación de datos o la aportación de documentación incorrecta o no enteramente veraz tiene consecuencias severas. Es causa expresa de calificación culpable, se pone en conocimiento del Ministerio Fiscal.

-En tercer lugar, el procedimiento especial es único: las microempresas no tienen acceso al concurso ni a los acuerdos de reestructuración. Este procedimiento trata de combinar aquellos aspectos del concurso y de los planes de reestructuración que mejor se adaptan a las microempresas.

Así, el presupuesto objetivo es amplio y se permite su utilización cuando la microempresa está en probabilidad de insolvencia (situación preconcursal), insolvencia inminente o insolvencia actual (situación concursal).

Los autónomos, además de tener acceso al procedimiento especial (si son microempresas), pueden acceder al procedimiento de segunda oportunidad.

Uno de los motivos por los que se regula un sistema único y simplificado es para facilitar su comprensión por los usuarios que, en su mayoría, carecerán de conocimientos específicos sobre instrumentos preconcursales y concursales y tendrán recursos limitados para contratar asesores externos.

Adicionalmente, son dos los elementos en los que se basa este procedimiento especial único: la negociación y el modo de finalización de esta. De un lado, se trata de un procedimiento formal, en el que se contempla un período de negociación de tres meses no prorrogables, durante los cuales se suspenden las ejecuciones singulares y se puede preparar un plan de continuación o la enajenación

de la empresa en funcionamiento. Finalizado este plazo se inicia un procedimiento formal, pero muy flexible y de bajo coste.

Se ha considerado que la regulación de un procedimiento formal es más adecuada por dos motivos: añade una «oficialidad» al sistema, que incrementa las posibilidades de que se proporcione toda la información necesaria para los acreedores y ayuda a reducir el fraude o su mal uso y promueve la participación de los acreedores profesionales cuya inactividad ha sido uno de los grandes problemas, pues es un sistema universal que afecta a todos los acreedores, y a todos los bienes y derechos (salvo los inembargables).

De otro, se establecen dos posibles itinerarios de continuación, una vez superado el periodo de negociación en un plazo máximo de tres meses:

-una liquidación rápida (fast-track): Liquidación ordenada (art. 699 bis, ter, quater)

-un procedimiento de continuación de rápida gestión y flexible: Plan de continuación, si hay posibilidad de un acuerdo

A través de este procedimiento solo podrán liquidarse empresas insolventes, pues la normativa societaria y mercantil ya ofrece vías para la liquidación de empresas solventes.

Los *autónomos podrán acceder al procedimiento de segunda oportunidad* a partir de cualquiera de los dos itinerarios, ya sea el de liquidación o el de continuación.

En el marco de este procedimiento se regulan derechos de información y consulta de los representantes legales de las personas trabajadoras, cuando el deudor sea empleador (art. 697 quater)

-El título III se dedica al procedimiento especial de liquidación. Está concebido para dotar a las microempresas de un instrumento sencillo, rápido y flexible, que les permita terminar ordenadamente un proyecto empresarial que, por un motivo u otro, no ha resultado exitoso.

La plataforma de liquidación conforma otra de las novedades más importantes de este procedimiento especial para microempresas. Será de acceso gratuito y universal, y en ella se volcarán los activos de todos los procedimientos especiales de microempresas en liquidación. Se conformará un catálogo de bienes, organizados por categorías, según criterios comerciales, y enajenables de manera individual o por lotes. La venta de los activos se realizará tanto a través de venta directa por acceso externo al catálogo de los clientes como a través de la realización de subastas electrónicas periódicas, que deberán ser más frecuentes en las etapas iniciales del periodo de liquidación.

-El título III regula la transmisión de la empresa o de sus unidades productivas en funcionamiento, si bien deberá completarse con lo previsto en el libro primero. La transmisión de la empresa o de sus unidades productivas podrá producirse en tres momentos distintos: con la propia presentación de solicitud de apertura de un procedimiento especial de liquidación; o en un momento posterior, con su inclusión en el plan de liquidación; o, posteriormente sin inclusión previa en el plan de liquidación, a modo de oferta sobrevenida que no se había considerado inicialmente como una posibilidad. Esta última opción persigue otorgar flexibilidad a la liquidación. Las tres formas de transmisión de la empresa o de las unidades productivas presentan algunas especialidades regulatorias.

IV. Las modificaciones introducidas en el libro cuarto del texto refundido de la Ley Concursal obedecen a dos tipos de motivos: Por un lado, la necesidad de adaptar ese texto al Reglamento

(UE) 2015/848, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia; y, por otro lado, la necesidad de introducir ciertas reglas especiales con el fin de ajustar el régimen general previsto en este libro a la particular naturaleza de los institutos o procedimientos preconcursales regulados en el libro segundo.

V. Otras modificaciones relevantes son las siguientes:

-Contratos de trabajo sometidos a la ley española, nuevo art. 745 bis Ley Concursal: "en el caso de que se haya abierto un concurso principal en el extranjero y sus efectos sean reconocidos en España, con arreglo a la ley concursal o cualquier otra norma de la Unión Europea o convencional aplicables, los efectos del concurso sobre los contratos de trabajo y las relaciones laborales sometidas al derecho español se regirán exclusivamente por esta ley".

Ahora bien, si conforme a la ley concursal, la competencia en materia laboral hubiese correspondido al juez del concurso, el juez de lo mercantil que habría sido competente para abrir un procedimiento de insolvencia territorial será competente para aprobar la extinción o modificación de esos contratos, aunque no se haya incoado ningún procedimiento concursal en España».

-Efectos de la reducción en la cotización a la Seguridad Social aplicable a los trabajadores mayores de 62 años. En este sentido, se modifica el apartado 4 del art. 144 LGSS, queda redactado de la siguiente forma:

"La obligación de cotizar continuará en la situación de incapacidad temporal, cualquiera que sea su causa, en la de nacimiento y cuidado de menor, en la de riesgo durante el embarazo y en la de riesgo durante la lactancia natural, así como en las demás situaciones previstas en el artículo 166 en que así se establezca reglamentariamente.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, las empresas tendrán derecho a una reducción del 75 por ciento de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes durante la situación de incapacidad temporal de aquellos trabajadores que hubieran cumplido la edad de 62 años. A estas reducciones de cuotas no les resultará de aplicación lo establecido en el artículo 20.1".

-Se modifica la Ley 5/2011, de 29 de marzo de Economía Social, para incorporar un nuevo art. 10 bis, que dispone la opción de la capitalización de la prestación por desempleo pata la adquisición de la condición de sociedad laboral o transformación en cooperativa por sociedad mercantiles en concurso".

-Se modifica la Disp. Adic.1º de la RDL 1/2020 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal para incorporar una nueva definición de "grupo de sociedades": "A los efectos del texto refundido de la Ley Concursal se entenderá por grupo de sociedades el definido en el artículo 42.1 del Código de Comercio, aunque el control sobre las sociedades directa o indirectamente dependientes lo ostente una persona natural o una persona jurídica que no sea sociedad mercantil".

-Se modifica la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. En concreto se añade un nuevo apartado g) al artículo 2 de esta Ley para disponer que: "en el ámbito concursal, se reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita para todos los trámites del procedimiento especial:

- a los deudores personas naturales que tengan la consideración de microempresa en los términos establecidos en el texto refundido de la Ley Concursal, a los que resulte de aplicación el

procedimiento especial previsto en su libro tercero, siempre que acrediten insuficiencia de recursos para litigar.

-los sindicatos estarán exentos de efectuar depósitos y consignaciones en todas sus actuaciones y gozarán del beneficio legal de justicia gratuita cuando ejerciten un interés colectivo en defensa de las personas trabajadoras y beneficiarias de la Seguridad Social.

-Se modifica el Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, RDL 1/2022 de 29 de noviembre, para incluir que: "el concurso de acreedores no podrá dar lugar a la resolución judicial del plan de pensiones del concursado" (art. 8. Últ. Párrafo del apartado 8º).

-La Ley 16/2022 articula el contenido jurídico de varias disposiciones transitorias para regular el régimen transitorio aplicable a los procedimientos y actuaciones iniciadas después de la entrada en vigor de esta Ley (Disp. Transit.1ª, 2ª, 3ª, 4ª y 5ª)

-La presente ley entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el BOE, con excepción del libro tercero del texto refundido de la Ley Concursal, que entrará en vigor el 1 de enero de 2023, salvo el apartado 2 del artículo 689, que entrará en vigor cuando se apruebe el reglamento a que se refiere la disposición transitoria segunda de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y la disposición adicional undécima referida a los aplazamientos y fraccionamientos de deudas tributarias por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, que entrará en vigor el 1 de enero de 2023.

2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL

Libertad sindical

-STS 569/2022 22-06-2022 Ponente: IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN

La Sala IV confirma la vulneración del derecho fundamental de libertad sindical de UGT y la nulidad de las actuaciones desarrolladas desde la constitución de la comisión negociadora del II convenio colectivo de Dentix, por haberse constituido con exclusión de UGT, al que reconoce el derecho a formar parte de la comisión negociadora, de forma proporcional a su representación. UGT cuenta con más del 10% de los representantes unitarios en la empresa, por lo debió ser llamado para constituir la comisión negociadora siendo irrelevante que no tuviera una sección de ámbito estatal constituida en la empresa. Argumenta que si se quiere abordar la negociación de un convenio colectivo con los representaciones sindicales de la empresa, y no todos los sindicatos con presencia en los órganos de representación unitaria han constituido secciones sindicales de ámbito empresarial, a tal negociación deben ser llamados directamente tanto aquellos sindicatos que no hayan constituido la referida sección, como aquellos que aun habiéndola constituido, no faculten a la misma con arreglo a su estatutos para llevar a cabo tal proceso de negociación. En definitiva, supeditar el ejercicio de parte del contenido del derecho a libertad sindical a que adopte una determinada forma organizativa, no solo vulnera el derecho a la libertad sindical en su vertiente de derecho a la negociación colectiva, sino que supone una intromisión ilegítima en las facultades autoorganizativas del propio sindicato.

-STS 08/04/2022, nº 445/2022, Recurso 379/2020. Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Ponente: Pablo Lucas Murillo de la Cueva

LIBERTAD SINDICAL: LESIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL: IMPROCEDENCIA: REAL DECRETO 1104/2020, DE 15 DE DICIEMBRE, POR EL QUE SE REGULA LA

CONCESIÓN DIRECTA DE SUBVENCIONES A INTERLOCUTORES SOCIALES PARA LA DIGITALIZACIÓN DEL SECTOR PRODUCTIVO: se puede limitar las subvenciones a los beneficiarios identificados nominativamente en el artículo 2 por el procedimiento de concesión directa en vez de seguir el de concurrencia competitiva: falta de infracción de los derechos fundamentales a la igualdad y a la libertad sindical del sindicato denunciante USO: norma aprobada en plena pandemia, a falta todavía de las vacunas y con restricciones importantes de gran incidencia en la actividad económica: circunstancias que aconsejaban actuar con la mayor rapidez para aprovechar la disponibilidad presupuestaria y poner en marcha desde los comienzos de 2021 los módulos de formación correspondientes y llegar así al objetivo de llegar en ese año a 125.000 trabajadores: contexto coherente para acudir a la concesión directa y también lo fue la selección de beneficiarios en atención a su mayor presencia en los diferentes sectores productivos y la distribución entre ellos de los cupos de trabajadores a formar. VOTO PARTICULAR. Fallo: El TS desestima el recurso contencioso-administrativo n.º 379/2020, interpuesto por la Unión Sindical Obrera (USO) contra el Real Decreto 1104/2020, de 15 de diciembre, por el que se regula la concesión directa de subvenciones a interlocutores sociales para la digitalización del sector productivo.

Negociación colectiva

-STS 20/04/2022, nº 359/2022, Recurso de Casación 264/2021. Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro

CONVENIO COLECTIVO PROVINCIAL DE HOSTELERÍA DE GUIPÚZCOA: la doctrina sobre contractualización de las condiciones de trabajo previstas en un convenio colectivo fenecido tiene un claro presupuesto que no exista convenio colectivo aplicable regulando los contenidos prototípicos de la negociación colectiva, y por tanto, si este existe no cabe hablar de contractualización, sin que pueda invocarse la conservación de las condiciones personales de las que disfrutase cada trabajador, que se recoge en el art. 7 del convenio sectorial, porque esa previsión no se refiere al mantenimiento de condiciones normativas que procedan del convenio aplicable anteriormente, sino a las estrictamente ad personam como mejora de las condiciones legales o convencionales; resultando de aplicación el Convenio Colectivo Estatal del Sector de la Restauración Colectiva por tratarse de convenios concurrentes, esto es, que dentro de su ámbito de aplicación incluye actividades o relaciones laborales incluidas en el otro. Fallo: El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el sindicato demandante, contra la Sentencia de 06-07-2021 de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, dictada en autos promovidos en proceso de conflicto colectivo.

-STS 29/03/2022, nº 274/2022, Recurso de Casación 43/2020. Ponente: Angel Antonio Blasco Pellicer

NULIDAD DEL CONVENIO COLECTIVO PARA EMPRESAS DE TRANSPORTES DE MERCANCÍAS POR CARRETERA, AGENCIAS DE TRANSPORTE, DESPACHOS CENTRALES Y AUXILIARES, ALMACENISTAS Y DISTRIBUIDORES Y OPERADORES LOGÍSTICOS DE LA PROVINCIA DE GRANADA 2018-2020: al no haber sido llamada para formar parte de la comisión negociadora una asociación empresarial que ostenta la representativa necesaria y que es mayoritaria en el sector pero que carece por sí misma de legitimación para firmar el convenio, careciendo las dos asociaciones firmantes de legitimación para acordarlo por si solas. Fallo: El TS desestima los recursos de casación interpuestos por el sindicato codemandado y por la demandante, contra la Sentencia de 22-10-2019 de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede Granada, dictada en procedimiento de impugnación de convenio colectivo.

-STS 31/03/2022, nº 288/2022, Recurso de Casación 59/2020. Ponente: Mª Luz García Paredes

CONVENIO COLECTIVO DE LIMPIEZA DE EDICIOS Y LOCALES DE LA PROVINCIA DE A CORUÑA: carece de legitimación activa para impugnarlo por ilegalidad la asociación empresarial que tiene por objeto la representación, defensa y fomento de los intereses de las empresas del sector del trabajo temporal, agencias de colocación, formación de trabajadores y, en general, de la empresas de la intermediación laboral privada, por no reunir el requisito exigido de estar directamente interesada en la impugnación del convenio, al no estar sus representados incluidos en su ámbito de aplicación; es nulo su art. 35, último párrafo, al privar a las empresas de trabajo temporal de poder concertar contratos de puesta a disposición con empresas usurarias de limpieza de locales y edificios cuando los trabajadores vayan a ser contratados por medio de un contrato eventual por circunstancias del mercado, afectando además a quienes están excluidos de su ámbito de aplicación. Fallo: El TS estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por la Asociación Empresarial demandante, contra la Sentencia de 26-12-2019 de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, dictada en procedimiento de impugnación de convenio colectivo, que casa parcialmente, declarando nulo el último párrafo del art. 35 del Convenio Colectivo provincial de limpieza de edificios y locales de A Coruña.

-STS 05/04/2022, nº 303/2022, Recurso de Casación 99/2020. Ponente: Angel Antonio Blasco Pellicer

IMPUGNACIÓN DE PLAN DE IGUALDAD: se rechaza las excepciones de prescripción, pues puede plantearse mientras esté en vigor; la falta de legitimación activa del sindicato por ostentar la condición de más representativo y además tener implantación suficiente en el ámbito del conflicto; así como la falta de acción respecto de las empresas no obligadas a elaborarlo por tratarse del elaborado por la dirección del grupo, siéndoles de aplicación; se declara la nulidad por no haberse negociado con los sujetos legitimados, de conformidad con el art. 87 ET. LESIÓN DE LA LIBERTAD SINDICAL: por ausencia de negociación de plan de igualdad aplicable a grupo de empresas de conformidad con el art. 87 ET. Fallo: El TS desestima el recurso de casación interpuesto por las empresas codemandadas, contra la Sentencia de 24-02-2020 de la Sala de lo Social de la AN, dictada en procedimiento de conflicto colectivo.

Derecho de huelga

-STS 05/04/2022, nº 304/2022, Recurso de Casación 108/2020. Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro

HUELGA ILEGAL O ABUSIVA: no procede tal calificación por falta de acreditación de una conducta fraudulenta (secundada por los maquinistas que desempeñan una función neurálgica en el funcionamiento de la empresa), y sin que pueda calificarse como abusiva la convocada con claros motivos, anudados a la negociación colectiva respecto de la que existían discrepancias, pues la concentración de la reivindicación en los meses estivales no es, en sí mismo, signo de abuso, ni tampoco la superposición de días de huelga. Fallo: El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la mercantil demandante, contra la Sentencia de 28-04-2020 de la Sala de lo Social del TSJ de Canarias, sede Santa Cruz de Tenerife, dictada en autos promovidos en proceso de conflicto colectivo sobre huelga abusiva e ilegal y reclamación de daños y perjuicios.

Grupo de empresas

-STS 22/03/2022, nº 246/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina 1389/2020. Ponente: Sebastián Moralo Gallego

INEXISTENCIA DE GRUPO LABORAL DE EMPRESAS: no se aprecia respecto de un grupo mercantil al constar exclusivamente que «ABENGOA, SA» es la empresa dominante del grupo, la crisis empresarial que atraviesa y la existencia de un mecanismo de tesorería centralizada, «cash pooling», pero no datos que acrediten la utilización fraudulenta de los vínculos existentes entre las empresas del grupo. UNIFICACIÓN DE DOCTRINA: se desestima el segundo motivo, relativo a la incidencia de las retribuciones variables de inventivos por ventas para calcular el importe de la indemnización por despido, al invocarse de contraste una sentencia que desestima el recurso de casación para unificación de doctrina por falta de contradicción. Fallo: El TS estima en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa codemandada, contra la Sentencia de 31-01-2020 de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, dictada en autos promovidos en reclamación por despido, que casa y anula en parte y, resolviendo el debate de suplicación, estima el de tal clase formulado por la recurrente, revocando la sentencia de instancia en cuanto declara la existencia de grupo laboral de empresas y condena solidariamente a las mismas.

Contratos temporales

-STS 18/05/2022, nº 453/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina 4088/2020. Ponente: Angel Antonio Blasco Pellicer

SOCIEDAD ESTATAL DE CORREOS Y TELÉGRAFOS, SA: si bien en el ámbito de la administración pública, que precisa del seguimiento de procedimientos reglados de creación de plazas, la insuficiencia de plantilla puede justificar la suscripción de contratos eventuales por circunstancias de la producción para cubrir absentismo y de interinidad para sustituciones, eso sólo es lícito cuando concurren circunstancias no previsibles, no así cuando se celebran para atender necesidades estructurales de la empresa, por tratarse de situaciones que se reiteran sistemáticamente; el cese en el último contrato que se considera despido que debe ser calificado de nulo, dado el estado de gestación de la trabajadora. RECTIFICA DOCTRINA. Fallo: El Pleno del TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la demandante, contra la Sentencia de 02-09-2020 de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, dictada en autos promovidos en reclamación por despido, que casa y anula y, resolviendo el debate en suplicación estima el de tal clase formalizado por la actora, en el sentido de declarar la nulidad del cese.

-STS 28/03/2022, nº 268/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina 471/2020. Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro

CONTRATO INDEFINIDO DE APOYO A EMPRENDEDORES: el periodo de prueba anual del contrato de apoyo a emprendedores y el desistimiento empresarial acorde con esa funcionalidad específica poseen naturaleza especial, siendo inaplicable la construcción común, por lo que su extinción una vez transcurrido el tiempo máximo de su duración ordinaria no es subsumible en el art. 49.1 b) ET, debiendo observarse el plazo de preaviso contemplado en el art. 53.1.c) ET por analogía entre la causa por la que se admite el desistimiento empresarial y el despido objetivo, por cuanto si se exige preaviso para la dimisión del trabajador también ha de aplicarse al desestimiento cuando el período de prueba se extiende más allá del adecuado para su genuina finalidad, en atención a su propia validez constitucional basada en su funcionalidad diversa de la genuina del período de prueba lo que exige una contraprestación analogía y concordancia con el plazo de preaviso «razonable» contemplado en

la Carta Social Europea. UNIFICACIÓN DE DOCTRINA: falta de contradicción en los dos primeros motivos, el primero, sobre la revisión fáctica en suplicación ante la ausencia de proximidad en los hechos y en los documentos o elementos en los que se basa la revisión; y, el segundo, por ser diversas las circunstancias fácticas en orden a apreciar fraude de ley en la contratación. Fallo: El TS estima en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la demandante, contra la Sentencia de 11-11-2019 de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, dictada en autos promovidos en reclamación por despido, que casa y anula parcialmente y, resolviendo el debate en suplicación, desestima el de tal clase formulado por la demandada, reconociendo el derecho de la trabajadora al percibo de la indemnización equivalente a los salarios dejados de percibir como consecuencia de la inobservancia del plazo de preaviso.

Cesión ilegal de trabajadores

-STS 06/04/2022, nº 322/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina 2524/2019. Ponente: Rosa María Virolés Piñol

INEXISTENCIA DE CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES: contrata administrativa del servicio de asistencia escolar a los alumnos con necesidades educativas especiales, en la que la empresa adjudicataria mantiene y ejecuta los poderes inherentes a su condición de real empresaria, aunque la cliente discipline en sus aspectos generales la forma en que han de ser realizadas las tareas inherentes al objeto de la contratación, por ser circunstancias necesarias para la coordinación del desarrollo de la propia contrata y no entrañan cesión de facultades de dirección y control de la cliente sobre la plantilla de la empleadora. Fallo: El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la «Consejería de Educación de la Junta de Andalucía» codemandada, contra la Sentencia de 06-05-2019 de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede Málaga, dictada en autos promovidos en reclamación por despido, que casa y anula y, resolviendo el debate en suplicación, desestima el de tal naturaleza formulado por la parte actora.

-STS 595/2022, de 29-06-2022 Ponente: SEBASTIAN MORALO GALLEGO

La empresa Norwegian, desde la apertura de su base en el Aeropuerto de Málaga ha venido utilizando únicamente trabajadores cedidos por la ETT Adecco TT SAU ETT, para cubrir los puestos de tripulantes de cabina de pasajeros y de dos coordinadoras. Se cuestiona si la celebración de 74 contratos de puesta a disposición entre la empresa usuaria y una ETT, para cubrir necesidades permanentes de aquella, debe sancionarse como falta muy grave del art. 8.2, o como falta grave del art. 19.2 LISOS. Por los mismos hechos han sido sancionadas de igual forma la empresa cedente y la cesionaria. En la STS 2/12/2021, RCUD. 4701/2018, se resolvió el recurso de casación interpuesto por la Autoridad Laboral en el caso de la sanción a la ETT que actuó como empresa cedente. La Sala considera demostrado que la ETT cedió 74 trabajadores a la empresa usuaria, quien no contaba con una plantilla propia para prestar servicios de navegación aérea en la base de Málaga y en otras del territorio español, habiendo suscrito con dichos trabajadores contratos eventuales por circunstancias de la producción, que desbordaron con mucho los límites temporales del art. 15.1.b ET, acreditando que el objeto real del contrato fue la cobertura de la organización estructural u ordinaria de la empresa, lo que constituye una cesión ilegal de trabajadores, toda vez que la ETT desbordó radicalmente los límites establecidos en el art. 6.2 de la Ley 14/1994, excediendo, por tanto, los límites establecidos en el art. 43.1 ET.

Empresas de Trabajo Temporal

-STJUE 17/03/2022, Asunto C 232/2020I

POLÍTICA SOCIAL: Disposiciones sociales: Trabajo a través de empresas de trabajo temporal (Directiva 2008/104/CE): ámbito de aplicación: trabajadores que tengan un contrato con una empresa de trabajo temporal y que se pongan a disposición de empresas usuarias a fin de trabajar «de manera temporal» bajo su control y dirección: uso abusivo de dicha contratación: estimación: normativa nacional que fija un período máximo de puesta a disposición del mismo trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal a la misma empresa usuaria al tiempo que excluye, mediante una disposición transitoria, a efectos del cálculo de dicho período, el cómputo de los períodos anteriores a la entrada en vigor de esa normativa. ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UE: Actos de las instituciones (Derecho derivado): Directivas: Efecto directo: Horizontal: desestimación: interpretación conforme la letra y la finalidad de la Directiva: límites: la Directiva no permite al juez nacional excluir una disposición de su Derecho interno contraria a la misma si, con ello, se impusiese al particular una obligación adicional: órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio exclusivamente entre particulares no está obligado, basándose únicamente en el Derecho de la Unión, a abstenerse de aplicar una disposición transitoria contraria al Derecho de la Unión.

Principio de igualdad y de no discriminación

-STS 08/04/2022, nº 335/2022, Recurso de Casación 20/2021. Ponente: Juan Molins García-Atance

DISCRIMINACIÓN: constituye una discriminación indirecta por razón de sexo, atendiendo al número de mujeres de trabajadoras que disfrutan de reducción de jornada frente al de hombres en la empresa, la decisión empresarial de supeditar el cobro de la ayuda alimentaria a concluir la jornada diaria de trabajo a las 16:00 horas, no habiendo justificado la empresa que la exclusión de la ayuda alimentaria a los trabajadores con jornada partida con horario de salida anterior a las 16 horas responde a una finalidad legítima, una justificación objetiva y razonable que excluya el móvil discriminatorio; «BBVA, SA». INEXISTENTE VARIACIÓN SUSTANCIAL DE LA DEMANDA: al contenerse en la solicitud de mediación los hechos esenciales que sustentan la pretensión litigiosa, sin que en el escrito de demanda se altere la «causa petendi» y sin que se haya causado indefensión a la parte demandada. INEXISTENCIA DE PRESCRIPCIÓN: pues la acción puede ejercitarse en tanto se mantenga la decisión impugnada, con independencia del concreto momento en el que se adoptó. Fallo: El TS desestima el recurso de casación ordinario interpuesto por la empresa demandada, contra la Sentencia de 27-07-2020 de la Sala de lo Social de la AN, dictada en proceso de conflicto colectivo

Tiempo de trabajo

-STJUE 24/02/2022 Asunto C 262/2020

POLÍTICA SOCIAL: ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO:(Directiva 2003/88/CE): DURACIÓN NORMAL DEL TRABAJO NOCTURNO:(arts 8 y 12 letra a): 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: en cualquier caso, 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; CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA: arts.

20 y 31: interpretación en el sentido de que no se oponen a que la duración normal del trabajo nocturno fijado en siete horas por la normativa de un Estado miembro 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.

-STS 06/04/2022, nº 313/2022, Recurso de Casación 151/2020. Ponente: Rosa María Virolés Piñol

TIEMPO EFECTIVO DE TRABAJO: no tiene la consideración de tal el empleado por los trabajadores para cumplimentar las solicitudes o justificar las ausencias a través del sistema informático implantado por la empresa para facilitar las gestiones administrativas, sistema que no vulnera la normativa de protección de datos por tratarse de datos necesarios para el normal desenvolvimiento de la relación contractual, y, además, las bajas se siguen realizando de forma presencial. Fallo: El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el sindicato demandante, contra la Sentencia de 24-06-2020 de la Sala de lo Social de la AN, dictada en proceso de conflicto colectivo.

-STS 06/04/2022, nº 327/2022, Recurso de Casación 114/2020. Ponente: Ricardo Bodas Martín

IV CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR DE RESIDENCIAS PRIVADAS DE LA TERCERA EDAD DE GALICIA: no procede la compensación con 1,3 días laborables todos los festivos trabajados con independencia de la forma de disfrute posterior, al estar establecido en el art. 38 un sistema gradual, en el que esa compensación está prevista sólo para el caso de que los festivos trabajados se compensen aisladamente o en períodos inferiores a los doce días. Fallo: El TS estima en parte el recurso de casación interpuesto por la «Asociación Galega de Residencia de Tercera Idade (AGARTE)» y la «Asociación Gallega de Residencia e Centros de Ancians de Iniciativa Social (ACOLLE)» contra la Sentencia de fecha 19-05-2020, del TSJ de Galicia, dictada en autos promovidos por el Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia, la Unión General de Trabajadores y la Confederación Intersindical Galega, contra las recurrentes, sobre conflicto colectivo, que casa y anula parcialmente, declarando que los trabajadores afectados por el conflicto, no tienen derecho a que se les compense con 1,3 días laborables, cuando disfruten los doce festivos trabajados con sus vacaciones anuales, absolviendo a las demandadas de dicha pretensión, manteniendo el fallo de la sentencia recurrida en todo lo demás.

Retribución del trabajo. Salario

-STJUE 05/05/2022 Asunto C 101/2021, Cuestión prejudicial

POLÍTICA SOCIAL: PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES EN CASO DE INSOLVENCIA DEL EMPRESARIO (Directiva 80/987/CEE: INSTITUCIONES DE GARANTÍA: pago de créditos impagados: oposición del Derecho Comunitario a jurisprudencia nacional según la cual una persona que ejerce en virtud de un contrato de trabajo válido de forma acumulativa las funciones de director y de miembro del órgano estatutario de una sociedad mercantil no puede ser calificada de trabajador asalariado y, por lo tanto, no puede disfrutar de las garantías previstas por esa Directiva para los trabajadores; ÁMBITO DE APLICACIÓN: inclusión: persona que ejerce en virtud de un contrato de trabajo celebrado con una sociedad mercantil las funciones de miembro del consejo de administración y de director de dicha sociedad: circunstancia que no permite por sí sola presumir o excluir la existencia de una relación laboral ni la calificación de dicha persona como trabajador asalariado si ejerce sus funciones en el marco de una relación de subordinación.

-STS 29/03/2022, nº 272/2022, Recurso de Casación 162/2019. Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro

ABSORCIÓN Y COMPENSACIÓN-SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL: en materia de compensación y absorción a efectos de la subida de SMI para 2019 con complemento salarial variable, los términos del art. 27.1 ET deben prevalecer sobre los del RD 1462/2018: la base de cálculo, a la que hay que añadir la cantidad necesaria para llegar al nuevo SMI establecido por el RD 1462/18, ha de incluir el salario base más de lo distintos complementos, operando la compensación y absorción, en su conjunto y cómputo anual, con el propio SMI y por tanto, se incluye los diversos conceptos salariales, salvo que una norma con rango de Ley aboque a otra conclusión, o el propio convenio colectivo lo indique de forma expresa. Fallo: El TS desestima los recursos de casación interpuestos por los sindicatos demandantes, contra la Sentencia de 24-05-2019 de la Sala de lo Social de la AN, dictada en autos promovidos en proceso de conflicto colectivo.

-STS 01/04/2022, nº 295/2022, Recurso de Casación 60/2020. Ponente: Concepción Rosario Ureste García

SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL: la base de cálculo, a la que hay que añadir la cantidad necesaria para llegar al nuevo SMI establecido por el RD 1462/18, ha de incluir el salario base más de lo distintos complementos, operando la compensación y absorción, en su conjunto y cómputo anual, con el propio SMI y por tanto, se incluye los diversos conceptos salariales, no así aquellos que tienen naturaleza extrasalarial como el plus transporte; «Convenio de Limpieza de Edificios y Locales de la Provincia de Alicante para 2019». Fallo: El TS estima en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el sindicato demandante, contra la Sentencia de 19-12-2019 de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana, dictada en autos promovidos en proceso de conflicto colectivo, que casa y anula en parte en el sentido de declarar que el plus extrasalarial no resulta compensable con el incremento del SMI para 2019.

-SSTS 07/04/2022, nº 334/2022, Recurso de Casación 158/2020. Ponente: Mª Luz García Paredes

ABSORCIÓN Y COMPENSACIÓN DE SALARIOS: no procede compensar con los atrasos de convenio los conceptos salariales por unidad de tiempo, que atiendan al esfuerzo laboral o a condiciones de trabajo particular o ligados al puesto de trabajo, y en este caso los complementos de NPE, Salarial a Pagas, Ajuste de Sala, Diferencia de Puesto y Plus Picker, se abonan a determinados trabajadores subrogados por razón de sus funciones y del centro en que prestan sus servicios, sin que conste que sean producto de una voluntaria concesión de las empresas, por lo que no procedía la compensación. Fallo: El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la empresa demandada, contra la Sentencia de 10-07-2020 de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, dictada en procedimiento de conflicto colectivo.

-STS 19/04/2022, nº 342/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina 615/2019. Ponente: Mª Luisa Segoviano Astaburuaga

PERSONAL LABORAL DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA: resulta competente para el reconocimiento del plus peligrosidad, penosidad y toxicidad la Comisión del Convenio, a propuesta de la Subcomisión de Valoración y Definición de puestos de trabajo, pero una vez efectuada la oportuna petición por parte de interesado ante la referida Comisión, no cabe que el procedimiento se dilate durante años, sino que ha de resolverse en un plazo razonable, acorde con lo previsto en el Acuerdo de fecha 11 de diciembre de 1997, por el que se establecen los criterios y el procedimiento

para el reconocimiento o revisión de los referidos pluses, por lo que falta de respuesta tras varios años lleva a entender por cumplido este trámite preprocesal, y constando que concurren en el puesto las características excepcionales que justifican la percepción del plus reclamado, es procedente su reconocimiento. Fallo: El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la demandada, contra la Sentencia de 05-12-2018 de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede Sevilla, dictada en autos promovidos en reclamación de derecho y cantidad.

Modificación sustancial de condiciones de trabajo

-STS 07/04/2022, nº 332/2022, Recurso de Casación 52/2021. Ponente: Mª Luz García Paredes

INEXISTENCIA DE MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO COLECTIVAS: circulares dictadas por la Administración Autonómica de modificación temporal y excepcional de las condiciones de jornada y horarios del personal laboral, a consecuencia del COVID-19, sin que sea preciso abrir un período de consultas para implantar las medidas que se limitan a establecer las pautas para recuperar la normalidad en el desarrollo de las relaciones laborales que se vieron alteradas con la excepcional situación generada por la pandemia y la declaración del estado de alarma y sin que se aprecie discriminación por razón de género en relación con la suspensión de las posibilidades de modificación de las jornadas reducidas por tratarse de una medida generalizada adoptada en el marco de la normativa Covid. COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL: para conocer de la impugnación de dichas circulares al afectar al personal laboral y basarse la impugnación en existir para el mismo un acuerdo en materia de jornada y horario. Fallo: El TS estima el recurso de casación interpuesto por el demandado, contra la Sentencia de 29-10-2020 de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, dictada en procedimiento de conflicto colectivo, que casa y anula, desestimando íntegramente la demanda.

Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTE)

-STS 572/2022, de 22-06-2022 Ponente: ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

La Sala IV confirma la desestimación de la demanda promovida por Konecta BTO SL, en la que impugna la resolución del Mº de Trabajo y Economía Social que, estimando el recurso de alzada interpuesto por sindicato, declaró la inexistencia de fuerza mayor, lo que impidió la suspensión de las relaciones laborales y/o reducción de jornada. Con carácter previo se desestiman los motivos de revisión fáctica y se pone de relieve que si bien, con anterioridad, en otro procedimiento se llegó a un acuerdo de conciliación judicial sobre ERTE entre sindicatos y empresa, tal conciliación no vincula a la respuesta judicial de este procedimiento. En cuanto al fondo del asunto, no resulta acreditada la conexión directa e inmediata entre la pérdida de actividad y la vinculación con la COVID 19, por lo que, no concurre la fuerza mayor en los términos exigidos por el artículo 22 del RDL 8/2020, de 17. En consecuencia, la resolución administrativa impugnada no cometió infracción del ordenamiento jurídico, en concreto, no vulneró ninguna de las reseñadas normas que configuran este excepcional supuesto de fuerza mayor ligado a las consecuencias de la pandemia y a la declaración del estado de alarma; antes al contrario, no constató la existencia de fuerza mayor, entre otras razones, por cuanto que el solicitante no acreditó que su situación pudiera estar comprendida en las descritas en el referido precepto configurador de esta especial fuerza mayor vinculada a la pandemia derivada del COVID 19.

-STS 06/04/2022, nº 329/2022, Recurso de Casación 150/2020. Ponente: Ignacio García-Perrote Escartín

NULIDAD DE LAS SUSPENSIONES COLECTIVAS DE CONTRATOS DE TRABAJO POR CAUSAS PRODUCTIVAS VINCULADAS A LA CRISIS GENERADA POR LA COVID-19: habiéndose negociado con una comisión sindicalizada, la empresa quebró la buena fe negocial, lesionando la libertad sindical, al entrometerse en la adopción de acuerdos del sindicato y en su posicionamiento como bloque frente a la decisión empresarial de flexibilidad interna, concurriendo fraude de ley, al perseguir, con dicha actuación, eludir las mayorías representantivas de la comisión negociadora, teniendo en cuenta que la mayoría se computa, no por cabezas, sino por el porcentaje de respresentación que tiene cada uno de ellos, siendo que, además, al no existir dicho acuerdo, resultaba preciso comunicar la decisión empresarial a la representación legal de los trabajadores. Fallo: El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la empresa demandada, contra la Sentencia de 03-07-2020 de la Sala de lo Social de la AN, dictada en proceso de conflicto colectivo.

-STS16/03/2022, nº 240/2022, Recurso de Casación 309/2021. Ponente: Luisa Segoviano Astaburuaga

SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR FUERZA MAYOR: crisis sanitaria provocada por la COVID-19: improcedencia: empresa dedicada a operar aparcamientos de coches, operando en varias ciudades de España, donde gestiona tanto aparcamientos subterráneos como control horario de zonas de estacionamiento creadas por las corporaciones municipales: falta de acreditación suficiente por la empresa de la imposibilidad temporal de continuar con su actividad. Fallo: El TS, en Pleno, desestima el recurso de casación ordinario interpuesto por la empresa demandante, confirmando la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional en fecha 28-5-2021, sobre impugnación de actos administrativos.

-STS 27/01/2022, nº 78/2022, Recurso de Casación 245/2021. Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro

RECURSO DE ALZADA FRENTE A RESOLUCIÓN DENEGATORIA DE ERTE ASOCIADO AL ESTADO DE ALARMA: el plazo para su interposición es el general previsto en el art. 122 Ley 39/2015, pues, la finalidad de agilizar la tramitación quedaría en entredicho si la Administración debe resolver en un plazo breve no afectado por el estado de alarma y, sin embargo, si se suspendiese el plazo para interponer el recurso; ahora bien, teniendo en cuenta que la Resolución se notificó cuando ya había entrado el vigor el RDLey 11/2020, de 31 marzo, han de aplicarse sus previsiones respecto de la ampliación de los plazos para la interposición de recursos en vía administrativa, al no contener exclusión alguna. VOTO PARTICULAR. Fallo: El Pleno del TS estima el recurso de casación interpuesto por la empresa demandante, contra la Sentencia de 10-4-2021 de la Sala de lo Social de la AN, dictada en proceso de impugnación actos de la Administración, que casa y anula, devolviendo las actuaciones al órgano de procedencia y conceder a la citada Secretaría de Estado la posibilidad de resolver el recurso de alzada presentado por la citada mercantil, en el plazo legalmente fijado al efecto y computado a partir de la notificación de la presente sentencia, partiendo de su admisibilidad por razón del momento en que se presentó.

Sucesión de empresa. Subrogación

-STJUE 28/04/2022 Asunto C 237/2020

POLÍTICA SOCIAL: Aproximación de legislaciones: mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas: Ámbito de aplicación: exclusión: transmisiones de empresas cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo «abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente», y también cuando la transmisión de la empresa o de una parte de esta se prepara, antes de la apertura de un procedimiento de quiebra que tiene por objeto la liquidación de los bienes del cedente y durante el cual se realiza dicha transmisión, en el marco de un procedimiento de «pre-pack», cuyo objetivo principal consiste en posibilitar que en un procedimiento de quiebra se proceda a una liquidación de la empresa en funcionamiento que satisfaga al máximo los intereses del conjunto de los acreedores y que permita conservar en la medida de lo posible los puestos de trabajo, siempre que dicho procedimiento de «pre-pack» se rija por disposiciones legales o reglamentarias.

-STS 589/2022, de 29-06-2022 Ponente: IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN

RCUD. Sucesión de empresa. Adveo España, S.A. Inexistencia de responsabilidad de la empresa cedente, en un supuesto de sucesión de empresa, por actos posteriores de la empresa cesionaria e inexistencia de grupo de empresas a efectos laborales. De conformidad con el Ministerio Fiscal, se estima el recurso. Se cuestiona si, en un supuesto de sucesión de empresa, se puede declarar la responsabilidad de la empresa cedente -ahora recurrente en casación unificadora- por actos posteriores de la empresa cesionaria y si existe grupo. Responsabilidad de la empresa cedente, en un supuesto de sucesión de empresa, por actos posteriores de la empresa cesionaria e inexistencia de grupo de empresas a efectos laborales.

-STS 23/03/2022, nº 257/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina 108/2020. Ponente: Angel Antonio Blasco Pellicer

INEXISTENCIA DE SUCESIÓN DE EMPRESAS: como consecuencia de la reversión del servicio de limpieza viaria antes externalizado por Ayuntamiento, pues al ser una actividad que descansa esencialmente en la mano de obra, es necesario que la empresa que pase a realizar la actividad asuma parte de los trabajadoras de la empresa que anteriormente realizaba el servicio, no resultando aplicable el art. 130 LCSP 2017 por haberse iniciado el expediente de contratación antes de su entrada en vigor, ni apoyar la tesis de la recurrente la disp. adic. 26 LPGE 2017 que efectúa una remisión in genere a las previsiones sobre sucesión de empresas, haber entrado en vigor con posterioridad al expediente de contratación y además haberse declarado en parte inconstitucional por la STC 122/2018. Fallo: El TS desestima los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por la demandante y por la empresa saliente codemandada, contra la Sentencia de 05-11-2019 de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, dictada en autos promovidos en reclamación por despido.

-STS 23/03/2022, nº 259/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina 3117/2020. Ponente: Concepción Rosario Ureste García

SUCESIÓN DE EMPRESAS: cuando se trata de actividades donde la mano de obra constituye un factor esencial, se produce cuando la empresa entrante asume una parte relevante del personal adscrito a la contrata en términos cuantitativos o cualitativos, debiendo estarse a la entidad o competencia en el desempeño de los servicios, de forma que resulta insuficiente examinar de manera

aislada el quantum personal objeto de asunción, salvo cuando el alcance de la plantilla incorporada sea tan sustancial o relevante en sí mismo que permita soslayar el análisis de sus competencias; en el caso existe sucesión de plantillas al haberse asumido la entrante al 75% del personal de la saliente; el convenio colectivo puede mejorar la regulación del ET y de la Directiva 2001/23/CE pero no empeorarla. Fallo: El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el demandante, contra la Sentencia de 18-09-2020 de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, dictada en autos promovidos en reclamación por despido.

-STS 29/03/2022, nº 269/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina 1062/2020. Ponente: Ignacio García-Perrote Escartín

SUCESIÓN DE CONTRATAS EN EMPRESAS DE SEGURIDAD: la nueva adjudicataria está obligada, aun en el supuesto de reducción de la contrata, a asumir toda la plantilla cuando se ha producido la transmisión de una entidad económica que mantenga su identidad (en actividades donde la mano de obra constituye un factor esencial lo relevante es que se haya asumido una parte esencial de la plantilla en términos de competencias o numéricos), aunque ello se produzca como consecuencia del cumplimiento de la obligación subrogatoria impuesta en el Convenio Colectivo, sin perjuicio de que pueda acudir a un despido objetivo o, en su caso, colectivo, con base en esa causa para reducir la plantilla; despido improcedente: responsabilidad de la empresa entrante. Fallo: El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa codemandada, para confirmar la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede de Granada, de 23-1- 2020, sobre despido.

-STS 23/03/2022, nº 255/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina 1714/2019. Ponente: Mª Luisa Segoviano Astaburuaga

SUCESIÓN DE CONTRATAS EN EL SECTOR DE CONTACT CENTER: la oposición de la nueva empresa adjudicataria de subrogar al personal de la empresa saliente, sometido al proceso de selección, alegando que se trata de personal de estructura y no de operaciones, habiéndose acreditado que la trabajadora si tiene tal condición, constituye un fraude de ley, debiendo calificarse esa decisión como despido improcedente. Fallo: El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por los demandantes, contra la Sentencia de 20-12-2018 de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede Sevilla, dictada en autos promovidos en reclamación por despido, que casa y anula y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estima el de tal clase entablado por la parte actora en el sentido de declarar la improcedencia de los despidos de los demandantes.

Despidos colectivos

-STS 20/04/2022, nº 357/2022, Recurso de Casación 206/2021. Ponente: Ricardo Bodas Martín

DESPIDO COLECTIVO POR CAUSAS PRODUCTIVAS: es ajustado a Derecho el derivado de la pérdida de la contrata, en la que prestaban servicio los trabajadores despedidos, tratándose de una situación estructural y no coyuntural, que era la concurrente en los ERTES previos derivados de reducción temporal de pedidos; existió negociación de buena fe al proponer la empresa fórmulas para atenuar las consecuencias del despido, resultando imposible alcanzar acuerdos por la actitud de la RLT que no aceptó las ofertadas, sin proponer alternativas. LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR: la ostenta el sindicato, implantado en el ámbito del despido, que se adhiere a la demanda, si bien su actuación debe limitarse a las pretensiones de la demanda, no pudiendo analizarse las cuestiones nuevas propuestas. Fallo: El Pleno del TS desestima el recurso de casación interpuesto por el sindicato

adherido a la demanda, contra la Sentencia de 05-03-2021 de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede Sevilla, dictada en procedimiento de despido colectivo.

-STS 16/03/2022, nº 239/2022, Recurso de Casación 265/2021. Ponente: Angel Antonio Blasco Pellicer

DESPIDO COLECTIVO AJUSTADO A DERECHO POR CAUSA PRODUCTIVA: crisis estructural por la disminución sostenida y continuada de la demanda de los bienes y productos que la empresa coloca en el mercado, que aunque está influenciada por la situación mundial pandémica, tiene raíces anteriores a tal situación sanitaria y se proyecta hacía el futuro en una situación prevista de normalidad sanitaria; suficiencia y adecuación documentación entregada, ausencia de mala fe e inexistencia de incumplimiento de acuerdos laborales; no se constata ningún tipo de vulneración de criterios de selección y derechos fundamentales, ya sean huelga, discriminación o contexto COVID. Fallo: El TS, en Pleno, desestima los recursos de casación interpuestos por las actoras, para confirmar y declarar la firmeza de la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, de fecha 27-4-2021 recaída en procedimiento de despido colectivo.

-STS 20/04/2022, nº 358/2022, Recurso de Casación 241/2021. Ponente: Rosa María Virolés Piñol

DESPIDO COLECTIVO PROCEDENTE POR CAUSAS PRODUCTIVAS: se rechaza la nulidad por vulneración de la «cláusula de salvaguarda de empleo» (art. 2 RDL 8/2020) por no tener la invocada su causa directa en la pérdida de actividad por consecuencia del COVID-19, sino que en la rescisión de contrato de prestación de servicios, teniendo en cuenta que si concurren causas estructurales y no meramente coyunturales ha de acudirse a esta medida y no a la suspensión de los contratos, correspondiendo a la empresa acreditar que se trata de situación estructural y que las medidas de flexibilidad interna son insuficientes para paliar la situación; también se rechaza la nulidad por falta de buena en fe en la negociación al haberse aportado la información y documentación necesarias; acreditada la pérdida de la contrata la decisión extintiva ha de declararse ajustada a Derecho. Fallo: El Pleno del TS desestima los recursos de casación interpuestos por los sindicatos demandantes, contra la Sentencia de 11-12-2020 de la Sala Social del TSJ de Catalunya, dictada en proceso de impugnación de despido colectivo.

-STS 19/04/2022, nº 345/2022. Recurso de casación para la unificación de doctrina 1779/2019. Ponente: Juan Molins García-Atance

DESPIDO COLECTIVO: pretendiéndose la nulidad del despido objetivo impugnado por superar el número de extinciones los umbrales del despido colectivo, en aplicación de la cláusula antifraude del último párrafo del art. 51.1 ET, se tendrá en cuenta todo período de 90 días, anteriores o posteriores al despido individual impugnado, y durante el cual se haya producido el mayor número de despidos efectuados por el empresario por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, pero para ello es necesario que tales períodos sean sucesivos o consecutivos, lo que no concurre en el caso. UNIFICACIÓN DE DOCTRINA: falta de contradicción, en cuanto a la infracción procesal consistente en la aportación por el demandante, una vez concluido el juicio, de informe emitido por la Inspección de Trabajo en el que intervino la empresa, valorándose en la sentencia, sin dar traslado al resto partes, y referirse la referencial a diligencias finales sin dar traslado a las partes; y en el motivo referente a si concurren las mismas causas de extinción en el período de referencia, al no considerar la recurrida que son diferentes las causas con base a la pruebas prácticas, mientras que en la referencial, consta acreditado que se trata de nuevas causas. Fallo: El TS estima en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa

demandada, contra la Sentencia de 08-01-2019 de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana, dictada en autos promovidos en reclamación por despido, que casa y anula, devolviendo las actuaciones a la Sala de procedencia para que, partiendo de que no se superaron los umbrales del despido colectivo, se pronuncie con libertad de criterio acerca de si concurrió causa suficiente para la extinción del contrato de trabajo.

Despido objetivo

-STS 29/03/2022, nº 270/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina 2142/2020. Ponente: Juan Molins García-Atance

DESPIDO POR ABSENTISMO: el derogado art. 52 d) ET no vulneraba, como declaró el TC en su Sentencia 118/2019, de 16 octubre, el derecho fundamental a la integridad física y moral al responder al objetivo legítimo de proteger la productividad de la empresa y la eficiencia en el trabajo, sin que con esta medida se afecte a la salud o recuperación del trabajador afectado ni puede ser adoptada en caso de enfermedades graves o de larga duración; ni el art. 6 del Convenio 158 OIT que permite que el legislador nacional pueda establecer limitaciones a la regla general que excluye que la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión constituya una causa justificada de terminación de la relación de trabajo; ni los arts. 4.1 y 5 del Convenio 155 OIT, por no acreditarse qué posibilidad legal de despedir a los trabajadores con una indemnización extintiva inferior a la prevista para el caso de despido improcedente, cause a los trabajadores un perjuicio real y efectivo en su seguridad y salud; ni el art. 3 de la Carta Social Europea, vigente a la fecha del cese, que permitía el despido cuando existan razones válidas para ello relacionadas con las aptitudes o la conducta del trabajador, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio; ni por último el art 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que no establece protección superior a la CE, y el hecho de que el TC no se pronunciara expresamente sobre este extremo en dicha Sentencia, supone su rechazo al no haber avalado el Pleno el voto particular que así lo consideraba. Fallo: El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa demandada, contra la Sentencia de 17-01-2020 de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, dictada en autos promovidos en reclamación por despido, que casa y anula, devolviendo las actuaciones a la Sala de procedencia para que, con libertad de criterio, partiendo de que el art. 52.d) ET no era contrario a los tratados internacionales, resuelva el recurso de suplicación en su día planteado.

-STS 22/03/2022, nº 247/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina 51/2021. Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro

EXTINCION DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS: el equilibrio productivo de la empresa resulta afectado cuando esta pierde un cliente, sin que esté obligada a probar algo más que el solo hecho de la reducción de la contrata, y sin que se imponga al empleador la obligación de agotar todas las posibilidades de acomodo del trabajador en la empresa, ni venir aquél obligado, antes de hacer efectivo el despido objetivo, a destinar al empleado a otro puesto vacante de la misma. Fallo: El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa demandada, contra la Sentencia de 23-10-2020 de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, dictada en autos promovidos en reclamación por despido, que casa y anula y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, desestima el de tal índole formulado por la trabajadora demandante.

Despido disciplinario

-STS 06/04/2022, nº 309/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina 834/2019. Ponente: Angel Antonio Blasco Pellicer

DESPIDO PROCEDENTE POR CONCURRENCIA DESLEAL: al llevar a cabo el trabajador labores de intervención y apoyo en las actividades de captación de patrocinadores e intermediación de publicidad para empresa creada por su superior jerárquico en el mismo campo y sector que la empleadora, con utilización de medios de esta y durante el tiempo de trabajo. VOTO PARTICULAR. Fallo: El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la mercantil demandada, contra la Sentencia de 28-11-2018 de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, dictada en autos promovidos en reclamación por despido, que casa y anula y, resolviendo el debate en suplicación, desestima el de tal clase formulado por el demandante.

-STS 504/2022, de 01-06-2022 Ponente: RICARDO BODAS MARTIN

La cuestión suscitada consiste en decidir si es viable la aplicación del art 110.1.b) LRJS, solicitándose la extinción de la relación laboral en sentencia, en supuesto de despido declarado improcedente, por imposibilidad de la readmisión, cuando se ha acreditado el cierre o cese del centro de trabajo donde prestaba servicios la demandante, pero continua la actividad empresarial en otros centros de trabajo en distintas ciudades. La Sala IV recuerda doctrina en interpretación del precepto y los requisitos para su aplicación, así como el alcance del art 56.1 ET en relación con la obligación alternativa impuesta en caso de despido improcedente y que llevan a dar una respuesta positiva. Se ha acreditado que la readmisión no podía realizarse cabalmente, aun cuando la empresa mantenga otros centros de trabajo, toda vez que, la readmisión, para producirse rectamente, debe hacerse en las mismas condiciones existentes antes del despido, siempre que las mismas no fueran imposibles, ilícitas o, que no hubiera podido ser objeto de la obligación. Además, la actora fue contratada temporalmente en fraude de ley. Por todo ello, no es admisible que la demandante deba ser readmitida en el régimen laboral pretendido, cuya ilicitud ha quedado probada, cuando se vería forzada, además, a ser objeto de un traslado forzoso a Madrid o a Málaga, que le exigiría necesariamente el cambio de domicilio, no habiéndose probado, siquiera, que existan vacantes de su categoría en dichos centros de trabajo.

-STS 15/03/2022, nº 229/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina 1816/2019. Ponente: Angel Antonio Blasco Pellicer

DESPIDO IMPROCEDENTE: es titular del derecho de opción en un supuesto de despido improcedente, la trabajadora que se presentó en una lista a las elecciones al Comité de Empresa, no saliendo elegida, pero quedando como primera suplente, cuando uno de los miembros de su lista cesó como miembro del mencionado comité, a petición propia, tras haber sido nombrado delegado sindical: la adquisición de la condición de miembro del comité de empresa que la suplente adquirió, de manera automática, tras la dimisión del representante anterior, produce efectos erga omnes con independencia del conocimiento de terceros. Fallo: El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Dña. Adelaida, casa y anula la sentencia dictada el 12-2-2019 por el TSJ de Cataluña, declarando la firmeza de la sentencia del JS núm. 1 de Tarrasa, de fecha 29-6-2018, que resolvió la demanda sobre despido interpuesta por Dña. Adelaida, frente a «Roche Diabetes Care Spain SLU».

Salarios de tramitación

-STS 550/2022, de 15-06-2022 Ponente: CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA

RCUD, Ejecución. Generalitat de Catalunya. Cálculo de los intereses preceptuados en el art. 576.1 LEC para los salarios de tramitación, discutiéndose si la liquidación ha de practicarse sobre la cuantía bruta o neta (descontadas las retenciones a cuenta del lRPF y cuotas de la Seguridad Social). La obligación para el ejecutado de realizar en todo caso aquellos descuentos, de manera que, una vez fijada la cantidad liquida -entendida como ajuste final del importe de la deuda-, será sobre ese importe real (neto) sobre el que hayan de operar los intereses correspondientes. De lo contrario (brutos) éstos alcanzarían a conceptos y partidas destinadas a las esferas de terceros -Administración Tributaria o de la Seguridad Social-, y, en consecuencia, serían ellos los eventuales benefactores/receptores en el supuesto de incurrirse en retrasos computables. El entendimiento de que el cálculo de intereses tendría que proyectarse también sobre las partidas correspondientes a las retenciones legales y reglamentarias (brutos), posicionaría al pagador en una situación más gravosa que la que la propia ejecución contempla, mientras que el trabajador percibiría un rédito sobre cantidades a cuenta del Tesoro o cuotas de la Seguridad Social. Aplica doctrina

-STS 24/03/2022, nº 262/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina 3666/2018. Ponente: Ignacio García-Perrote Escartín

SALARIOS DE TRAMITACIÓN A CARGO DEL ESTADO: no procede la exclusión en el cómputo de tiempo que exceda de los 90 días, del periodo que estuvieron suspendidas las actuaciones por el planteamiento de cuestión inconstitucionalidad: decisión tomada por el órgano judicial y no por las partes y tampoco el supuesto está contemplado por el art.119 LRJS: la dilación o la demora que ello pueda suponer no es atribuible las partes, al contrario de lo que sucede con la suspensión del juicio a petición de parte o el tiempo invertido en la subsanación de la demanda, que sí son atribuibles a las partes. Fallo: El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, casa y anula la sentencia del TSJ de Madrid de 6-6-2018 estimando el recurso de suplicación interpuesto por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y revoca la sentencia del JS núm. 34 de Madrid, de 23-3-2017, sin costas.

3. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS

3.1. RELACIONES DE TRABAJO

Basterra Hernández, M.: *La relación laboral de los deportistas*, Aranzadi, 2022, 160 págs.

Elordi Garai, M.: *Avance de los derechos laborales en las cadenas de producción y suministro de las empresas transnacionales: "especial referencia a los Acuerdos Marco Internacionales"*, Bomarzo, 2022.

Fernández Collados, B.: *Contrato a tiempo parcial y flexibilidad: Balance, propuestas y perspectivas con el derecho italiano*, Aranzadi, 2022, 144 págs.

Gárate Castro, J.J., Maneiro Vázquez, Y.: *Estudios sobre la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de política social*, Aranzadi, 2022.

Gorelli Hernández, J., Monereo Pérez, J.L. (Dirs.): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo derecho del trabajo garantista*, Comares, 938 págs.

Martín Jiménez, R.: *Cesión ilegal de trabajadores. Aspectos críticos, prácticos y conexión con otras instituciones*. Aranzadi, 2022

Mercader Uguina, J.R.: *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Tirant lo blanca, 2022, 222 págs.

Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Escanciano, S., Rodríguez Iniesta, G.F. (Dirs): *La reforma laboral de 2021. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Ortiz Castillo, F. (Coord), Laborum, 2022, 674 páginas.

Monereo Pérez, J.L., Gorelli Hernández, J., y Almendros González, M.Á. (Dirs.): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo Garantista. Estudio de la flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*, Comares (Col. Trabajo y Seguridad Social), 2022.

Montes Adalid, G.M.: *Trabajo a distancia, teletrabajo y personas mayores*, Aranzadi, 2022

Roqueta Buj, R.: *El derecho deportivo laboral*, Tirant lo Blanch, 2022, 614 págs.

Todolí Signes, A.: *Regulación del trabajo y política económica. De cómo los derechos laborales mejoran la economía*, Aranzadi, 2022

Vizcaino Ramos, I.: *El contrato de trabajo internacional del personal al servicio de la ONU*, Comares, 2022.

3.2. DERECHOS COLECTIVOS

Collado García, L., Romero Rodenas, Mª.J., Tarancón Pérez, E.: *La representación de las trabajadoras y de los trabajadores en la empresa*, Bomarzo, 2022.

3.3. EMPLEO Y FORMACIÓN

Hierro Hierro, F.J.: *Colectivos vulnerables e inserción laboral: retos y propuestas*, Dykinson, 2022, 226 págs.

3.4. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Trujillo Pons, F.: *La fatiga informática en el trabajo*, Bomarzo, 2022, 570 págs.

3.5. PROCESAL LABORAL

Álvarez Cuesta, H., Rodríguez Escanciano, S., Vallejo Pérez, G.: *La mediación en el ámbito laboral*, Bosch, 2022, 280 págs.

3.6. OBRAS GENERALES Y OTRAS

Blasco Pellicer, A., Goerlich Gisbert, F.J.: *Ley de la jurisdicción social*, Tirant lo Blanch, 2022.

Blasco Pellicer, A., Goerlich Peset, J.M.: *Normas laborales básicas*, Tirant lo Blanch, 2022.

Montoya Melgar, A.: *Derecho del Trabajo*, 43ª ed., Tecnos, Madrid 2022.

Galiana Moreno, J.M, Sempere Navarro, A.V.: *Legislación laboral y de seguridad social*, 2022.

Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M.N., Vila Tierno, F.: *Manual de Derecho del Trabajo*, 20ª ed. Comares, Granada 2022.

Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Quesada Segura, R., Moreno Vida, M.N., Márquez Prieto, A., Maldonado Molina, J.A.: *Manual de Seguridad Social*, 18ª ed., Tecnos, Madrid 2022.

4. RECENSIÓN

"DEMOCRACIA PLURALISTA Y DERECHO SOCIAL. LA TEORÍA CRÍTICA DE GEORGES GURVITCH", por José Luis Monereo Pérez. Barcelona, Editorial El Viejo Topo, 2021, páginas: 198.

Diego Velasco Fernández
Profesor interino del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0003-3852-6115

El modelo de competencia generalizada que encontramos en el actual sistema de globalización neoliberal tiende a la destrucción de factores que pudieran crear comunidad y favorecer la solidaridad entre sus individuos. Ante esta situación actual, es necesario alumbrar la importancia del análisis del pensamiento de aquellos autores que concibieron una sociedad más igualitaria en la que primara la libertad, la justicia y la fraternidad. Georges Gurvitch, defensor del pluralismo democrático y pensador prolijo en el ámbito del derecho social es un claro referente. En este sentido, Gurvitch se encontró entre los defensores de la potenciación de fenómenos de organización colectiva y de autogobierno en las estructuras comunitarias, resaltando el valor fundamental de los poderes colectivos como eje del Derecho social autónomo.

A este respecto, en la editorial El Viejo Topo, podemos consultar la obra de José Luis Monereo Pérez, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada, que tiene por título: *"Democracia pluralista y derecho social. La teoría crítica de Georges Gurvitch"*. Obra que continúa la dilatada línea investigadora de José Luis Monereo Pérez en historia del pensamiento político y social. Un análisis del saber jurídico y de las ciencias sociales que ha quedado plasmado en sus estudios del pensamiento de numerosos autores. (*"Espacio político y orden Internacional. La teoría política de Carl Smichtt", "La crisis de la socialdemocracia europea. Eduard Bernstein y las premisas del socialismo reformista.", "El derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch",* etecétera).

Esta obra se trata de un estudio del pensamiento de Georges Gurvitch, uno de los fundadores del ámbito de la sociología del Derecho. Parte del análisis de la cosmovisión filosófica de Gurvitch, siendo la filosofía su primer campo de estudio, pero habiendo sido enfocada a la sociología, entre las que sostuvo que había una íntima colaboración y optó por su estudio conjunto. Este análisis de la visión de Gurvitch será fundamental para comprender sus aportaciones al Derecho, a la moral y a lo político, que es lo que viene abordar este estudio. Para ello, José Luis Monereo aborda la aportación de Gurvitch en el ámbito del Derecho, donde abogó por la constante defensa del pluralismo jurídico, en el campo de lo moral, donde afianzó su compromiso con la libertad, la justicia y la fraternidad y finalmente, en el campo político, donde Gurvitch defendió la organización democrática de la sociedad, basada en el pluralismo político y social y en la participación democrática en la economía y en la industria.

La monografía que nos ocupa está estructurada en cinco bloques que van desgranando las principales aportaciones del pensamiento de Georges Gurvitch:

-. Parte I: "La concepción pluralista del derecho: perspectivas filosóficas y sociológica". Para poder conocer el pensamiento de Gurvitch, en un principio se introduce su aportación académica, su acercamiento filosófico a la sociología y, en suma, su cosmovisión filosófica. Se destacan las aportaciones que tuvieron en el sistema de pensamiento de Gurvitch autores como Leibniz o Fichte, sobre la integración de elementos autónomos que se agrupan en un todo independiente, que cristalizarán en su defensa del desarrollo democrático y el autogobierno. Pero también la aportación de W.James, Bergson y Rauh, que permiten a Gurvitch construir un pensamiento filosófico en el que considera que en las ciencias jurídicas no podrán evitarse los juicios de valor, en lo que denomina la "*experiencia integral de lo inmediato"*. A continuación, se expone a nivel político y sociológico la influencia que tuvieron en Gurvitch autores como Proudhon, del que tomó la visión del sistema social como un sistema de fuerzas colectivas dinámicas expresión de la riqueza de la experiencia humana y de no entender que el Estado sea la única fuente del Derecho. Igualmente se matiza la influencia de Marx y Max Weber, también en el ámbito de la sociología. De todas estas fuentes Gurvitch construyó la *sociología del conocimiento*, realizando aportaciones como el análisis de las distintas *"formas de sociabilidad"* (masa, comunidad y comunión), la clasificación de los "*grupos particulares*" (en función

del contenido, envergadura, tamaño, ritmo…), definió los rasgos de las "*clases sociales*" y estableció el modelo de la expresión de estos grupos como *derecho social autónomo* y la *democratización de la economía y la industria* a través de la representación de intereses de estos grupos. Una vez explicada su cosmovisión filosófica y social, José Luis Monereo Pérez aborda el modelo del pluralismo social establecido por Gurvitch, explicando su relación con el derecho extraestatal social y autónomo que emana de la organización de grupos sociales a parte del Derecho estatal y contrapone este modelo del pluralismo jurídico con el monismo jurídico, así como con otras visiones del pluralismo jurídico.

-. Parte II: "La concepción de la sociología del Derecho en Gurvitch". Gurvitch enfocó gran parte de su obra a la singularización de la sociología jurídica como una ciencia singular con respecto del Derecho. Con esto, Gurvitch no busca suplantar la ciencia jurídica o la Filosofía del Derecho con la sociología del Derecho, sino que las tres deben colaborar estrechamente, juntas en una unidad de la diversidad de la experiencia jurídica sobre la misma base común: la concepción de la realidad del Derecho. Cabe destacar la referencia a los últimos trabajos de Gurvitch en los que trató de elaborar un *estatuto propio de la sociología del Derecho* que captara la complejidad de lo real pero que comprendiera el amplio espacio de libertad que las acciones humanas tienen para modificar situaciones y abordar problemas. Con todo ello, una vez delimitada la identidad de la sociología del Derecho y su estatuto, en esta obra se aborda la definición y caracterización técnica de la sociología del derecho.

-. Parte III: "La idea del Derecho social: el sistema de Derecho social". En esta parte de la monografía se plantea la concepción que tiene Gurvitch al respecto del Derecho social. Para él, el Derecho social es un derecho de integración, basado en la confianza y la participación que favorece la autonomía de los gobernados y que les permite gobernarse a sí mismos. Un derecho que tendrá una vertiente individual y otra colectiva, de manera que cada grupo posea la capacidad de engendrar su propio orden jurídico normativo, y así deberá quedar plasmado en los órdenes constitucionales.

-. Parte IV: "Derecho social y sociedad democrática: el Derecho social en la constitución jurídica de la democracia participativa". Dentro del proyecto de pluralismo político de Gurvitch, le preocupa la manera de representar la integración de los distintos grupos en el Derecho social, para ello hace una distinción entre productores, consumidores y derechos del hombre, como estipuló en su *Declaración de Derechos Sociales*. Gurvitch establece una inseparable conexión entre el principio democrático y el derecho social. Para él la democracia es el Derecho social organizado que propugna las ideas de autogobierno colectivo en base de igualdad y libertad. El principio democrático se apoya, fundamentalmente, en la universalidad y la colaboración de los interesados y su sistema económico será el socialismo, por ser inherentemente democrático, y se institucionalizará a través de consejos de fábrica y un sistema de propiedad industrial, agraria y financiera federalizada y mutualizada, sometiendo a la economía a la supervisión directa de los interesados, de forma que la propiedad de los medios de producción fuera atribuida a un Estado colectivista, pero la posesión y el control efectivo de esos medios fueran atribuidos a los trabajadores en autogestión. Esto es, en suma, un colectivismo descentralizado, basado en la autogestión obrera.

-. Parte V: "Bibliografía" En esta parte se recogen las obras seleccionadas de Georges Gurvitch y sus traducciones al castellano, así como una bibliografía básica sobre este autor y su contexto histórico

Podemos concluir, por lo tanto, que esta obra de José Luis Monereo Pérez es fundamental para acercarnos a al pensamiento de Georges Gurvitch, consiste en un esfuerzo de recopilación de la cosmovisión de este autor, que propugnaba la defensa del pluralismo y el socialismo democrático, articulando una realidad social que fuera más democrática y participativa, en la que los trabajadores

y los consumidores tengan un papel activo en la gestión económica y puedan ejercer sus derechos de ciudadanía. Es un pensamiento muy relevante en la actualidad, en una sociedad globalizada en la que, a menudo, se quiebran los valores morales democráticos por conductas totalitarias, que coartan las esenciales nociones de libertad, igualdad y fraternidad, que han guiado el pensamiento y la obra de autores, tan relevantes para la construcción del Derecho Social y la democracia como Georges Gurvitch.

"EL TELETRABAJO TRAS LA PANDEMIA DEL COVID-19: UNA REFLEXIÓN SOBRE SU ORDENACIÓN Y NORMALIZACIÓN JURÍDICA", por José Luis Monereo Pérez y Sheila López Vico, Murcia, Editorial Laborum, 2021, páginas: 177.

Gloria María Montes Adalid
Contratada predoctoral del Plan Propio de Transferencia e Investigación
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga
https://orcid.org/0000-0001-9178-7029

Este año 2022 ha visto la luz, en la editorial Laborum, una nueva e interesante obra titulada "*El Teletrabajo tras la pandemia del COVID-19: Una reflexión sobre su ordenación y normalización jurídica*" que en esta ocasión tenemos la satisfacción de recensionar. Este libro nace con el objetivo de brindar una nueva hermenéutica a la preexistente dispersión normativa del teletrabajo a través del estudio del marco normativo previo y actual, al imperio de la necesidad, ante la gran transformación provocada por la emergencia de una sociedad globalizada o mundializada, que incide en todas las instituciones fundamentales de la sociedad.

Se puede comprobar que el índice general de esta obra se estructura en cinco partes muy bien diferenciadas, pero a la vez paralelas e interconectadas en cuanto a su contenido, más unas conclusiones que incluyen una lege ferenda:

— La primera se centra precisamente en introducir la materia objeto de análisis, a través del título "La coyuntura de cambios estructurales: transformaciones tecnológicas y nuevas formas de trabajo", que hace una breve referencia al marco social en el que se inserta y los factores que han incidido en su desarrollo.

— Un segundo epígrafe aborda el marco normativo en materia de teletrabajo previo a la pandemia del COVID-19, tratando los factores de carácter estructural, innovación tecnológica y cuarta revolución industrial, de un lado; de otro, los factores de carácter coyuntural y el teletrabajo antes y después de la pandemia del COVID-19.

— A este, le sigue un tercer epígrafe en el que se analiza de manera crítica la Ley 10/2021, de trabajo a distancia, en detalle. Aborda el ámbito de aplicación, el concepto de trabajo a distancia y diferenciación de otras modalidades de trabajo fuera de los centros empresariales, los requisitos formales del acuerdo de trabajo a distancia, las fuentes reguladoras, los derechos reconocidos a los teletrabajadores y los poderes empresariales

— A continuación, se nos presenta otro bloque en el que se comenta brevemente cómo se ha desarrollado en la Administración Pública.

— Por último, se realiza una aproximación al impacto del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la

estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, en la figura del teletrabajo.

— Finalmente, se plantea una conclusión detallada y amplia propuesta de lege ferenda.

En particular, de un lado, se abordan aspectos muy relevantes como la transformación tecnológica, la globalización de la economía, la metamorfosis del trabajo, las nuevas formas de empresa, el impacto de la pandemia y el futuro del Derecho del Trabajo. De otro, se analiza el nacimiento del Trabajo a Distancia y del Teletrabajo, su regulación antes y después de la Crisis Sanitaria provocada por el Covid-19, así como ventajas, riesgos, derechos y obligaciones que comporta para empresas y trabajadores. Todo ello, abordando de manera específica asuntos como la perspectiva de género, la atención a colectivos vulnerables y el teletrabajo en la Administración Pública.

En definitiva, nos encontramos ante una obra de referencia que desarrolla, de una manera holística y actualizada, los aspectos más relevantes del teletrabajo, en un contexto marcado por la transformación digital, la pandemia y las reformas legislativas, concluyendo con unas sugestivas y apropiadas propuestas de lege ferenda que intentan cubrir las lagunas de esta nueva regulación, el papel de la negociación colectiva y la necesidad de inclusión de una regulación desde el punto de vista de la Seguridad Social, entre otras cuestiones que acompañan a las peculiaridades de esta nueva forma de relación laboral.

Por todo lo expuesto en las líneas anteriores, quiero felicitar a los dos autores, José Luis Monereo Pérez y Sheila López Vico y, del mismo modo, recomendar encarecidamente una lectura profunda de esta obra altamente novedosa y de gran utilidad, de la que sin duda nos llevaremos un enriquecedor aprendizaje que clarifica innumerables zonas grises que presenta la regulación actual del teletrabajo y sus consecuencias.

Crónica Administrativa en materia de Relaciones de Trabajo

Laborum

nº 4 (3er Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Crónica Administrativa Laboral

José Luis Monereo Pérez
Catedrático de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada.
Director de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum
Director de la Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum.
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
https://orcid.org/0000-0002-0230-6615

Guillermo Rodríguez Iniesta
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Secretario General de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social
Subdirector de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum
Subdirector de la Revista Derecho de la Seguridad Social, Laborum
https://orcid.org/0000-0001-5054-8822

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L., y RODRÍGUEZ INIESTA, G. "Crónica Administrativa Laboral". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 4 (2022): 379-416.

INSTRUCCIONES PROVISIONALES SOBRE LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS AFECTADAS POR LAS MEDIDAS DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO O REDUCCIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO AUTORIZADAS POR LA AUTORIDAD LABORAL TRAS LA ACTIVACIÓN DEL MECANISMO RED DE FLEXIBILIDAD Y ESTABILIZACIÓN DEL EMPLEO

Criterio de actuación

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.

INSTRUCCIÓN PRIMERA. REQUISITOS PARA ACCEDER A LA PROTECCIÓN SOCIAL DERIVADA DE LA APLICACIÓN DEL MECANISMO RED.
INSTRUCCIÓN SEGUNDA. SOLICITUD, PLAZO PARA SU PRESENTACIÓN, COMUNICACIONES MENSUALES, RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DERIVADA DEL MECANISMO RED.
2.1. SOLICITUD COLECTIVA
2.2. PLAZO PARA PRESENTAR LA SOLICITUD COLECTIVA.
2.3. COMUNICACIÓN MENSUAL DE LA EMPRESA AL SEPE.
2.4. PAGO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.
INSTRUCCIÓN TERCERA. BASE REGULADORA, CUANTÍA, NACIMIENTO Y DURACIÓN DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Fecha Recepción: 03/10/2022 - Fecha Aceptación: 04/10/2022
Pags. 379-410

3.1. BASE REGULADORA.
3.2. CUANTÍA.
3.3. NACIMIENTO DEL DERECHO.
3.4. DURACIÓN DEL DERECHO.
INSTRUCCIÓN CUARTA. COTIZACIÓN DURANTE LA PERCEPCIÓN DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.
INSTRUCCIÓN QUINTA. SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DERIVADA DEL MECANISMO RED.
5.1. SUSPENSIÓN.
5.1.1. SUSPENSIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL AFECTADA POR EL MECANISMO RED POR ALGUNA DE LAS CAUSAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 45 ET.
5.1.2. INICIO POR PARTE DEL TRABAJADOR DE UNA ACTIVIDAD POR CUENTA PROPIA O UN TRABAJO POR CUENTA AJENA A TIEMPO COMPLETO.
5.2. EXTINCIÓN DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DERIVADA DEL MECANISMO RED.
INSTRUCCIÓN SEXTA. COMPATIBILIDADES E INCOMPATIBILIDADES:
6.1. COMPATIBILIDADES.
6.2. INCOMPATIBILIDADES.
INSTRUCCIÓN SÉPTIMA. ACCESO A LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO TRAS LA PERCEPCIÓN DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DERIVADA DEL MECANISMO RED.
INSTRUCCIÓN OCTAVA. COMPETENCIA PARA LA GESTION DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DERIVADA DEL MECANISMO RED.
INSTRUCCIÓN NOVENA. RECLAMACION PREVIA FRENTE A LA RESOLUCIÓN DEL SEPE O ISM.
INSTRUCCIÓN DÉCIMA. PERCEPCIÓN INDEBIDA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DERIVADA DEL MECANISMO RED.
ANEXO 1- PROCEDIMIENTO APLICABLE TRANSITORIAMENTE AL MECANISMO RED. ANEXO 2. MODELOS DE CARTA DE DENEGACIÓN.

INTRODUCCIÓN

El artículo 1.7 del **Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre,** de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo introdujo un nuevo artículo **47 bis en la Ley del Estatuto de los Trabajadores**, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre que regula el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, cuyo apartado 5.b) establece que *las personas trabajadoras cubiertas por un Mecanismo RED se beneficiarán de las medidas en materia de* ***protección social*** *previstas en la disposición adicional cuadragésima primera del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y tendrán la consideración de colectivo prioritario para el acceso a las iniciativas de formación del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral.*[1]

[1] La Disposición adicional cuadragésima primera de la LGSS, dispone lo siguiente:

> **"Medidas de protección social de las personas trabajadoras afectadas por la aplicación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, regulado en el artículo 47 bis del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.**
> *1. Cuando, conforme a lo establecido en el artículo 47 bis del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, por acuerdo del Consejo de Ministros, se active el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, y las empresas afectadas obtengan autorización de la autoridad laboral para su aplicación, podrán reducir la jornada de trabajo o suspender los contratos de trabajo de las personas trabajadoras, y estas acceder a la prestación regulada en esta disposición, en los términos y condiciones establecidos en la misma.*
> *Podrán acceder a esta prestación del Mecanismo RED las personas trabajadoras por cuenta ajena, cuando se suspenda temporalmente su contrato de trabajo o se reduzca temporalmente su*

Esa disposición adicional cuadragésima primera del texto refundido de la Ley General de la

jornada ordinaria de trabajo, siempre que su salario sea objeto de análoga reducción, sin que sea necesario acreditar un periodo mínimo de cotización previo a la Seguridad Social.

Asimismo, podrán acceder a dicha prestación las personas que tengan la condición de socias trabajadoras de cooperativas de trabajo asociado y de sociedades laborales incluidas en el Régimen General de la Seguridad Social o en algunos de los regímenes especiales que protejan la contingencia de desempleo

En todos los casos se requerirá que el inicio de la relación laboral o societaria en la empresa autorizada a aplicar el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo sea anterior a la fecha del Acuerdo del Consejo de Ministros que declare la activación del mismo.

Esta prestación será incompatible con la percepción de prestaciones o subsidios por desempleo, con la prestación por cese de actividad y con la renta activa de inserción, regulada por el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre.

Asimismo, es incompatible con la obtención de otras prestaciones económicas de la Seguridad Social, salvo que estas hubieran sido compatibles con el trabajo en el que se aplica el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo.

Las personas trabajadoras no podrán percibir, de forma simultánea, prestaciones derivadas de dos o más Mecanismos RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo.

2. El procedimiento para la solicitud y el reconocimiento del derecho a esta prestación se desarrollará reglamentariamente, mediante orden de la persona titular del Ministerio de Trabajo y Economía Social, de conformidad con las siguientes reglas:

a) La empresa deberá formular la solicitud, en representación de las personas trabajadoras, en el modelo establecido al efecto en la página web o sede electrónica del Servicio Público de Empleo Estatal.

En dicha solicitud constarán los datos de todas las personas trabajadoras que pudieran resultar afectadas por la aplicación del Mecanismo RED, que sean necesarios para el reconocimiento del derecho. En todo caso se hará constar la naturaleza de la medida aprobada por la Autoridad Laboral y, en caso de reducción de jornada, el porcentaje máximo de reducción autorizado.

b) El plazo para la presentación de esta solicitud será de un mes, a computar desde la fecha de la notificación de la resolución de la autoridad laboral, en la que se autorice la aplicación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo o desde la del certificado del silencio administrativo.

En caso de presentación fuera de plazo, el derecho nacerá el día de la solicitud. En este supuesto, la empresa deberá abonar a la persona trabajadora el importe que hubiese percibido en concepto de prestación del mecanismo RED desde el primer día en que se hubiese aplicado la medida de reducción de jornada o suspensión del contrato.

c) El acceso a la prestación requerirá la inscripción de la persona trabajadora ante el servicio público de empleo competente.

3. La base reguladora de la prestación será el promedio de las bases de cotización en la empresa en la que se aplique el mecanismo por contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, excluidas las retribuciones por horas extraordinarias, correspondientes a los 180 días inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de aplicación de la medida a la persona trabajadora.

En caso de no acreditar 180 días de ocupación cotizada en dicha empresa, la base reguladora se calculará en función de las bases correspondientes al periodo inferior acreditado en la misma.

4. La cuantía de la prestación se determinará aplicando a la base reguladora, calculada de conformidad con el apartado anterior, el porcentaje del 70 por ciento, durante toda la vigencia de la medida.

No obstante, la cuantía máxima mensual a percibir será la equivalente al 225 por ciento del indicador público de rentas de efectos múltiples mensual vigente en el momento del nacimiento del derecho incrementado en una sexta parte.

En caso de que la relación laboral sea a tiempo parcial, la cuantía máxima contemplada en el párrafo anterior se determinará teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples calculado en función del promedio de las horas trabajadas durante el período a que se refiere el apartado 3.

5. Durante la aplicación de las medidas de suspensión o reducción, la empresa ingresará la aportación de la cotización que le corresponda, debiendo la entidad gestora ingresar únicamente la aportación de la persona trabajadora, previo descuento de su importe de la cuantía de su prestación.

Seguridad Social a la que se refiere el citado precepto, que regula las medidas de protección social de las personas trabajadoras afectadas por la aplicación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, fue añadida por el artículo 3.5 del mismo Real Decreto-ley 32/2021, y entró en vigor el 30 de marzo de 2022.

El Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, sin personalidad jurídica y adscrito al Ministerio de Trabajo y Economía Social, tiene como finalidad atender a las necesidades futuras de financiación derivadas de la modalidad cíclica y sectorial del Mecanismo RED en materia de prestaciones y exenciones a las empresas del pago de las cotizaciones a la Seguridad Social, incluidos los costes asociados a la formación.

---

6. La prestación será incompatible con la realización de trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena a tiempo completo. Será compatible con la realización de otro trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial. En este caso, de su cuantía no se deducirá la parte proporcional al tiempo trabajado.

7. La duración de la prestación se extenderá, como máximo, hasta la finalización del período de aplicación del Mecanismo RED en la empresa.

8. El acceso a esta prestación no implicará el consumo de las cotizaciones previamente efectuadas a ningún efecto.

El tiempo de percepción de la prestación no se considerará como consumido de la duración en futuros accesos a la protección por desempleo.

El tiempo de percepción de la prestación no tendrá la consideración de periodo de ocupación cotizado, a los efectos de lo previsto en el artículo 269.1. No obstante, el período de seis años a que se refiere dicho precepto se retrotraerá por el tiempo equivalente al que el trabajador hubiera percibido la citada prestación.

En el caso de reducción de jornada, se entenderá como tiempo de percepción de prestación el que resulte de convertir a día a jornada completa el número de horas no trabajadas en el periodo temporal de referencia.

9. La prestación se suspenderá cuando la relación laboral se suspenda por una causa distinta de la aplicación del Mecanismo.

10. La prestación se extinguirá si se causa baja en la empresa por cualquier motivo. Igualmente se extinguirá por imposición de sanción, en los términos previstos en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

11. Corresponde al Servicio Público de Empleo Estatal gestionar las funciones y servicios derivados de la prestación regulada en esta disposición y declarar el reconocimiento, suspensión, extinción y reanudación de estas prestaciones, sin perjuicio de las atribuciones reconocidas a los órganos competentes de la Administración laboral en materia de sanciones.

Igualmente, corresponde a la entidad gestora competente declarar y exigir la devolución de las prestaciones indebidamente percibidas por las personas trabajadoras y el reintegro de las prestaciones de cuyo pago sea directamente responsable el empresario.

Cuando se trate de trabajadores por cuenta ajena incluidos dentro Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, las competencias a las que se refiere este apartado corresponderán al Instituto Social de la Marina.

12. Transcurrido el respectivo plazo fijado para el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas o de responsabilidad empresarial sin haberse efectuado el mismo, corresponderá a la Tesorería General de la Seguridad Social proceder a su recaudación en vía ejecutiva de conformidad con las normas reguladoras de la gestión recaudatoria de la Seguridad Social, devengándose el recargo y el interés de demora en los términos y condiciones establecidos en esta ley.

13. Frente a las resoluciones de la entidad gestora relativas a esta prestación, podrá la persona trabajadora formular reclamación previa, en el plazo de los treinta días hábiles siguientes a la notificación de la resolución, en los términos previstos en el artículo 71 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

14. La prestación regulada en esta disposición se financiará con cargo al Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo."

Esta disposición adicional se añadió al texto refundido de la LGSS por el art. 3.5 del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre y entró en vigor el 30 de marzo de 2022, según establece la disposición final 8.2.d) del citado Real Decreto-ley.

Serán recursos de este Fondo los excedentes de ingresos que financian las prestaciones por desempleo en su nivel contributivo y asistencial, las aportaciones que se consignen en los Presupuestos Generales del Estado, las aportaciones procedentes de los instrumentos de financiación de la Unión Europea orientados al cumplimiento del objeto y fines del Fondo, así como los rendimientos de cualquier naturaleza que genere el Fondo.

La disposición adicional quinta del **Real Decreto-ley 4/2022, de 15 de marzo,** establece la constitución del Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo contemplado en el artículo 47 bis del Estatuto de los Trabajadores. Además, incluye tres disposiciones transitorias relativas a[2]:

[2] La DA. Quinta del RD-ley 4/2022, de 15 de marzo, dispone lo siguiente:

> *"**Constitución del Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo**.*
> *Se constituye el Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo contemplado en el artículo 47 bis.6 del Estatuto de los Trabajadores."*

Por su parte las Disposiciones transitorias del RD-ley 4/2022, de 15 de marzo, relativas al mecanismo RED indicadas, son las siguientes:

-Disposición transitoria segunda. Procedimiento aplicable al Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo.

1. Hasta que se apruebe el desarrollo reglamentario del artículo 47 bis del Estatuto de los Trabajadores, resultarán aplicables, en el ámbito del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, las previsiones recogidas en los capítulos II y III del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, aprobado por el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, con las especialidades señaladas en el apartado 2 y en cuanto no resulten incompatibles con lo recogido en el propio artículo 47 bis del Estatuto de los Trabajadores.

En concreto, no resultarán aplicables los artículos 17, 18, 19 y 22 ni los porcentajes de reducción de jornada previstos en el artículo 16.2, del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

2. Sin perjuicio las excepciones anteriores, el contenido de los capítulos II y III del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada resultará aplicable al Mecanismo RED, con las siguientes especialidades:

a) Durante la aplicación del Mecanismo RED cada persona trabajadora solo podrá verse afectada en exclusiva por una reducción de su jornada o por una suspensión de su contrato, sin que quepa una combinación de ambas, y sin perjuicio de la afectación o desafectación o de la variación en el porcentaje de reducción de jornada, que se produzcan ante la alteración de las circunstancias alegadas como causa justificativa de las medidas.

b) La dirección de la empresa deberá comunicar de manera fehaciente a las personas trabajadoras o a sus representantes su intención de iniciar la tramitación del Mecanismo RED, a efectos de la conformación de la comisión representativa de aquellas conforme a lo previsto en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores.

c) Constituida la comisión representativa de las personas trabajadoras o transcurrido el plazo para ello, la empresa remitirá la comunicación de inicio del periodo de consultas, que deberá ir acompañada de la siguiente documentación:

1.º Documentación acreditativa de que la situación temporal, cíclica o sectorial, descrita en el correspondiente acuerdo de activación del Mecanismo RED concurre en la empresa.

2.º Período dentro del cual se va a llevar a cabo la aplicación de las medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos de trabajo.

3.º Identificación de las personas trabajadoras incluidas en el procedimiento y que van a resultar afectadas por las medidas de regulación temporal de empleo.

4.º Tipo de medida a aplicar respecto de cada una de las personas trabajadoras y el porcentaje máximo de reducción de jornada o el número máximo de días de suspensión de contrato a aplicar.

En el caso de la modalidad sectorial, además, esta comunicación deberá ir acompañada de un plan de recualificación de las personas afectadas.

d) La solicitud para aplicar medidas de reducción de contrato o suspensión de jornada en el ámbito del Mecanismo RED activado será presentada por la empresa ante la autoridad laboral competente de forma simultánea a la comunicación de apertura del periodo de consultas a la que se refiere el apartado anterior y deberá incorporar:

1.º Copia de la comunicación de inicio referida en el apartado b).

2.º Copia de la comunicación y de la documentación referidas en el apartado c).

3.º Identificación de las personas que integrarán la comisión negociadora y la comisión representativa de las personas trabajadoras o, en su caso, indicación de la falta de constitución de esta última en los plazos legales.

e) La admisión a trámite de una solicitud de autorización para aplicar medidas en el ámbito de un Mecanismo RED requerirá, en cualquier caso, el cumplimiento de los requisitos que al respecto se fijen en el acuerdo de activación del Consejo de Ministros.

f) Si la autoridad laboral que recibe la solicitud a que se refiere el apartado anterior careciera de competencia según lo dispuesto en el artículo 25 del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, deberá dar traslado de la misma a la autoridad laboral que resultara competente, dando conocimiento de ello simultáneamente a la comisión negociadora.

g) La comunicación final de la empresa a la autoridad laboral, ya haya finalizado con o sin acuerdo el periodo de consultas deberá incorporar, como mínimo, los contenidos siguientes:

1.º Personas, grupos profesionales, puestos y niveles salariales afectados, determinando en cada caso si la medida es de reducción de jornada diaria, semanal, mensual o anual o de suspensión de contrato.

2.º Fecha de efectos del Mecanismo RED, que podrá ser anterior a la de la comunicación final a la autoridad laboral, pero en ningún caso previa a la fecha de activación de aquél.

3.º Período dentro del cual se va a llevar a cabo la aplicación de las medidas de reducción de jornada o suspensión del contrato, dentro del límite establecido por el acuerdo de activación.

4.º Porcentaje máximo de reducción de jornada diaria, semanal o mensual acordado para cada una de las personas, grupos profesionales, puestos o niveles salariales afectados, así como del número máximo de días de suspensión de contratos a aplicar en cada caso.

5.º En el supuesto de la modalidad sectorial del Mecanismo RED, plan de recualificación definitivo. El plan de recualificación podrá incorporar entre sus contenidos las acciones formativas a las que se refiere la disposición adicional vigesimoquinta del Estatuto de los Trabajadores.

2. El Gobierno podrá modificar, mediante el desarrollo reglamentario del artículo 47 bis del Estatuto de los Trabajadores, lo establecido en esta disposición.

-Disposición transitoria tercera. Protección social de las personas trabajadoras.

1. Hasta que se produzca el desarrollo al que se refiere el apartado 2 de la disposición adicional cuadragésima primera del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en los supuestos a los que se refiere dicha disposición, el acceso a la protección social se producirá en los términos de la citada disposición adicional, que resultará aplicable con las siguientes especialidades:

a) La entidad gestora reconocerá las prestaciones con efectos del primer día en que pudieran ser aplicables las medidas de suspensión o reducción de jornada, o con efectos de la fecha de presentación de la solicitud, en caso de haber sido esta presentada fuera del plazo, y abonará las mismas una vez reciba la comunicación empresarial a que se refiere la letra siguiente.

b) A efectos del pago de las prestaciones la empresa deberá remitir a la entidad gestora, en todo caso, una comunicación a mes vencido, indicando la información sobre los periodos de actividad e inactividad de las personas trabajadoras del mes natural inmediato anterior.

En el caso de los días trabajados en reducción de jornada, las horas trabajadas se convertirán en días completos equivalentes de actividad. Para ello se dividirá el número total de horas trabajadas en el mes entre el número de horas que constituyesen la jornada habitual de la persona trabajadora con carácter previo a la aplicación de la reducción de jornada.

c) Cuando el trabajador perciba indebidamente la prestación social, las cantidades indebidamente abonadas serán reclamadas por la entidad gestora con arreglo al procedimiento regulado en los artículos 33 y 34 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo.

No obstante lo anterior, no será de aplicación a esta prestación social la compensación con cuantías a percibir en concepto de prestaciones y subsidios por desempleo regulados en el título III del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, o de subsidio extraordinario de desempleo regulado en la disposición adicional vigésima séptima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, o de renta activa de inserción, regulada en el Real Decreto 1369/2006, ni con las percepciones indebidas derivadas de estas prestaciones y subsidios.

2. El abono de las prestaciones sociales se realizará a través del circuito establecido para el pago de las prestaciones por desempleo.

3. Mediante el desarrollo reglamentario al que se refiere el apartado 2 de la disposición adicional cuadragésima primera del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social se podrá modificar lo establecido en los apartados 1 y 2 de esta disposición transitoria.

-Disposición transitoria cuarta. Cobertura transitoria de las necesidades de financiación del Mecanismo RED.

Transitoriamente, en tanto el Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo no esté dotado en cuantía suficiente para atender a sus necesidades financieras, los gastos y menores ingresos que se detallan a continuación se atenderán con cargo a los recursos financieros de las entidades competentes en la ejecución del Mecanismo RED.

Los gastos y beneficios en la cotización que se produzcan con cargo al Mecanismo RED se imputarán presupuestariamente conforme a las siguientes normas:

Empleo hasta que se apruebe el desarrollo reglamentario del artículo 47 bis del Estatuto de los Trabajadores.
La protección social de las personas trabajadoras, hasta que se apruebe la orden de la persona titular del Ministerio de Trabajo y Economía Social que desarrolle el procedimiento para la solicitud y el reconocimiento de este derecho.
La cobertura transitoria de las necesidades de financiación del Mecanismo RED que establece los recursos financieros con los que se van a atender los gastos derivados del Mecanismo RED en tanto el Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo no esté dotado en cuantía suficiente para atender a sus necesidades financieras.

Para una homogénea aplicación de las normas citadas por parte de todas las Direcciones Provinciales del SEPE, se dictan las siguientes

INSTRUCCIONES

INSTRUCCIÓN PRIMERA. REQUISITOS PARA ACCEDER A LA PROTECCIÓN SOCIAL DERIVADA DE LA APLICACIÓN DEL MECANISMO RED.

La disposición adicional 41 del TRLGSS a la que se remite el artículo 47 bis ET, establece que podrán acceder a la protección social regulada en la misma, las personas que cumplan los siguientes requisitos:

a. Ser trabajadoras por cuenta ajena o tener la condición de socias trabajadoras de cooperativas de trabajo asociado y de sociedades laborales incluidas en el Régimen General de la Seguridad Social o en algunos de los regímenes especiales que protejan la contingencia de desempleo. Quedan excluidos por tanto los trabajadores asimilados a trabajadores por cuenta ajena.

b. Haber iniciado la relación laboral o societaria en la empresa autorizada a aplicar el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo con anterioridad a la fecha del Acuerdo del Consejo de Ministros que declare la activación del mismo, y mantener vigente dicha relación, sin que concurra ninguna de las causas de suspensión previstas en el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores en la fecha en la que el trabajador fuera a verse afectado por la medida de suspensión o reducción de su jornada de trabajo.
No es necesario acreditar un periodo mínimo de cotización previo a la Seguridad Social.

c. Encontrarse temporalmente afectado por una medida de suspensión de su contrato de trabajo o de reducción de su jornada de trabajo, siempre que su salario sea objeto de análoga reducción, por haber obtenido su empresa autorización de la autoridad laboral para adoptar la medida de que se trate, tras la activación por acuerdo del Consejo de Ministros del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo.

a) Los beneficios en la cotización a la Seguridad Social previstos en la disposición adicional cuadragésima cuarta del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social serán a cargo de los presupuestos de la Seguridad Social, de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, financiándose en estos dos últimos casos con la aportación del Estado al presupuesto de la Seguridad Social para financiar las reducciones en la cotización a la Seguridad Social, del Servicio Público de Empleo Estatal y del Fondo de Garantía Salarial, respectivamente.
b) Las medidas de protección social previstas en la disposición adicional cuadragésima primera del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social se atenderán con cargo a los presupuestos de gasto del Servicio Público de Empleo Estatal.

Esta situación no es ninguna de las previstas como situación legal de desempleo en el artículo 267 TRLGSS, razón por la cual estos trabajadores no pueden acceder a las prestaciones por desempleo[3].

[3] El art. 267 LGSS norma la situación legal de desempleo en los siguientes términos:

"**Situación legal de desempleo**.
1. Se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores que estén incluidos en alguno de los siguientes supuestos:
a) Cuando se extinga su relación laboral:
1.º En virtud de despido colectivo, adoptado por decisión del empresario al amparo de lo establecido en el artículo 51 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal.
2.º Por muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, cuando determinen la extinción del contrato de trabajo.
3.º Por despido y por la extinción del contrato por motivos inherentes a la persona trabajadora regulada en la disposición adicional tercera de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción.
En el supuesto previsto en el artículo 111.1.b) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, durante la tramitación del recurso contra la sentencia que declare la improcedencia del despido el trabajador se considerará en situación legal de desempleo involuntario, con derecho a percibir las prestaciones por desempleo, siempre que se cumplan los requisitos exigidos en el presente título, por la duración que le corresponda conforme a lo previsto en los artículos 269 o 277.2 de la presente ley, en función de los períodos de ocupación cotizada acreditados.
4.º Por extinción del contrato por causas objetivas.
5.º Por resolución voluntaria por parte del trabajador, en los supuestos previstos en los artículos 40, 41.3, 49.1.m) y 50 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
6.º Por expiración del tiempo convenido en el contrato formativo o en el contrato de trabajo de duración determinada, por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora, siempre que dichas causas no hayan actuado por denuncia del trabajador
En el supuesto previsto en el artículo 147 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre y sin perjuicio de lo señalado en el mismo, los trabajadores se entenderán en la situación legal de desempleo establecida en el párrafo anterior por finalización del último contrato temporal y la entidad gestora les reconocerá las prestaciones por desempleo si reúnen el resto de los requisitos exigidos.
7.º Por resolución de la relación laboral durante el período de prueba a instancia del empresario, siempre que la extinción de la relación laboral anterior se hubiera debido a alguno de los supuestos contemplados en este apartado o haya transcurrido un plazo de tres meses desde dicha extinción.
b) Cuando se suspenda el contrato:
1.º Por decisión del empresario al amparo de lo establecido en el artículo 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores o en virtud de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal, en ambos casos en los términos del artículo 262.2 de esta ley.
2.º Por decisión de las trabajadoras víctimas de violencia de género al amparo de lo dispuesto en el artículo 45.1.n) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
c) Cuando se reduzca temporalmente la jornada ordinaria diaria de trabajo, por decisión del empresario al amparo de lo establecido en el artículo 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores o en virtud de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal, en ambos casos en los términos del artículo 262.3 de esta ley.
d) Durante los períodos de inactividad productiva de los trabajadores fijos-discontinuos.
e) Cuando los trabajadores retornen a España por extinguírseles la relación laboral en el país extranjero, siempre que no obtengan prestación por desempleo en dicho país y acrediten cotización suficiente antes de salir de España.
f) Cuando, en los supuestos previstos en los párrafos e) y f) del artículo 264.1, se produzca el cese involuntario y con carácter definitivo en los correspondientes cargos o cuando, aun manteniendo el cargo, se pierda con carácter involuntario y definitivo la dedicación exclusiva o parcial.
2. No se considerará en situación legal de desempleo a los trabajadores que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:
a) Cuando cesen voluntariamente en el trabajo, salvo lo previsto en el apartado 1.a) 5.º.

d. La reducción de la jornada puede ser diaria, semanal, mensual o anual, y no está sometida a los límites establecidos para las prestaciones por desempleo de entre el 10 y el 70 por ciento.

e. No estar trabajando por cuenta ajena durante la jornada completa en otro u otros trabajos distintos del afectado por el Mecanismo RED, ni estar trabajando por cuenta propia.

f. Por tanto, si el trabajador, además del contrato afectado por el Mecanismo RED, mantuviera un contrato de jornada completa en vigor o varios contratos a tiempo parcial, cuya suma de parcialidades sea igual o superior al 100% de la jornada, no podrá acceder a la protección derivada del mecanismo

---

b) Cuando, aun encontrándose en alguna de las situaciones previstas en el apartado 1, no acrediten su disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada, a través del compromiso de actividad.
c) Cuando, declarado improcedente o nulo el despido por sentencia firme y comunicada por el empleador la fecha de reincorporación al trabajo, no se ejerza tal derecho por parte del trabajador o no se hiciere uso, en su caso, de las acciones previstas en el artículo 279 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.
d) Cuando no hayan solicitado el reingreso al puesto de trabajo en los casos y plazos establecidos en la legislación vigente.
3. La acreditación de la situación legal de desempleo en los supuestos que se citan a continuación se realizará del modo siguiente:
a) Las situaciones legales de desempleo recogidas en los apartados 1.a) 1.º, 1.b) 1.º y 1.c) de este artículo, que se produzcan al amparo de lo establecido, respectivamente, en los artículos 51 y 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se acreditarán mediante una de las siguientes formas:
1.º Comunicación escrita del empresario al trabajador en los términos establecidos en los artículos 51 o 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. La causa y fecha de efectos de la situación legal de desempleo deberá figurar en el certificado de empresa considerándose documento válido para su acreditación. La fecha de efectos de la situación legal de desempleo indicada en el certificado de empresa habrá de ser en todo caso coincidente con, o posterior a la fecha en que se comunique por el empresario a la autoridad laboral la decisión empresarial adoptada sobre el despido colectivo, o la suspensión de contratos, o la reducción de jornada. Se respetará el plazo establecido en el artículo 51.4 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores para los despidos colectivos.
2.º Acta de conciliación administrativa o judicial o resolución judicial definitiva.
En los dos casos anteriores la acreditación de la situación legal de desempleo deberá completarse con la comunicación de la autoridad laboral a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, de la decisión del empresario adoptada al amparo de lo establecido en los artículos 51 o 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en la que deberá constar la fecha en la que el empresario ha comunicado su decisión a la autoridad laboral, la causa de la situación legal de desempleo, los trabajadores afectados, si el desempleo es total o parcial, y en el primer caso si es temporal o definitivo. Si fuese temporal se deberá hacer constar el plazo por el que se producirá la suspensión o reducción de jornada, y si fuera parcial se indicará el número de horas de reducción y el porcentaje que esta reducción supone respecto a la jornada diaria ordinaria de trabajo.
b) La situación legal de desempleo prevista en los apartados 1.a).5.º y 1.b).2.º de este artículo cuando se refieren, respectivamente, a los supuestos de los artículos 49.1.m) y 45.1.n) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se acreditará por comunicación escrita del empresario sobre la extinción o suspensión temporal de la relación laboral, junto con la orden de protección a favor de la víctima o, en su defecto, junto con el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género.
c) La situación legal de desempleo prevista en el apartado 1.f) de este artículo se acreditará por certificación del órgano competente de la corporación local, Junta General del Territorio Histórico Foral, Cabildo Insular, Consejo Insular o Administración Pública o sindicato, junto con una declaración del titular del cargo cesado de que no se encuentra en situación de excedencia forzosa, ni en ninguna otra que le permita el reingreso a un puesto de trabajo."

RED, con independencia de la medida por la que se viera afectado.
A estos efectos, no computan las horas trabajadas en el contrato afectado por el Mecanismo RED. Por tanto, el trabajador podrá beneficiarse de la protección del mecanismo RED, aunque sumando las horas trabajadas en el trabajo afectado por el mismo con las trabajadas en virtud de otro contrato, trabaje una jornada igual o superior al 100%.
Ejemplo: Trabajador que presta servicios para dos empresas, en una de las cuales (A) trabaja el 100% de la jornada y en la otra (B), el 60% de la misma. En la empresa A le reducen la jornada el 20% en virtud del Mecanismo RED, por lo que empieza a trabajar en la misma el 80% de la jornada. Puede percibir la protección social derivada del mismo a pesar que entre los dos trabajos sigue trabajando el 140% de la jornada, puesto que sólo se tienen en cuenta las horas trabajados en empleos distintos del afectado por el Mecanismo RED, y en ese solo trabaja el 60% de la jornada.

Estar inscritas ante el servicio público de empleo competente.

INSTRUCCIÓN SEGUNDA. SOLICITUD, PLAZO PARA SU PRESENTACIÓN, COMUNICACIONES MENSUALES, RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DERIVADA DEL MECANISMO RED

El artículo 47 bis del Estatuto de los Trabajadores dispone que el procedimiento para la solicitud y el reconocimiento del derecho a esta protección social se desarrollará reglamentariamente, mediante orden de la persona titular del Ministerio de Trabajo y Economía Social, de conformidad con las reglas que se establecen en dicho precepto.

Dado que dicho desarrollo reglamentario aún no ha tenido lugar, la Disposición Transitoria Tercera del Real Decreto-ley 4/2022, de 15 de marzo, vigente desde el día 17 de marzo, establece las especificidades que han de aplicarse hasta que esto suceda[4].

De acuerdo con ambos preceptos, las especialidades procedimentales, son las siguientes:

2.1 SOLICITUD COLECTIVA

La empresa deberá formular la solicitud colectiva, en representación de las personas trabajadoras, en el modelo establecido al efecto en la página web o sede electrónica del Servicio Público de Empleo Estatal.

En dicha solicitud constarán:

Los datos de **todas las personas trabajadoras que pudieran resultar afectadas** por la aplicación del Mecanismo RED y que sean necesarios para el reconocimiento del derecho.

La naturaleza de la medida aprobada por la Autoridad Laboral y, en caso de reducción de jornada, el porcentaje máximo de reducción autorizado.

2.2. PLAZO PARA PRESENTAR LA SOLICITUD COLECTIVA

El plazo para la presentación de esta solicitud será de un mes, a computar desde la fecha de la notificación de la resolución de la autoridad laboral, en la que se autorice la aplicación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo o desde la fecha de notificación del certificado

[4] La Disposición Transitoria Tercera se encuentra reproducida en nota 2.

del silencio administrativo. En este último caso, junto con la solicitud colectiva, la empresa deberá aportar copia de dicho certificado del silencio administrativo.

Téngase en cuenta que si la autoridad laboral no dicta resolución expresa en el plazo de siete días naturales a partir de la comunicación de la conclusión del periodo de consultas, se entenderá autorizada la medida por silencio administrativo, dentro de los límites legal y reglamentariamente establecidos.

2.3. COMUNICACIÓN MENSUAL DE LA EMPRESA AL SEPE

La disposición transitoria tercera del Real Decreto-ley 4/2022, de 15 de marzo, establece en su apartado 1.b), que *a efectos del pago de las prestaciones la empresa deberá remitir a la entidad gestora una* ***comunicación a mes vencido,*** *indicando la información sobre los* ***periodos de actividad e inactividad de las personas trabajadoras del mes natural inmediato anterior.***

Por su parte, la disposición transitoria octava del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, declara que, *a los efectos de la tramitación y del pago de la prestación regulada en la disposición adicional cuadragésima primera del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y hasta que se proceda al desarrollo del procedimiento de comunicación previsto en la disposición adicional cuadragésima segunda del mismo texto legal, la empresa vendrá obligada a* ***comunicar al Servicio Público de Empleo Estatal, los periodos de inactividad*** *de las personas trabajadoras afectadas por la aplicación de las medidas de suspensión o reducción adoptadas al amparo de artículo 47 bis del Estatuto de los Trabajadores. Añade que el procedimiento para esta comunicación se regulará por resolución de la persona titular de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal.*

En el caso de los días trabajados en reducción de jornada, l**as horas trabajadas se convertirán en días completos equivalentes de actividad.** Para ello se dividirá el número total de horas trabajadas en el mes entre el número de horas que constituyesen la jornada habitual de la persona trabajadora con carácter previo a la aplicación de la reducción de jornada.

2.4. PAGO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Si bien la protección social se reconocerá por la entidad gestora con efectos del día que corresponda

-en función de que la solicitud colectiva se presente en plazo o fuera del mismo -, **el pago mensual**

solo se efectuará una vez reciba la comunicación empresarial a la que se refiere el apartado anterior.

Tanto si la medida es de suspensión como si es de reducción, se abonan días completos de inactividad. A los días de inactividad que resulten se les aplicará el coeficiente 1,25, a fin de abonar también la parte proporcional de los descansos semanales.

Dicho pago de las prestaciones sociales se realizará a través del circuito establecido para el pago de las prestaciones por desempleo.

INSTRUCCIÓN TERCERA. BASE REGULADORA, CUANTÍA, NACIMIENTO Y DURACIÓN DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

3.1. BASE REGULADORA

Conforme a lo establecido en la disposición adicional cuadragésima primera del TRLGSS, la base reguladora de la protección social será el promedio de las **bases de cotización en la empresa en la que se aplique el mecanismo** por contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, excluidas las retribuciones por horas extraordinarias (base que coincide con la de desempleo) correspondientes a los **180 días inmediatamente anteriores** a la fecha de inicio de aplicación de la medida a la persona trabajadora. Lo anterior se aplicará con independencia de que durante dicho periodo el trabajador haya tenido reducida su jornada de trabajo por alguno de los supuestos previstos en los apartados 6 u 8 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores (guarda legal y víctimas de violencia de género)[5].

[5] Los apartados 6 y 8 del art. 37 del Estatuto de los Trabajadores disponen lo siguiente:

> *"6. Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella.*
> *Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.*
> *El progenitor, guardador con fines de adopción o acogedor permanente tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario de, al menos, la mitad de la duración de aquella, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del servicio público de salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente y, como máximo, hasta que el hijo o persona que hubiere sido objeto de acogimiento permanente o de guarda con fines de adopción cumpla los veintitrés años. En consecuencia, el mero cumplimiento de los dieciocho años de edad por el hijo o el menor sujeto a acogimiento permanente o a guarda con fines de adopción no será causa de extinción de la reducción de la jornada, si se mantiene la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente. Por convenio colectivo, se podrán establecer las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas.*
> *En los supuestos de separación o divorcio el derecho será reconocido al progenitor, guardador o acogedor con quien conviva la persona enferma.*
> *Cuando la persona enferma que se encuentre en el supuesto previsto en el párrafo tercero de este apartado contraiga matrimonio o constituya una pareja de hecho, tendrá derecho a la reducción de jornada quien sea su cónyuge o pareja de hecho, siempre que acredite las condiciones para ser beneficiario.*
> *Las reducciones de jornada contempladas en este apartado constituyen un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.*
> *...*
> *8. Las personas trabajadoras que tengan la consideración de víctimas de violencia de género o de víctimas del terrorismo tendrán derecho, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa. También tendrán derecho a realizar su trabajo total o parcialmente a distancia o a dejar de hacerlo si este fuera el sistema establecido, siempre en ambos casos que*

En caso de no acreditar 180 días de ocupación cotizada en dicha empresa, la base reguladora se calculará en función de las bases correspondientes al **periodo inferior acreditado** en la misma.

3.2. CUANTÍA

La cuantía de la protección social se determinará aplicando a la base reguladora, el porcentaje del 70 por ciento, durante toda la vigencia de la medida, aunque la misma se compatibilice con la realización de un trabajo a tiempo parcial iniciado en cualquier fecha.

En los supuestos de reducción de jornada, puesto que las horas trabajadas se han de convertir en días completos equivalentes de actividad, la entidad gestora abonará los días en los que, de acuerdo con la comunicación mensual de la empresa, los trabajadores no hayan realizado actividad, multiplicados por el coeficiente 1,25.

Con independencia de que se tengan o no hijos a cargo menores de veintiséis años o mayores con discapacidad o menores acogidos, la cuantía máxima mensual a percibir será la equivalente al 225 por ciento del indicador público de rentas de efectos múltiples mensual vigente en el momento del nacimiento del derecho incrementado en una sexta parte, si la relación laboral afectada es a jornada completa.

En caso de que la **relación laboral afectada por el Mecanismo sea a tiempo parcial**, la cuantía máxima se determinará teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples calculado en función del promedio de las horas trabajadas durante los últimos 180 días o el periodo inferior acreditado en la empresa.

No establece la norma cuantía mínima alguna de esta protección social ni para el caso de que se tengan hijos a cargo, ni para el supuesto contrario.

Si durante todo o parte del periodo de los últimos 180 días anteriores a la fecha en que se vea afectado por la medida del Mecanismo RED, el trabajador hubiera estado afectado por un expediente de regulación temporal de empleo- sea o no ERTE COVID 19- la cuantía máxima de la protección social derivada del Mecanismo RED se calculará en función del promedio de las horas trabajadas durante los 180 días anteriores a la fecha en que se vio afectado por dicho ERTE.

Ejemplo:

Persona con contrato a tiempo parcial en virtud del cual trabaja el 80% de la jornada. Desde junio de 2021 hasta el 30 de abril de 2022 se ve afectado por un expediente de regulación temporal de empleo. A partir del día 1 de mayo se ve afectado por la medida del Mecanismo RED. A los efectos de determinar la cuantía máxima a percibir como protección social derivada del mismo, resulta irrelevante si la medida por la que se vio afectado en el ERTE fue de reducción de jornada o de suspensión de su contrato de trabajo, puesto que se tendrán en cuenta las horas trabajadas durante los 180 días anteriores a la aplicación de la medida de que se trate. Por tanto, puesto que durante

esta modalidad de prestación de servicios sea compatible con el puesto y funciones desarrolladas por la persona.
Estos derechos se podrán ejercitar en los términos que para estos supuestos concretos se establezcan en los convenios colectivos o en los acuerdos entre la empresa y los representantes legales de las personas trabajadoras, o conforme al acuerdo entre la empresa y las personas trabajadoras afectadas. En su defecto, la concreción de estos derechos corresponderá a estas, siendo de aplicación las reglas establecidas en el apartado anterior, incluidas las relativas a la resolución de discrepancias.

dicho periodo su jornada de trabajo ordinaria era la correspondiente al 80% de la jornada completa, la cuantía máxima que podrá percibir será equivalente al 80% del 225% del IPREM vigente en el momento del nacimiento del derecho incrementado en una sexta parte.

Si en lugar de ser su contrato a tiempo parcial fuera de jornada completa, la cuantía máxima de la protección social derivada del Mecanismo RED sería equivalente al 225% del IPREM vigente en el momento del nacimiento del derecho incrementado en una sexta parte.

3.3. NACIMIENTO DEL DERECHO

Solicitado en plazo, el derecho nacerá el primer día en que se aplique a la persona trabajadora la medida de reducción de jornada o suspensión del contrato.

En caso de que la empresa presente la solicitud colectiva de la protección social fuera del plazo de un mes desde la fecha de la notificación de la resolución de la Autoridad laboral que autorice la medida o desde la fecha del certificado del silencio administrativo, el derecho nacerá el día de la solicitud.

En este supuesto de solicitud extemporánea, la empresa deberá abonar a las personas trabajadoras afectadas el importe que hubiesen percibido en concepto de protección social del mecanismo RED desde el primer día en que se hubiese aplicado la medida de reducción de jornada o suspensión del contrato, ya que así lo establece expresamente el apartado 2.b de la disposición adicional cuadragésima primera del TRLGSS.

3.4. DURACIÓN DEL DERECHO

La duración de la protección social se extenderá, como máximo, hasta la finalización del período de aplicación del Mecanismo RED en la empresa.

INSTRUCCIÓN CUARTA. COTIZACIÓN DURANTE LA PERCEPCIÓN DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

De acuerdo con el apartado 5 de la disposición adicional cuadragésima primera del TRLGSS, durante la aplicación de las medidas de suspensión o reducción, la empresa ingresará la aportación de la cotización que le corresponda, debiendo la entidad gestora ingresar únicamente la aportación de la persona trabajadora, previo descuento de su importe de la cuantía de su protección social.

En el mismo sentido, el art. 153 bis TRLGSS dispone que, en los supuestos de reducción temporal de jornada o suspensión temporal del contrato de trabajo, por decisión del empresario al amparo de lo establecido en el artículo 47 bis ET, la empresa está obligada al ingreso de las cuotas correspondientes a la aportación empresarial[6].

[6] El art. 153 bis LGSS dispone lo siguiente:

> *"***Cotización en los supuestos de reducción de jornada o suspensión de contrato**.
> *En los supuestos de reducción temporal de jornada o suspensión temporal del contrato de trabajo, ya sea por decisión del empresario al amparo de lo establecido en los artículos 47 o 47 bis del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o en virtud de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal, la empresa está obligada al ingreso de las cuotas correspondientes a la aportación empresarial.*
> *En caso de causarse derecho a la prestación por desempleo o a la prestación a la que se refiere la disposición adicional cuadragésima primera, corresponde a la entidad gestora de la prestación el*

En caso de causarse derecho la protección social a la que se refiere la disposición adicional cuadragésima primera, corresponde a la entidad gestora de la misma el ingreso de la aportación del trabajador en los términos previstos en dicha disposición adicional.

INSTRUCCIÓN QUINTA. SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DERIVADA DEL MECANISMO RED.

5.1. SUSPENSIÓN

La protección social derivada del Mecanismo RED se suspenderá cuando, tras su reconocimiento, concurra alguna de las causas de suspensión que se señalan a continuación, siempre que estas finalicen mientras el Mecanismo RED siga aplicándose en la empresa para la que se trabaje, y el trabajador continúe afectado por alguna de las medidas derivadas del mismo. En caso contrario, supondrán la extinción de la protección:

1. **Que la relación laboral afectada por el Mecanismo RED sea suspendida por alguna de las causas previstas en el artículo 45 ET.**

2. **Que el trabajador comience a trabajar por cuenta ajena a tiempo completo o por cuenta propia.**

5.1.1. SUSPENSIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL AFECTADA POR EL MECANISMO RED POR ALGUNA DE LAS CAUSAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 45 ET.

Establece el apartado 9 de la Disposición adicional cuadragésima primera del TRLGSS que la prestación social se suspenderá cuando la relación laboral se suspenda por una causa distinta de la aplicación del Mecanismo[7].

5.1.1.1. Causas de suspensión del contrato

Entre las causas de suspensión del contrato se encuentran el pase por parte del trabajador a la situación de **incapacidad temporal, maternidad y/o paternidad, riesgo durante el embarazo o la lactancia**. En estas situaciones no habrá pago delegado por el SEPE de la prestación correspondiente, sino que se suspenderá la protección social derivada del Mecanismo RED y el trabajador percibirá la prestación que corresponda directamente del INSS o de la mutualidad.

---

ingreso de la aportación del trabajador en los términos previstos en el artículo 273.2 y en dicha disposición adicional, respectivamente.
En estos supuestos, las bases de cotización a la Seguridad Social para el cálculo de la aportación empresarial por contingencias comunes y por contingencias profesionales, estarán constituidas por el promedio de las bases de cotización en la empresa afectada correspondientes a dichas contingencias de los seis meses naturales inmediatamente anteriores al inicio de cada situación de reducción de jornada o suspensión del contrato. Para el cálculo de dicho promedio, se tendrá en cuenta el número de días en situación de alta, en la empresa de que se trate, durante el período de los seis meses indicados. Las bases de cotización calculadas conforme a lo indicado anteriormente se reducirán, en los supuestos de reducción temporal de jornada, en función de la jornada de trabajo no realizada.
Durante los períodos de suspensión temporal de contrato de trabajo y de reducción temporal de jornada, respecto de la jornada de trabajo no realizada, no resultarán de aplicación las normas de cotización correspondientes a las situaciones de incapacidad temporal, descanso por nacimiento y cuidado de menor, y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural.

[7] Disposición reproducida en nota 2

Además de las citadas, son también causas de suspensión del contrato, de acuerdo con lo previsto en el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores, las siguientes:

a. Mutuo acuerdo de las partes.

b. Las consignadas válidamente en el contrato.

c. Adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, de menores de seis años o de menores de edad mayores de seis años con discapacidad o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes.

d. Ejercicio de cargo público representativo.

e. Privación de libertad del trabajador, mientras no exista sentencia condenatoria.

f. Suspensión de empleo y sueldo, por razones disciplinarias.

g. Excedencia forzosa.

h. Ejercicio del derecho de huelga.

i. Cierre legal de la empresa

j. Decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género.

5.1.1.2. Solicitud de suspensión de la protección

Puesto que la suspensión del contrato es conocida tanto por el empresario como por el trabajador, ambos deberían de comunicar la misma a la entidad gestora, a fin de que por ésta se deje de abonar la protección social al segundo.

En relación con el trabajador, el artículo 25.3 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, incluido dentro de la Sección 2 ª (Infracciones de los trabajadores o asimilados, beneficiarios y solicitantes de prestaciones) del capítulo III (Infracciones en materia de Seguridad Social) establece que son infracciones graves de los trabajadores solicitantes o beneficiarios de prestaciones no comunicar, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de la suspensión o extinción del derecho, o cuando se dejen de reunir los requisitos para el derecho a su percepción cuando por cualquiera de dichas causas se haya percibido indebidamente la prestación (…)

Por su parte, una vez suspendida su relación laboral, el empresario no deberá incluir al trabajador en la comunicación mensual de los periodos de actividad e inactividad de sus trabajadores que remite a la entidad gestora.

5.1.1.3. Reanudación de la protección:

Una vez finalizada la causa de suspensión de la relación laboral afectada por el Mecanismo RED, la protección social del trabajador se reanudará cuando el empresario **le vuelva a incluir en la comunicación mensual de los periodos de actividad e inactividad que remite a la entidad gestora.**

En todo caso, el trabajador también podrá **presentar una solicitud de reanudación individual** acreditando la finalización de la causa de suspensión. Si dicha solicitud la presenta mientras esté vigente el mecanismo RED y él continúe afectado por la medida correspondiente, el derecho a la protección se reanudará desde la fecha en que finalizó la suspensión de su relación laboral sin más días consumidos que los que hubiera percibido previamente.

5.1.2. INICIO POR PARTE DEL TRABAJADOR DE UNA ACTIVIDAD POR CUENTA PROPIA O UN TRABAJO POR CUENTA AJENA A TIEMPO COMPLETO

Esta causa de suspensión deriva de la incompatibilidad establecida en el apartado 6 de la disposición adicional cuadragésima primera del TRLGSS, que expresamente dispone[8]:

> *La prestación será incompatible con la realización de trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena a tiempo completo (...)*

La incompatibilidad con el trabajo por cuenta ajena a tiempo completo ha de entenderse tanto si se trata de un único trabajo como si se trata de varios trabajos a tiempo parcial cuya suma de jornadas sea equivalente o superior a una jornada completa.

Mientras el trabajador mantenga, además del contrato afectado por el Mecanismo RED, uno o varios trabajos a tiempo parcial en virtud de los cuales no alcanza una jornada completa, podrá continuar percibiendo la protección social derivado de aquél sin deducción alguna. Pero si, en esta situación, inicia un nuevo contrato a tiempo parcial de tal forma que las horas trabajadas en todos los contratos – excluido el afectado por el Mecanismo RED- equivalen a una jornada completa, procederá la suspensión de la protección social.

5.1.2.1. Solicitud de suspensión de la protección

En este caso es el propio trabajador el que deberá comunicar la causa de suspensión de la protección social a la entidad gestora, constituyendo una infracción grave el no hacerlo, tal y como se establece en el artículo 25.3 de la LISOS antes transcrito.

Hay que tener en cuenta que, puesto que la empresa puede desconocer esta circunstancia, continuará incluyendo al trabajador en las comunicaciones mensuales de periodos de actividad que remita a la entidad gestora, por lo que deberá ser cada una de las Direcciones Provinciales las que adopten las medidas oportunas para que no se abone la protección social hasta que no se reanude su derecho, excluyendo al trabajador del proceso de reanudaciones múltiples.

5.1.2.2. Reanudación de la protección

Será el propio trabajador el que, una vez finalizada la causa de suspensión solicite la reanudación de su protección social, sin que sea preciso que aporte documentación alguna, siempre que conste la baja en Seguridad Social en el trabajo por cuenta propia o ajena en el informe de vida laboral.

[8] Disposición reproducida en nota 2.

Si dicha solicitud se presenta mientras esté vigente el mecanismo RED y el trabajador continúe afectado por la medida correspondiente, el derecho a la protección social se reanudará desde la fecha en que finalizó el trabajo por cuenta propia o ajena – incluidas vacaciones pendientes de disfrutar, sin días consumidos añadidos - con independencia de cuál haya sido la causa del cese en el mismo. Para proceder al pago de la protección social el trabajador deberá ser incluido en los ficheros de periodos de actividad.

5.2. EXTINCIÓN DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DERIVADA DEL MECANISMO RED

La protección social se extinguirá:

- Por finalización del período de aplicación del Mecanismo RED en la empresa.
- Por causar baja el trabajador en la empresa por cualquier motivo.
- Por imposición de sanción, en los términos previstos en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

INSTRUCCIÓN SEXTA. COMPATIBILIDADES E INCOMPATIBILIDADES:

6.1. COMPATIBILIDADES

La protección social derivada del Mecanismo RED es compatible con:

La realización de otro u otros trabajos por cuenta ajena a tiempo parcial, siempre que la suma de las horas trabajados en todos ellos sea inferior a una jornada completa. A estos efectos resulta irrelevante que los contratos se hayan suscrito con anterioridad o con posterioridad a la fecha en que el trabajador haya sido afectado por el Mecanismo RED. En este caso, de la cuantía de la protección social no se deducirá la parte proporcional al tiempo trabajado.

Las prestaciones económicas que hubieran sido compatibles con el trabajo en el que aplica el Mecanismo RED.

6.2. INCOMPATIBILIDADES

La protección social derivada del Mecanismo RED es **incompatible** con:

6.2.1. La realización de trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena a tiempo completo. En estos supuestos, se actuará conforme a lo establecido en el apartado 5.1.2 de la instrucción quinta anterior.

6.2.2. La obtención de otras prestaciones económicas de la Seguridad Social, salvo que estas hubieran sido compatibles con el trabajo en el que se aplica el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo.

6.2.3. La percepción simultánea de la protección social derivada de otro Mecanismo RED.

De acuerdo con lo establecido en la disposición adicional 41 TRLGSS las personas trabajadoras no podrán percibir, de forma simultánea, prestaciones derivadas de dos o más Mecanismos RED

de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, es decir, no se pueden percibir, de forma simultánea, prestaciones derivadas de dos o más Mecanismos RED aplicados en distintas empresas[9].

Por ello, si una empresa presenta una solicitud colectiva en la que se incluye un trabajador que ya sea beneficiario de la protección social derivada del Mecanismo RED por haber sido afectado previamente por otra empresa, se le denegará la segunda solicitud, haciendo constar en la resolución denegatoria la posibilidad de que elija la protección social que más le interese.

En tanto se articule un procedimiento automatizado para detectar estas situaciones, la dirección provincial deberá controlar esta circunstancia cuando realice la validación de los ficheros de periodos de actividad comunicados por las empresas a finde que solo se procese el que corresponda.

Si la reclamación previa se presenta en el plazo de 30 días desde la notificación de la resolución denegatoria, se reconocerá la nueva protección social desde la fecha que corresponda de acuerdo con lo previsto en el apartado 2. b) de la disposición adicional cuadragésima primera del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social - dependiendo si la empresa presentó la solicitud colectiva dentro o fuera del plazo establecido - causando baja en esa misma fecha en la protección social derivada del Mecanismo RED de la que fuera beneficiario hasta entonces[10].

Presentada la reclamación previa en la que el trabajador opta por la nueva protección social fuera del plazo señalado, y siguiendo las recomendaciones del Defensor del Pueblo, el derecho se reconocerá desde el primer día en que, a partir del día de la fecha de su presentación, se aplique la medida de reducción de jornada o suspensión del contrato.

En ambos casos se procesará la baja en el anterior derecho en la misma fecha en que se reconozca el nuevo, salvo que en esa fecha ya se encontrara de baja por otra causa.

Una vez extinguida la protección social derivada del Mecanismo RED que la persona haya elegido, si continúa afectada en otro trabajo por el Mecanismo RED, sí podrá percibir la protección social derivado de este. En este caso, será el propio trabajador quien ha de presentar la solicitud individual ante la entidad gestora, y el derecho a la protección social se reconocerá desde el primer día que resulta afectado por la misma una vez extinguido el derecho anterior.

Ejemplo: Trabajador que simultáneamente presta sus servicios a tiempo parcial en dos empresas, A y B. Se ve afectado en la empresa A por el Mecanismo RED, por lo que compatibiliza la protección social derivada del mismo con el trabajo a tiempo parcial en la empresa B, sin deducción alguna. Posteriormente también en el trabajo B se ve afectado por el Mecanismo RED. En este caso, puesto que no se pueden percibir ambas, se le deniega la segunda. Puesto que el trabajador está conforme, no presenta reclamación previa. Cuando la protección se extinga por haberse reincorporado el trabajador a la empresa A, podrá percibir la protección social derivada de la empresa B si en la misma sigue afectado por el Mecanismo RED, previa solicitud.

6.2.4. La percepción de prestaciones o subsidios por desempleo, con la prestación por cese de actividad y con la renta activa de inserción, regulada por el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre.

Pueden darse distintos supuestos:

[9] Disposición reproducida en nota 2.
[10] Disposición reproducida en nota 2.

A) Hasta la fecha en que la persona trabajadora se ve afectada por una de las medidas del Mecanismo RED, se encontraba compatibilizando la prestación por desempleo de nivel contributivo o asistencial, o la RAI con el trabajo a tiempo parcial al que se aplica dicha medida:

En este caso, puesto que en la fecha en que nacería la protección social derivada del Mecanismo RED la persona trabajadora es beneficiaria de una prestación por desempleo, y ambas son incompatibles, se actuará del mismo modo señalado en el punto 3 anterior, es decir, se emitirá una resolución denegatoria de la protección social derivada del Mecanismo RED, dándole la posibilidad de presentar reclamación previa en la que opte por el nuevo derecho.

Si la reclamación previa se presenta en el plazo de 30 días desde la notificación de la resolución denegatoria se reconocerá la nueva protección social desde la fecha que corresponda de acuerdo con lo previsto en el apartado 2. b) de la disposición adicional cuadragésima primera del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social - dependiendo si la empresa presentó la solicitud colectiva dentro o fuera del plazo establecido - causando baja en esa misma fecha en la protección por desempleo de la que fuera beneficiario hasta entonces[11].

Presentada la reclamación previa en la que el trabajador opta por la nueva protección social fuera del plazo señalado, y siguiendo las recomendaciones del Defensor del Pueblo, el derecho se reconocerá desde el primer día en que, a partir del día de la fecha de su presentación, se aplique la medida de reducción de jornada o suspensión del contrato.

En ambos casos se procesará la baja en la protección por desempleo que tenga reconocida en la misma fecha en que se reconozca el nuevo derecho, salvo que en esa fecha ya se encontrara de baja por otra causa.

La elección que efectúe el trabajador será única, y se aplicará hasta que tenga lugar la extinción del derecho elegido, con la única excepción de que, tras efectuar dicha elección, la persona se vea afectada por un nuevo Mecanismo RED en otro trabajo distinto del primero, o acredite una nueva situación legal de desempleo.

a) Si elige la protección social derivada del mecanismo RED, la prestación por desempleo de nivel contributivo o asistencial, o la RAI, quedarán en suspenso hasta la fecha de la finalización de la medida del Mecanismo RED por reincorporación del trabajador a su trabajo en las mismas condiciones que tenía anteriormente, fecha a partir de la cual se podrá reanudar aquella a los efectos de solicitar nuevamente la compatibilidad

Se mantiene la posibilidad de reanudar la prestación por desempleo de nivel contributivo o asistencial suspendida para acceder a la protección social derivada del Mecanismo RED, incluso en el caso de que, desde la fecha de la suspensión de la misma hasta aquella en la que se solicite su reanudación para volver a compatibilizarla con el trabajo a tiempo parcial que estuvo afectado por el Mecanismo RED, el trabajador acredite en este último trabajo 360 días o más– por ejemplo, por haberse visto afectado por una reducción de su jornada diaria de trabajo de duración igual o superior a doce meses-

En este supuesto en el que ha sobrevenido una causa de incompatibilidad, si el trabajador solicita la reanudación de la prestación por desempleo y su compatibilidad con el trabajo a tiempo parcial dentro del plazo de los quince días hábiles siguientes a la fecha en que dicha incompatibilidad

[11] Disposición reproducida en nota 2.

ha desaparecido - por haberse extinguido la protección social derivada del Mecanismo RED - se reconocerá la reanudación y compatibilidad desde el día siguiente al de dicha extinción. Solicitada fuera de dicho plazo, se aplicarán las normas de carácter general relativas a las prestaciones por desempleo, y por tanto, se reconocerá la reanudación y compatibilidad a partir del día de su solicitud o del día siguiente al de la misma - dependiendo de que se trate de una prestación contributiva o un subsidio-, sin añadir días consumidos a los que ya tuviera.

Esta excepción será de aplicación a los exclusivos efectos de recuperar la situación inicial y por tanto, de volver a compatibilizar la prestación por desempleo con el trabajo a tiempo parcial. Por tanto, se han de dar las siguientes circunstancias:

- Que, en la fecha en la que se vea afectado por la medida derivada del Mecanismo RED, el trabajador estuviera compatibilizando la prestación por desempleo de nivel contributivo o asistencial, o la RAI con el trabajo a tiempo parcial para la empresa autorizada a aplicar dicho Mecanismo.

- Que durante el periodo en que no se ha percibido la prestación por desempleo, el trabajador haya estado afectado por una medida del Mecanismo RED.

- Que se solicite nuevamente la compatibilidad una vez finalice la aplicación de la medida del Mecanismo RED.

- Que no haya concurrido una situación legal de desempleo en la que deba aplicarse el derecho de opción regulado en el artículo 269.3. TRLGSS.

Ejemplo:

Trabajador al que se reconoce una prestación por desempleo de 24 meses de duración cuya cuantía mensual son 500 euros. A los dos meses, inicia una relación laboral a tiempo parcial, trabajando el 80% de la jornada, y siendo su salario bruto mensual de 1.000 euros. Decide compatibilizar ambos, por lo que la cuantía de su prestación pasa a ser de 100 euros mensuales. A los pocos meses, la empresa para la que trabaja obtiene la autorización para la aplicación del Mecanismo RED, por lo que le reduce su jornada diaria al 50%. Puesto que la prestación por desempleo y la protección social derivada de este mecanismo son incompatibles, se le deniega ésta, pero presenta reclamación previa optando por su percepción y la suspensión de la prestación por desempleo. Permanece en dicha situación durante trece meses, Una vez finalizada la aplicación de la medida, el trabajador podrá volver a compatibilizar su trabajo con la prestación por desempleo, que, en este caso, y a los efectos de solicitar nuevamente la compatibilidad, no se considera extinguida por la realización de un trabajo de duración igual o superior a doce meses.

Por el contrario, si desde la fecha en la que se suspendió la prestación por desempleo por verse afectado por el Mecanismo RED, el interesado trabaja 360 días o más en la empresa en la que se aplica el Mecanismo o en otra distinta, y acredita una nueva situación legal de desempleo, se aplicarán las normas de carácter general, y por lo tanto, deberá optar por el derecho que más le interese conforme a lo establecido en el artículo 269.3 TRLGSS[12].

[12] El art. 269.3 LGSS dispone lo siguiente:

> *"Cuando el derecho a la prestación se extinga por realizar el titular un trabajo de duración igual o superior a doce meses, este podrá optar, en el caso de que se le reconozca una nueva prestación, entre reabrir el derecho inicial por el período que le restaba y las bases y tipos que le correspondían, o percibir la prestación generada por las nuevas cotizaciones efectuadas. Cuando*

Ejemplo:

Trabajador que compatibiliza la prestación por desempleo con un contrato a tiempo parcial (A), en el que se ve afectado por la aplicación del Mecanismo RED, reduciendo su jornada al 50%. Opta por suspender la prestación por desempleo y percibir la protección social derivada de aquél. Al mes siguiente inicia una nueva relación laboral a tiempo parcial (B) que compatibiliza con la protección social derivada del mecanismo RED y con el trabajo con reducción de jornada en la empresa A. A los 13 meses desde su inicio es despedido por su última empresa (B) y además finaliza la medida derivada del mecanismo RED en la empresa A, por lo que vuelve a realizar su jornada anterior. En este caso, puesto que la prestación por desempleo se encuentra extinguida por realización de un trabajo por cuenta ajena superior a 360 días, deberá optar entre percibir la nueva prestación o reanudar la anterior.

b) Si elige continuar percibiendo la prestación por desempleo, el subsidio o la renta activa de inserción, percibirá ésta, siempre que continúe cumpliendo todos los requisitos para ello, hasta la finalización de la Medida RED o la extinción del derecho a protección por desempleo, salvo que, tras efectuar dicha elección, la persona se vea afectada por un nuevo Mecanismo RED en otro trabajo distinto, o acredite una nueva situación legal de desempleo.

En este caso, si la medida del mecanismo RED es la de suspensión de su contrato de trabajo, durante los periodos en los que no realice actividad laboral no se le deducirá cantidad alguna de la cuantía de su prestación por desempleo. Si la medida del mecanismo RED fuera de reducción de jornada, se ajustará la deducción en la cuantía de la prestación a la nueva jornada de trabajo.

Una vez finalizada la medida del Mecanismo RED por la reincorporación del trabajador al puesto de trabajo afectado por el mismo en las condiciones anteriores, si la prestación por desempleo no se hubiera agotado, podrá continuar compatibilizando ambas, ajustando nuevamente la deducción a practicar en la cuantía de la prestación, previa comunicación del trabajador a la entidad gestora de las nuevas circunstancias. En el caso de que el trabajador no lo comunique, se regularizará el derecho desde la fecha que corresponda cuando la entidad gestora tenga conocimiento de la nueva situación, sin iniciar procedimiento sancionador

Si durante el tiempo en el que el trabajador está afectado por la medida del Mecanismo RED viera extinguida la protección por desempleo cuya percepción hubiera elegido – prestación, subsidio o RAI

-, por cualquier causa menos por su agotamiento, puesto que ya no se encuentra en situación de incompatibilidad, podrá solicitar la protección derivada del Mecanismo RED, que se reconocerá desde el primer día en que se vea afectado por la medida de que se trate a partir de la fecha de extinción de la protección por desempleo.

Lo anterior también se aplicará si dejara de cumplir el requisito de carencia de rentas exigidos para lucrar el subsidio y la renta activa de inserción, o si dejara de cumplir el requisito de responsabilidades familiares exigido, en su caso, para percibir el subsidio por desempleo.

Si agotara la prestación por desempleo de nivel contributivo cuya percepción hubiera elegido y cumpliera los requisitos para acceder al subsidio por agotamiento de la misma podrá elegir entre:

el trabajador opte por la prestación anterior, las cotizaciones que generaron aquella prestación por la que no hubiera optado no podrán computarse para el reconocimiento de un derecho posterior, de nivel contributivo o asistencial."

Cumplir el plazo de espera de un mes, y posteriormente solicitar el subsidio por agotamiento, o Solicitar la protección social derivada del Mecanismo RED. Si presenta la solicitud individual mientras continúe siendo aplicable el Mecanismo RED y siga el trabajador afectado por la medida correspondiente, se reconocerá el derecho desde el primer día en que se vea afectado por la medida de que se trate a partir de la fecha del agotamiento de la prestación por desempleo de nivel contributivo. No es posible solicitar esta protección exclusivamente mientras se cumple el plazo de un mes para solicitar el subsidio, pues como se ha dicho la opción es única con las salvedades indicadas.

La misma elección podrá efectuar si tras agotar la prestación o el subsidio por desempleo cumpliera los requisitos para acceder a la RAI.

B) En el supuesto de que la persona que está percibiendo la protección social derivada del Mecanismo RED acredite situación legal de desempleo en un contrato a tiempo parcial que estuviera compatibilizando con aquella, podrá elegir aquella que más le interese:

Puesto que dicha persona solicitará cita previa para acudir a su oficina de prestaciones a solicitar la prestación por desempleo, en dicha citación se le informará de que ambas prestaciones son incompatibles y que por tanto deberá elegir la que prefiera percibir.

a) En el caso de que elija continuar percibiendo la protección social derivada del Mecanismo RED, puesto que no ha hecho uso de la situación legal de desempleo por encontrarse en ese momento en situación de incompatibilidad podrá acceder a la prestación por desempleo que le corresponda, sin días consumidos, una vez finalice la causa de incompatibilidad por extinguirse la protección social derivada del Mecanismo RED. Solicitada la prestación por desempleo o el subsidio por cotizaciones insuficientes dentro del plazo de los quince días hábiles siguientes a la fecha de la extinción de la protección social derivada del Mecanismo RED, el derecho se reconocerá desde el día siguiente al de dicha extinción. Solicitada fuera de plazo, se aplicarán las reglas generales, aplicándose el consumo de días de derecho.

b) Si elige la prestación por desempleo, se calculará de acuerdo con las normas de carácter general, y de su cuantía no se deducirá cantidad alguna mientras la relación laboral a la que se aplique el Mecanismo RED esté suspendida. Si la relación laboral a la que se aplica el Mecanismo RED se encontrara afectada por una medida reducción de jornada, de la cuantía de la prestación por desempleo se le deducirá la parte proporcional a las horas realmente trabajadas durante la aplicación de dicha medida, y no la parte proporcional a las horas que trabajaba antes de la misma.

Si durante el tiempo en el que el trabajador continúa afectado por la Medida RED se extingue la protección por desempleo que hubiera elegido percibir, se aplicará lo establecido en el punto A.2. anterior.

INSTRUCCIÓN SÉPTIMA. ACCESO A LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO TRAS LA PERCEPCIÓN DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DERIVADA DEL MECANISMO RED

Establece el apartado 8 de la disposición adicional cuadragésima primera del TRLGSS lo siguiente[13]:

[13] Disposición reproducida en nota 2.

El acceso a esta prestación no implicará el consumo de las cotizaciones previamente efectuadas a ningún efecto.
El tiempo de percepción de la prestación no se considerará como consumido de la duración en futuros accesos a la protección por desempleo.
El tiempo de percepción de la prestación no tendrá la consideración de periodo de ocupación cotizado, a los efectos de lo previsto en el artículo 269.1. No obstante, el período de seis años a que se refiere dicho precepto se retrotraerá por el tiempo equivalente al que el trabajador hubiera percibido la citada prestación.
En el caso de reducción de jornada, se entenderá como tiempo de percepción de prestación el que resulte de convertir a día a jornada completa el número de horas no trabajadas en el periodo temporal de referencia.

En consecuencia:

Si en el periodo de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo el trabajador ha estado percibiendo la protección social derivada del mecanismo RED:

Puesto que el tiempo durante el cual se ha percibido la protección social no tiene la consideración de periodo de ocupación cotizado, el periodo de los seis años se retrotraerá por el equivalente al que el trabajador hubiera percibido dicha protección social. En caso de que hubiera estado afectado por la medida reducción de jornada la retroacción se efectuará por el número de días que resulten de transformar las horas no trabajadas en días.

I. Si durante todo o parte del periodo de los 180 días anteriores a la fecha de la situación legal de desempleo el trabajador ha estado percibiendo la protección social derivada del Mecanismo RED:

A los efectos del cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo, se tomarán las bases de cotización correspondientes a dicho periodo, con independencia de que el mismo, o parte del mismo, no se tenga en cuenta a efectos del cálculo del periodo de ocupación cotizada.

Las cuantías máximas y mínimas de la prestación se determinarán teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples calculado en función del promedio de las horas trabajadas durante el período de los 180 últimos días anteriores a la aplicación de la medida de que se trate.

En cuanto a la determinación del periodo de ocupación cotizada, puesto que el tiempo durante el cual se ha percibido la protección social no tiene la consideración de periodo de ocupación cotizado, el periodo de los seis años se retrotraerá por el equivalente al que el trabajador hubiera percibido dicha protección social. En caso de que hubiera estado afectado por la medida reducción de jornada se considerará que se ha percibido la protección durante el número de días que resulten de transformar las horas no trabajadas en días, efectuándose la retroacción por ese mismo número de días.

II. Si durante todo o parte del periodo de los 180 días anteriores a la fecha de la situación legal de desempleo, el trabajador, además de haber percibido la protección social derivada del Mecanismo RED ha mantenido otra relación laboral a tiempo parcial que cotice por la contingencia de desempleo:

No procede la retroacción por el periodo de percepción de la protección social que coincida con la realización de otro trabajo que cotice por la contingencia de desempleo

A efectos del cálculo de la base reguladora se tomarán las bases de cotización correspondientes a ambos trabajos dentro del periodo establecido en la Ley, aunque en uno de ellos el trabajador se encontrara afectado por la medida.

A los efectos de las cuantías máximas y mínimas, se calculará el promedio de las horas trabajadas teniendo en cuenta ambos trabajos. En el trabajo afectado por el Mecanismo RED se entenderá que el trabajador ha mantenido la misma jornada que antes de la aplicación de la medida.

En su caso, en la cuantía de la prestación por desempleo se practicará la deducción correspondiente a las horas que se continúen trabajando a tiempo parcial.

El tiempo de percepción de la protección social derivada del Mecanismo RED no se considerará como consumido de la duración en futuros accesos a la protección por desempleo.

INSTRUCCIÓN OCTAVA. COMPETENCIA PARA LA GESTIÓN DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DERIVADA DEL MECANISMO RED

Corresponden al Servicio Público de Empleo Estatal, y al Instituto Social de la Marina en el caso de trabajadores por cuenta ajena incluidos dentro Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, las siguientes competencias:

a. Gestionar las funciones y servicios derivados de la protección social

b. Declarar el reconocimiento, suspensión, extinción y reanudación de la protección social derivada del Mecanismo RED, sin perjuicio de las atribuciones reconocidas a los órganos competentes de la Administración laboral en materia de sanciones.

c. Declarar y exigir la devolución de las prestaciones indebidamente percibidas por las personas trabajadoras y el reintegro de las prestaciones de cuyo pago sea directamente responsable el empresario.

No obstante lo anterior, transcurrido el plazo fijado para el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas o de responsabilidad empresarial sin haberse efectuado el mismo, corresponderá a la Tesorería General de la Seguridad Social proceder a su recaudación en vía ejecutiva de conformidad con las normas reguladoras de la gestión recaudatoria de la Seguridad Social, devengándose el recargo y el interés de demora en los términos y condiciones establecidos en esta ley.

INSTRUCCIÓN NOVENA. RECLAMACIÓN PREVIA FRENTE A LA RESOLUCIÓN DEL SEPE O ISM

Frente a las resoluciones de la entidad gestora relativas a esta protección social, podrá la persona trabajadora formular reclamación previa, en el plazo de los treinta días hábiles siguientes a la notificación de la resolución, en los términos previstos en el artículo 71 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

INSTRUCCIÓN DÉCIMA. PERCEPCIÓN INDEBIDA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DERIVADA DEL MECANISMO RED

Cuando el trabajador perciba indebidamente la protección social, las cantidades indebidamente abonadas serán reclamadas por la entidad gestora con arreglo al procedimiento regulado en los

artículos 33 y 34 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo[14].

No obstante lo anterior, no podrán efectuarse compensaciones entre esta protección social derivada del mecanismo RED y las prestaciones y subsidios por desempleo - incluido el subsidio extraordinario y la renta activa de inserción - ni viceversa-.

Esta información ha sido elaborada teniendo en cuenta la legislación vigente en la fecha que figura en el encabezamiento y se presta en virtud del derecho previsto en el artículo 53, letra f), y en el artículo 13, letra d), de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, advirtiendo de que dicha información no produce más efectos que los puramente ilustrativos de orientación."

Fundamentos jurídicos

RDL 32/2021, de 28 de diciembre

RDL 4/2022, de 15 de marzo

[14] Los arts. 33 y 34 del RD 625/1985, de 2 abril disponen lo siguiente:

Art. 33. Procedimiento para el reintegro de prestaciones indebidamente percibidas.
1. Cuando el trabajador perciba indebidamente prestación o subsidio por desempleo, el Instituto Nacional de Empleo procederá de acuerdo con las siguientes reglas:
a) Emplazará al trabajador para que en diez días comparezca en el procedimiento a efectos de alegar lo que estime oportuno.
b) Transcurrido dicho plazo, dictará resolución señalando si el trabajador ha percibido indebidamente prestación o subsidio por desempleo y la cuantía de los mismos.
En caso de que exista presunto responsable subsidiario, también será emplazado para que alegue lo que convenga a su derecho.
2. El trabajador dispondrá de un plazo de treinta días, a partir de la notificación de la resolución, para reintegrar la cuantía de la prestación o subsidio indebidamente percibidos. Transcurrido dicho plazo, sin que haya sido obtenido el reintegro de la deuda, en los casos en los que no se pueda aplicar la compensación o descuento según contempla el artículo 34 siguiente, o bien cuando, procediendo dicha compensación o descuento, no hubiera sido posible cancelar la deuda en su totalidad, se aplicará lo establecido en el artículo 84 y siguientes del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio.
3. En los supuestos previstos en las letras b) y c) del número 3 del artículo 27 de la Ley 31/1984, en caso de insolvencia del trabajador para devolver las cantidades indebidamente percibidas, el Instituto Nacional de Empleo dictará resolución exigiendo al empresario o empresarios responsables el pago de dicha deuda. En este caso, el empresario o empresarios requeridos dispondrán de un plazo de treinta días, a partir de la notificación de la resolución, para hacer efectivo el importe, transcurrido el cual el Instituto Nacional de Empleo emitirá la correspondiente certificación de descubierto con la que se iniciará la vía de apremio.
4. Contra la resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de Empleo exigiendo el pago de las cantidades indebidamente percibidas, el trabajador o el empresario, en su caso, podrán interponer, en el plazo de quince días contados a partir de la notificación, recurso de alzada ante el Director general del Instituto Nacional de Empleo, cuya resolución agotará la vía administrativa.
Principio del formulario
Art. 34. Compensación de prestaciones por desempleo.
El Instituto Nacional de Empleo podrá efectuar las correspondientes compensaciones o descuentos en la prestación por desempleo para resarcirse de las cantidades indebidamente percibidas por el trabajador.

INSTRUCCIONES PROVISIONALES PARA LA APLICACIÓN DEL REAL DECRETO LEY 4/2022, DE 15 DE MARZO, POR EL QUE SE ADOPTAN MEDIDAS URGENTES DE APOYO AL SECTOR AGRARIO POR CAUSA DE LA SEQUÍA, EN MATERIA DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO

13/05/2022

Criterio de actuación

El día 16 de marzo de 2022 se publicó en el B.O.E. el Real Decreto-ley 4/2022 de 15 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo al sector agrario por causa de la sequía, alguna de cuyas normas afectan a la protección por desempleo.

Dicho Real Decreto ley entró en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», es decir, el 17 de marzo de 2022, por lo que, para su aplicación de forma homogénea por parte de todas las Direcciones Provinciales del SEPE de Andalucía y Extremadura, se dictan las siguientes

INSTRUCCIONES

PRIMERA. REDUCCIÓN DEL NÚMERO MÍNIMO DE JORNADAS REALES COTIZADAS PARA ACCEDER AL SUBSIDIO POR DESEMPLEO O A LA RENTA AGRARIA A FAVOR DE TRABAJADORES EVENTUALES AGRARIOS RESIDENTES EN EL TERRITORIO DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS DE ANDALUCÍA Y EXTREMADURA

1. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3.1 del Real Decreto ley 4/2022, los trabajadores agrarios por cuenta ajena de carácter eventual podrán ser beneficiarios del subsidio por desempleo que regula el Real Decreto 5/1997, de 10 de enero, por el que se regula el subsidio por desempleo en favor de los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, o de la renta agraria, establecida por el Real Decreto 426/2003, de 11 de abril, por el que se regula la renta agraria para los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social residentes en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura, aun cuando no tengan cubierto en el citado Sistema de la Seguridad Social el número mínimo de jornadas reales cotizadas establecido, respectivamente, en el artículo 2.1.c) o en el artículo 2.1.d) , respectivamente, de los citados reales decretos siempre que cumplan los siguientes requisitos[15]:

[15] El art. 2.1) letras c) y d) del RD 426/2003, de 11 abril, dispone lo siguiente:

"...

c) Haber residido y estar empadronado un mínimo de 10 años en el ámbito geográfico protegido en el que es de aplicación esta renta.

d) Tener cubierto en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en los 12 meses naturales inmediatamente anteriores a la situación de desempleo un mínimo de 35 jornadas reales cotizadas. A estos efectos, quedan asimiladas las jornadas trabajadas en faenas agrícolas temporales en el extranjero, siempre que el órgano competente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales haya visado el contrato de trabajo y certifique las jornadas realizadas.

..."..

a. El día 17 de marzo de 2022, además de estar incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios de la Seguridad Social, residir en el territorio de las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura,

b. Tener cubierto en dicho Sistema Especial un mínimo de 20 jornadas reales cotizadas en los doce meses naturales inmediatamente anteriores a la situación de desempleo,

c. Reunir el resto de los requisitos exigidos en la normativa aplicable, de conformidad con el artículo 288 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, y con lo establecido en los citados reales decretos.

d. Presentar la solicitud a partir del día 17 de marzo de 2022 y hasta el 31 de diciembre de 2022 inclusive.

2. Cuando se aplique lo previsto en el apartado 1 anterior se considerará acreditado un número de 35 jornadas reales cotizadas a los efectos de:

-La determinación de la duración del subsidio SEASS para trabajadores menores de veinticinco años de edad que no tengan responsabilidades familiares (artículo 5.1.a del Real Decreto 5/1997, de 10 de enero).

-La determinación de la cuantía de la renta agraria, así como de su duración, en el caso de los trabajadores menores de veinticinco años de edad que no tengan responsabilidades familiares (artículos 4.1 y 5.1.a) del R.D. 426/2003, de 11 de abril)[16].

[16] Los preceptos indicados que se reproducen en su integridad disponen lo siguiente:

Artículo 4. Cuantía de la renta agraria.
1. La cuantía de la renta agraria se fija según el número de jornadas reales cotizadas que se acrediten para obtener el derecho a la renta, y será igual al porcentaje siguiente del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias:

Número de jornadas reales	*Porcentaje sobre el salario mínimo*
Desde 35 hasta 64	*75%*
Desde 65 hasta 94	*80%*
Desde 95 hasta 124	*85%*
Desde 125 hasta 154	*90%*
Desde 155 hasta 179	*95%*
Desde 180	*100%*

2. (derogado)

Se deroga por la disposición derogatoria única.2. e) de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre

"Artículo 5. Duración de la renta agraria.
1. La duración de percepción de la renta agraria se determinará de conformidad con las siguientes reglas:
a) En el caso de trabajadores menores de 25 años que no tengan responsabilidades familiares, la duración de la renta será de 3,43 días de derecho por cada jornada real cotizada, con una duración máxima de 180 días.
b) En el caso trabajadores menores de 25 años que tengan responsabilidades familiares, la duración será de 180 días.

3. Por aplicación conjunta de este Real Decreto ley y la disposición transitoria primera del Real Decreto 5/1997, que regula el subsidio SEASS, los trabajadores mayores de treinta y cinco años, y los menores de dicha edad con responsabilidades familiares, pueden completar el número mínimo de 20 jornadas reales cotizadas en los doce meses naturales inmediatamente anteriores a la situación de desempleo computando las cotizaciones efectuadas al Régimen General de la Seguridad Social con ocasión del trabajo prestado en obras afectadas al Acuerdo para el Empleo y la Protección Social Agrarios, siempre que hayan cotizado:

-Al menos cinco jornadas reales al SEASS, si han sido perceptores del subsidio en el año inmediatamente anterior, o

-Al menos quince jornadas reales al SEASS, si no han sido perceptores del subsidio en el año inmediatamente anterior.

4. Cuando los trabajadores acrediten 20 o más jornadas reales cotizadas, se considerará que acreditan 35 jornadas reales cotizadas a los efectos de lo establecido en la disposición transitoria segunda del Real Decreto 5/1997 y, por tanto, en este supuesto, la duración del subsidio[17]

---

c) En el caso de trabajadores mayores de 25 años y menores de 52 años, la duración será de 180 días, y, en el caso de trabajadores mayores de 52 años, la duración será de 300 días.
2. Para la aplicación de lo dispuesto en el párrafo b) del apartado 1, se entenderá por responsabilidades familiares tener a cargo al cónyuge y/o hijos o menores acogidos, con los que conviva, cuando la renta del conjunto de una unidad familiar así constituida, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, no supere el 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. No se considerará a cargo el cónyuge, hijos o menores acogidos con rentas, de cualquier naturaleza, superiores al 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.

.

[17] **(Derogado)**

Se deroga el apartado 3 por la disposición derogatoria única del Real Decreto 864/2006, de 14 de julio"

La Disposición Transitoria segunda del RD 5/1997, de 10 de enero, dispone lo siguiente:

"Disposición transitoria segunda. Acceso al subsidio de trabajadores en situaciones especiales.
1. No obstante lo dispuesto en el párrafo c) del apartado 1 del artículo 2 de este Real Decreto, podrán acceder al subsidio los trabajadores que, habiendo sido perceptores del empleo comunitario en el año 1983 y perceptores del subsidio en el año inmediatamente anterior, acrediten un número mínimo de veinte jornadas reales cotizadas al Régimen Especial Agrario. Para la acreditación de estas jornadas podrán computarse las cotizaciones efectuadas al Régimen General de la Seguridad Social durante los doce meses inmediatamente anteriores a la situación de desempleo, con ocasión del trabajo prestado en obras afectadas al Acuerdo para el Empleo y la Protección Social Agrarios, en las siguientes condiciones:
a) Podrán computarse todas las jornadas cotizadas al Régimen General a efectos de acreditar el número de veinte jornadas cotizadas previsto en esta disposición transitoria.
b) Para acreditar un número superior de jornadas cotizadas sólo podrá computarse un número de jornadas cotizadas al Régimen General de la Seguridad Social igual, como máximo, al de las cotizadas como reales al Régimen Especial Agrario.
2. La duración del subsidio en el supuesto previsto en la presente disposición transitoria será la siguiente:
a) Trabajadores que acrediten un número mínimo de veinte jornadas cotizadas: Cien días.
b) Trabajadores que acrediten un número superior a veinte jornadas cotizadas e inferior a treinta y cinco por cada día cotizado que supere los veinte la duración mínima de cien días se incrementará en los días de subsidio siguientes:

SEGUNDA. TRABAJADORES FIJOS DISCONTINUOS INCLUIDOS EN EL RÉGIMEN ESPECIAL AGRARIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL CON ACTIVIDAD EN ANDALUCÍA Y EXTREMADURA.

La disposición final tercera del Real Decreto ley 4/2022 de 15 de marzo, da nueva redacción, con salvaguarda de su rango parlamentario, al artículo 2 del Real Decreto 864/2006, de 14 de julio, para la mejora del sistema de protección por desempleo de los trabajadores agrarios[18].

Dicha reforma es coherente con la supresión, por la disposición final 6.1 del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, del apartado 4 del artículo 277 del TRLGSS, que establecía una duración inferior de los subsidios por desempleo en el caso de trabajadores fijos discontinuos, y que impedía a dicho colectivo acceder al subsidio para trabajadores mayores de 52 años.

1.º Trabajadores mayores de veintinueve años y menores de cincuenta y dos: 5,33 días de subsidio por cada día cotizado.
2.º Trabajadores mayores de cincuenta y dos años y menores de sesenta años, con una duración máxima posible de trescientos días, según lo establecido en el artículo 5 de este Real Decreto: 13,33 días de subsidio por cada día cotizado.
3.º Trabajadores mayores de cincuenta y dos años, con una duración máxima posible de trescientos sesenta días, según lo establecido en el artículo 5 de este Real Decreto: 17,33 días de subsidio por cada día cotizado.
c) Trabajadores que acrediten treinta y cinco jornadas cotizadas: Duración igual a la establecida en cada caso en el artículo 5 de este Real Decreto.
3. En los supuestos previstos en el apartado anterior, se computarán las fracciones que igualen o superen 0,50 como un día más de derecho".

.

[18] La Disposición final tercera del RDL 4/2022, de 15 de marzo, modificación del Real Decreto 864/2006, de 14 de julio, para la mejora del sistema de protección por desempleo de los trabajadores agrarios. con salvaguarda de su rango reglamentario, el artículo 2 del Real Decreto 864/2006, de 14 de julio, para la mejora del sistema de protección por desempleo de los trabajadores agrarios, queda redactado en los términos siguientes:

«Artículo 2. Protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos agrarios y eventuales agrarios.
1. Los trabajadores con contrato de fijo discontinuo incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social que desarrollen esta actividad en las comunidades autónomas de Andalucía y Extremadura, cuando dejen de prestar servicios por haber finalizado o haberse interrumpido la actividad intermitente o de temporada de la empresa o cuando se suspenda la actividad por causas económicas, tecnológicas o de fuerza mayor, o cuando tras esas situaciones cesen involuntariamente en un trabajo eventual agrario, a efectos de la protección por desempleo tendrán la consideración tanto de trabajadores fijos discontinuos como de trabajadores eventuales del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social.
Por ello, siempre que reúnan el resto de los requisitos exigidos en cada caso podrán optar:
a) Por las prestaciones por desempleo de nivel contributivo o asistencial.
b) Por el subsidio por desempleo en favor de los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, establecido por el Real Decreto 5/1997, de 10 de enero, o, en su caso, por la renta agraria, en favor de los mismos trabajadores, establecida por Real Decreto 426/2003, de 11 de abril, considerando al trabajador como eventual agrario para aplicar lo dispuesto en dichos reales decretos.
2. Cuanto se opte, conforme a lo indicado en el apartado 1. b) anterior:
a) Se tendrán en cuenta todas las jornadas reales cotizadas en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, cualquiera que sea su número, como trabajador fijo discontinuo agrario y como trabajador eventual agrario siempre que no hayan sido computadas para obtener un derecho anterior, a la prestación por desempleo, a los subsidios por desempleo o a la renta agraria, y se hayan cubierto en los 12 meses naturales inmediatamente anteriores a la situación de desempleo.
b) No se incluirán en el cómputo de rentas del solicitante o beneficiario, ni de los miembros de la unidad familiar, las obtenidas por el trabajo agrario como trabajador por cuenta ajena de carácter fijo discontinuo.»

Además, se modifican las rentas computables a efectos de lucrar el subsidio SEASS o la Renta agraria.

Por tanto, a partir de la fecha de entrada en vigor , el día 17 de marzo de 2022, del Real Decreto ley 4/2022, los trabajadores con contrato de fijo discontinuo incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social que desarrollen esta actividad en las comunidades autónomas de Andalucía y Extremadura, cuando dejen de prestar servicios por haber finalizado o haberse interrumpido la

actividad intermitente o de temporada de la empresa o cuando se suspenda la actividad por causas económicas, tecnológicas o de fuerza mayor, o cuando tras esas situaciones cesen involuntariamente en un trabajo eventual agrario, a efectos de la protección por desempleo tendrán la consideración tanto de trabajadores fijos discontinuos como de trabajadores eventuales del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social.

Por ello, siempre que reúnan el resto de los requisitos exigidos en cada caso podrán optar:

a) Por las prestaciones por desempleo de nivel contributivo o asistencial, siendo la duración de los subsidios la misma que para el resto de trabajadores del régimen general.

b) Por el subsidio por desempleo en favor de los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, establecido por el Real Decreto 5/1997, de 10 de enero, incluido el subsidio especial de los trabajadores mayores de 52 años, o, en su caso, por la renta agraria, en favor de los mismos trabajadores, establecida por Real Decreto 426/2003, de 11 de abril, considerando al trabajador como eventual agrario para aplicar lo dispuesto en dichos reales decretos.

Cuando se opte por el subsidio SEASS o por la Renta Agraria:

a) A todos los efectos, y no solo a los de determinar si se tiene cubierto el mínimo de jornadas reales cotizadas exigidas para acceder al subsidio SEASS o a la Renta Agraria, se tendrán en cuenta todas las jornadas reales cotizadas en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, cualquiera que sea su número, como trabajador fijo discontinuo agrario y como trabajador eventual agrario, siempre que:

   - no hayan sido computadas para obtener un derecho anterior, a la prestación por desempleo, a los subsidios por desempleo o a la renta agraria, y

   - se hayan cubierto en los 12 meses naturales inmediatamente anteriores a la situación de desempleo.

   Por tanto, además de para acceder a los derechos, también tomarán en consideración las jornadas reales cotizadas a los efectos de la determinación de la duración y cuantía de los mismos (disp. transitoria. 2ª del RD 5/1997 y arts. 4 y 5 del RD 426/2003)[19].

b) No se incluirán en el cómputo de rentas del solicitante o beneficiario, ni de los miembros de la unidad familiar, las obtenidas por el trabajo agrario como trabajador por cuenta ajena de carácter fijo discontinuo.

[19] Disposiciones que se reproducen en notas 2 y 3.

Esta información ha sido elaborada teniendo en cuenta la legislación vigente en la fecha que figura en el encabezamiento y se presta en virtud del derecho previsto en el artículo 53, letra f), y en el artículo 13, letra d), de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, advirtiendo de que dicha información no produce más efectos que los puramente ilustrativos de orientación."

Fundamentos jurídicos

RDL 4/2022 de 15 de marzo

REVISTA CRÍTICA DE RELACIONES DE TRABAJO. LABORUM

INFORMACIÓN GENERAL

Revista:*Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*
Editor:Ediciones Laborum, S.L.
ISSN: 2792-7962
ISSNe: 2792-7970
Inicio de Publicación:2021
Periodicidad: Trimestral
Arbitraje:Evaluación por pares de doble ciego

NORMAS PARA LA REMISIÓN DE ORIGINALES, ACEPTACIÓN Y SU PUBLICACIÓN

1. ENVÍO DE ORIGINALES

- **Formato**: Microsoft Word o Libreoffice.
- **Forma de envío**: Por correo electrónico a la dirección revreltra@laborum.es o bien mediante la plataforma de envío en http://revista.laborum.es.

  El archivo debe identificarse con los apellidos del autor del trabajo y la identificación de la sección de la revista en la que se desea publicar:

  Secciones abiertas a la publicación

ED	(Estudios Doctrinales);
EDJ	(Estudios de Doctrina Judicial);
DCE	(Derecho comparado y Derecho extranjero);
ESHE	(Economía, Sociología e Historia de la Relaciones de Trabajo y del Estado Social);
REC	(Recensiones)

  Por ejemplo: ORTIZ CASTILLO-ED

2. DATOS Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO REMITIDO

Se remitirán dos archivos de la siguiente forma:

- **Primer archivo**: Documento con la identificación del autor o autores. Es un archivo distinto al del trabajo que tendrá el siguiente contenido:
  - Identificación del autor (nombre y apellidos de cada autor); ORCID, datos académicos y/o profesionales, así como la institución en que desempeña sus funciones. Se facilitará el nombre, dirección postal, teléfono y correo electrónico del autor responsable de la correspondencia sobre el artículo.
  - Declaración responsable del autor de que el artículo es original y que no ha sido publicado anteriormente en ningún tipo de soporte (ya sea en papel o digital).
- Segundo archivo. El trabajo o artículo a publicar

  Muy importante: No deberá hacer referencia a la autoría del trabajo o cualquier otro dato que permita identificar al autor o autores.

El artículo ha de estar encabezado por:

- El título del trabajo y las palabras clave/descriptores (entre 3 y 6), primero en español y luego en inglés.
- Un resumen del trabajo de 10 líneas aproximadamente y, a continuación, su traducción de este al inglés (abstract).
- Sumario. Se utilizará la numeración arábiga (1, 1.1, 1.1.1, etc.)

El artículo habrá de contener una bibliografía final.

- **Extensión del trabajo**. La extensión de los trabajos será, conforme a la sección de la Revista a la que vayan destinados, la siguiente:
  - — Estudios Doctrinales, Derecho comparado y Derecho extranjero, Economía, Sociología e Historia de la Relaciones de Trabajo y del Estado Social: máximo 25 páginas (incluido título, extracto, palabras claves, sumario, anexos, bibliografía, etc.).
  - — Estudios de Doctrina Judicial: máximo 22 páginas (incluido título, extracto, palabras clave, sumario, bibliografía, etc.).
  - — Recensiones: máximo 3 páginas.
- **Formato del Documento**.

  Márgenes:

Superior:	2,50 cm	Izquierda:	3,00 cm	Encabezado:	1,25 cm
Inferior:	2,50 cm	Derecha:	3,00 cm	Pie de página:	1,25 cm

  Fuente: Time New Roman, Justificación completa, y con interlineado sencillo (a un espacio). En el interior del Texto de los originales no deben ponerse palabras o frases en negrita o subrayadas. Sí cabe poner palabras o frases en cursivas. Eso sí, evitando una utilización excesiva o abusiva de esta técnica.

  Tamaño: Texto normal 12; Notas al Pie 10

  Las referencias legislativas o judiciales deberán expresar -en todo lo posible- las referencias propias de la base de datos que se utiliza (o, en su defecto, se deberán citar con datos que aseguren su identificación y localización efectiva (por ejemplo, Boletín Oficial donde se haya publicado, número de recurso o de sentencia, etcétera).

  Los apellidos de los autores citados han de ir solo en mayúscula la primera letra, y versales. Los nombres, solo las iniciales.

  Ejemplos:

  -Si es una obra de autoría individual o en coautoría de hasta cuatro autores:

  Rodríguez Iniesta, G.: *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares,* Murcia, Laborum, 2009, pp. 201-242.

  Monereo Pérez, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Comares, 2007, pp. 40-48.

-Si es una parte de una obra colectiva con directores y/o coordinadores:

VV.AA.: *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del Sistema,* Sánchez Rodas, C. y Ortiz Castillo, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2006, pp. 50-80.

VV.AA.: *V Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La Seguridad Social en el Siglo XXI,* Ojeda Avilés, A. (Ed.), Murcia, Laborum, 2008, pp. 106-125.

VV.AA.: *VIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La reforma de las pensiones en la Ley 27/2011,* Ortiz Castillo, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2011.

VV.AA.: *Los retos de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea. XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social,* Monereo Pérez, J.L. (Ed.), Murcia, Laborum, 2016.

VV.AA.: *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social,* Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Madrid, La Ley, 2008, pp. 145173.

VV.AA.: *La reforma y modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto,* Sempere Navarro, A.V. y Fernández orrico, F.J. (Dirs.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012.

Los títulos de una obra o de una Revista, en cursiva. El título de un capítulo o de un artículo doctrinal, entrecomillado o con corchetes.

3. PROCESO EDITORIAL

- **Recepción de artículos.** Hay 2 formas de recepcionar los artículos, bien enviándolos por mail a revreltra@laborum.es o bien mediante la plataforma de la revista digital https://revista.laborum.es, en la cual se deben registrar como autores para tener acceso a la sección de enviar artículos.

  Se acusará su recibo por la Coordinación de la Editorial lo que no implicará su aceptación.

  Una vez acusado recibo, la Coordinación efectuará una primera valoración editorial consistente en comprobar tanto la adecuación al ámbito temático como el cumplimento de los requisitos de presentación formal exigidos en el punto 2, quedando autorizada la Editorial a la devolución de los estudios mientras no se ajuste a las normas de publicación indicadas.

- **Remisión de originales al Consejo de Redacción.** La Coordinación de la Editorial remitirá el trabajo al Consejo de Redacción de la Revista, que analizará el estudio valorando su remisión a los evaluadores externos, ajenos a los Consejos de Redacción y Asesor, y que han sido seleccionados por los editores de la revista (*vid*. http://url.laborum.es/equiporecrt o listado en inicio revista) teniendo en cuenta sus méritos académicos, su acreditada solvencia investigadora y su dilatada experiencia en el ámbito de las Ciencias Jurídicas y Sociales.

- **Sistema de revisión por pares.** El artículo enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, de forma confidencial y anónima, quienes emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por el Consejo de Redacción. El protocolo de evaluación utilizado por los revisores se hace público como anexo a estas normas (*vid*. https://revista.laborum.es). En el caso de juicios dispares entre los dos evaluadores, el trabajo será remitido a un tercer evaluador. El trabajo revisado que

se considere puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones, deberá ser corregido y devuelto por los autores a la revista en el plazo máximo de un mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores. De ser necesario, la nueva versión será enviada de nuevo a los revisores externos. Los autores recibirán los informes de evaluación de los revisores, de forma anónima, para que estos puedan realizar (en su caso) las correcciones oportunas.

- **Proceso editorial.** Una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le podrán ser remitidas, si fuera necesario, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección.

- **Plazos de publicación.** El intervalo entre la recepción y la aceptación será inferior a 60 días y el que media entre la aceptación y la publicación no superará los 90 días.

- **Ejemplar para el autor:** La editorial hará llegar a autor o autores una versión electrónica del trabajo presentado y publicado

4. CRITERIOS DE POLÍTICA EDITORIAL Y RESPONSABILIDADES ÉTICAS

- **Criterios de política editorial.** Los factores en los que se funda la decisión sobre la aceptación-rechazo de los trabajos por parte de la editorial son los siguientes:

    a) Originalidad.
    b) Actualidad y novedad.
    c) Relevancia y aplicabilidad de los resultados para la resolución de problemas concretos.
    d) Significación para el avance del conocimiento científico.
    e) Calidad metodológica contrastada.
    f) Presentación, buena redacción y organización (coherencia lógica y presentación material).

- **Responsabilidades éticas.** La Revista no acepta material previamente publicado. Los autores son responsables de obtener los oportunos permisos para reproducir parcialmente material (texto, tablas o figuras) de otras publicaciones y sitios de Internet y de citar su procedencia correctamente.

  La Editorial considera que la remisión de un trabajo es original, no exigiendo declaración jurada al respecto pero obligándose, en caso de detectarse lo contrario, a la denuncia de prácticas deshonestas sobre los diversos supuestos de fraude científico (plagio, publicación duplicada, etc.).

  En relación con los derechos de autor, los autores pueden utilizar sus derechos para publicar sus trabajos en cualquier otra publicación (formato impreso o electrónico) siempre con el único requisito de reconocer la previa aparición en esta Revista.

CÓDIGO ÉTICO PARA LA REVISTA CRÍTICA DE RELACIONES DE TRABAJO (LABORUM)

La "Revista Crítica de Relaciones de Trabajo (Laborum)" se adhiere a las recomendaciones de ELSEVIER y a las normas éticas de COPE: *Commitée on Publication Ethics*: http://publicationethics.org/resources/code-conduct

A continuación, se detallan de manera específica los compromisos adquiridos por todo el Equipo Editorial para asegurar una actuación responsable tanto de autores, revisores, como de editores.

Compromisos para los autores

- Originalidad en los trabajos: Los autores de manuscritos enviados a la "Revista Crítica de Relaciones de Trabajo (Laborum)" han de ser originales. Los manuscritos no han de contener copias o reproducciones a trabajos de otros autores o de otros fragmentos de trabajos ya publicados por los mismos autores. Además, se confirmará veracidad de los datos mediante la firma de un documento de "declaración de originalidad" que habrá de enviarse a la editorial.

- Publicaciones múltiples o repetitivas: El autor no debe publicar un mismo artículo o con resultados similares en más de una revista científica. La propuesta simultánea de la misma contribución a múltiples revistas científicas es considerada éticamente incorrecta y reprobable.

- Listado de fuentes: Al final de cada trabajo el autor deberá incorporar una relación bibliográfica completa, en la que se recojan todas las fuentes y artículos manejados.

- Autoría: En cuanto a la autoría del manuscrito, los autores garantizan la inclusión de aquellas personas que han hecho una contribución científica e intelectual significativa en la conceptualización y la planificación del trabajo como en la interpretación de los resultados y en la redacción del mismo. Al mismo tiempo se han jerarquizado los autores conforme a su categoría y/o nivel de responsabilidad e implicación.

- Conflicto de intereses y divulgación: Todos los autores están obligados a declarar explícitamente que no existen conflictos de intereses que puedan haber influido en los resultados obtenidos o en las interpretaciones propuestas. Los autores también deben indicar cualquier financiación de agencias y/o de proyectos de los que surge el artículo de la investigación.

- Errores o erratas en los artículos publicados: Cuando un autor identifica en su artículo un importante error o una inexactitud, deberá comunicarlo a los editores de la revista y proporcionarles toda la información necesaria para listar las correcciones pertinentes en la parte inferior del mismo artículo.

- Responsabilidad: todos los autores aceptan la responsabilidad de lo que se ha escrito. Los autores se comprometen también a que se ha realizado una revisión de la literatura científica más actual y relevante del tema analizado, teniendo presente de forma plural las diferentes corrientes del conocimiento.

Compromisos para los revisores

- Contribución a la decisión editorial: La revisión por pares y a ciegas le permite a la editorial Laborum tomar decisiones sobre los artículos propuestos y, de igual modo, le permite al autor

mejorar en la contribución enviada para su publicación. Los revisores asumen el compromiso de realizar una revisión crítica, honesta y constructiva tanto de la calidad científica, como de la calidad literaria del escrito.

- Tiempos de revisión: La coordinación marcará los tiempos de revisión. El revisor que no pueda terminar la evaluación en el tiempo programado habrá de notificarlo de inmediato a la coordinadora. Los revisores se comprometen a evaluar los trabajos en el tiempo menor posible para respetar los plazos de entrega.

- Confidencialidad: Cada manuscrito asignado debe ser considerado como confidencial. Por lo tanto, estos textos no se deben discutir con otras personas sin el consentimiento expreso del director, el subdirector y la coordinadora.

- Objetividad: La revisión por pares se realizará de manera objetiva. No se considera adecuado ningún juicio personal sobre los autores de las contribuciones. Los revisores están obligados a dar razones suficientes para sus valoraciones. Los revisores entregarán un informe crítico completo con referencias adecuadas según protocolo de revisiones de la "Revista Crítica de Relaciones de Trabajo (Laborum)" y las normativas públicas para los revisores; especialmente si se propone que el trabajo sea rechazado. Están obligados a advertir a los editores si partes sustanciales del trabajo ya han sido publicadas o están bajo revisión para otra publicación.

- Visualización de texto: Los revisores se comprometen a indicar con precisión las referencias bibliográficas de obras fundamentales posiblemente olvidadas por el autor. El revisor también debe informar a los editores de cualquier similitud o solapamientos del manuscrito con otros trabajos publicados.

- Conflicto de intereses y divulgación: Información confidencial o información obtenida durante el proceso de revisión por pares debe considerarse confidencial y no puede utilizarse para propósitos personales Los revisores solo revisan un manuscrito cuando no exista conflictos de interés.

Compromisos de los editores

- Decisión de publicación: los editores garantizarán la selección de los revisores más cualificados y especialistas científicamente para emitir una apreciación crítica y experta del trabajo, con los menores sesgos posibles. La "Revista Crítica de Relaciones de Trabajo (Laborum)" opta por seleccionar 2 revisores por cada trabajo de forma que se garantice una mayor objetividad en el proceso de revisión.

- Honestidad: los editores evalúan los artículos enviados para su publicación sólo sobre la base del mérito y la calidad científica de los contenidos.

- Confidencialidad: todo el equipo editorial se compromete a no divulgar la información relativa a los artículos enviados para su publicación a otras personas que no sean autores, revisores y editores. Los editores y el Comité Editorial se comprometen a la confidencialidad de los manuscritos, sus autores y revisores, de forma que el anonimato preserve la integridad intelectual de todo el proceso.

– Conflicto de intereses y divulgación: los editores se comprometen a no utilizar en sus investigaciones contenidos de los artículos enviados para su publicación sin el consentimiento por escrito del autor.

– Respeto de los tiempos: los editores son responsables máximos del cumplimiento de los límites de tiempo para las revisiones y la publicación de los trabajos aceptados, para asegurar una rápida difusión de sus resultados. Los trabajos no permanecerán aceptados, sin publicarse y en listas de espera infinitas, más allá del tiempo justo para su edición en los siguientes números de la revista.

La presente revista, dedicada específicamente a las Relaciones de Trabajo, consta de:

- *Editorial (E)*
- *Estudios Doctrinales (ED)*
- *Estudios de Doctrina Judicial (EDJ)*
- *Derecho Comparado y Derecho Extranjero (DCE)*
- *Economía, Sociología e Historia de las Relaciones de Trabajo y del Estado Social (ESHE)*
- *Crónica Legislativa, Doctrina judicial y Noticias bibliográficas (CLJB)*
- *Crónica Administrativa en materia de Relaciones de Trabajo (CART)*

Consta de 4 números anuales de periodicidad trimestral.
Se edita en digital, y la inscripción puede realizarse por los medios que figuran al inicio de la revista.

Ediciones Laborum

ISSN 2792-7970
04 >
9 772792 797000