
TEMAS LABORALES

**REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL**

141

**Junta de Andalucía
Consejería de Empleo, Empresa y Comercio**

**Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
Dirección y Administración
Avda. República Argentina
núm. 25, 1ª planta
41011 Sevilla**

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE

JOSÉ SÁNCHEZ MALDONADO
Consejero de Empleo, Empresa y Comercio

VOCALES

Mª JOSÉ ASENSIO COTO	Viceconsejera de Empleo, Empresa y Comercio
JULIO SAMUEL COCA BLANES	Secretario General de Empleo
VICTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y S.S.
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Consejero Permanente de Estado
JOSÉ VIDA SORIA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Granada
FERMIN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
FRANCISCO J. PRADOS DE REYES	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

CONSEJO DE REDACCIÓN

JOSÉ SÁNCHEZ MALDONADO	Consejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
JESÚS CRUZ VILLALÓN	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Sevilla
CRISTINA CAMPAYO RODRÍGUEZ	Profesora Titular de Universidad de Economía Aplicada Universidad de Sevilla
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Sevilla
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide

DIRECTOR

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

SUBDIRECTOR

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

Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Avda. República Argentina núm. 25, 1ª, Sevilla (41011).
Tf. 955 066 200

Precio suscripción anual –incluye cuatro números trimestrales y un especial monográfico– 72 euros.
Número suelto: 18 euros. Boletín de suscripción disponible en
<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 141/2018
Primer Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

El necesario cambio en la jurisprudencia constitucional sobre video vigilancia y control de mensajería electrónica de los trabajadores a la vista de la doctrina del TEDH

JAIME CABEZA PEREIRO

La gran transición: la economía de plataformas digitales y su proyección en el ámbito laboral y de la seguridad social

BORJA SUÁREZ CORUJO

El principio de no discriminación en las relaciones de trabajo atípicas: apuntes sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

CRISTINA ALESSI

Autonomía colectiva, denuncia y ultraactividad del convenio colectivo

NORA MARTÍNEZ YÁÑEZ

2. INFORMES Y DOCUMENTOS

La igualdad de trato por razones de orientación e identidad sexual

EMILIA CASTELLANO BURGUILLO

3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN COLECTIVA

Universidad de Cádiz

Representación unitaria y centro de trabajo: un modelo en crisis

MARÍA ISABEL RIBES MORENO

PODER DE DIRECCIÓN

Universidad de Córdoba

El alcance del derecho a adaptar la jornada y a la elección de turno de trabajo como medida de conciliación de la vida familiar y laboral: una controversia aún por resolver

MARÍA LUISA RODRÍGUEZ COPÉ

EMPLEO PÚBLICO

Universidad de Huelva

Contratación temporal en el sistema universitario y su uso en fraude de ley

ALEJANDRO ZALVIDE BASADONE

4. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

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

Más información sobre su objeto y actividades, en <http://www.labourlawjournals.com>

HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

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

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

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

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

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

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

1. ENCABEZAMIENTO

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

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

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

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

2. EXTRACTO Y PALABRAS CLAVE

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

3. ÍNDICE

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

4. TÍTULOS DE LOS APARTADOS

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

5. TEXTO

Siempre a un espacio y sin sangrado de líneas. Se procurará evitar remarcar el texto con comillas, mayúsculas, negritas, subrayados o cursivas, si bien, las palabras extranjeras podrán resaltarse mediante este último recurso. Los acrónimos y abreviaturas de leyes y términos jurídicos universales podrán emplearse sin desarrollo explicativo con carácter general, en otro caso deberá ir precedida de una exposición en su primer uso a través de paréntesis.

Las referencias a proyectos de investigación se pondrán incorporar en la primera página si no se excede la extensión reservada al contenido obligatorio de la misma mediante nota a pie de página con marca asterisco (*).

6. NOTAS

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

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

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

Ejemplos:

- Cruz Villalón, J., "Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva", TEMAS LABORALES 120/2013, pp.13-32. También, Cruz Villalón, J., "Impacto...", op. cit., TL 120/2013, p.23.
- De Soto Rioja, S., "Los sujetos de la negociación colectiva. En especial, tras las reformas operadas durante 2007", en AA.VV., Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva (S. de Soto, Coord.), Monografías de Temas Laborales 42, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2009.

7. EXTENSIÓN

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

8. CORRECCIÓN DE PRUEBAS

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

9. PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

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

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

10. CESIÓN DE DERECHOS

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

**LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE
ANDALUSIAN REVIEW
Nº 141/2018
First Trimester**

INDEX

1. STUDIES

The necessary change in constitutional jurisprudence on video surveillance and control of electronic messaging of workers in view of the doctrine of the ECHR

JAIME CABEZA PEREIRO

The great transition: the economics of digital platforms and its projection in the field of employment and social security

BORJA SUÁREZ CORUJO

The principle of non-discrimination in the non-standard employment relationships: notes on the case-law of the Court of Justice of the European Union

CRISTINA ALESSI

Collective autonomy, denunciation and ultra-activity of collective agreement

NORA MARTÍNEZ YÁÑEZ

2. REPORTS AND DOCUMENTS

Equal treatment for reasons of sexual identity and orientation

EMILIA CASTELLANO BURGUILLO

3. JUDICIAL COMMENTS

PARTICIPATION AND COLLECTIVE REPRESENTATION

University of Cadiz

Unitary representation and workplace: a model in crisis

MARÍA ISABEL RIBES MORENO

MANAGEMENT POWER

University of Cordoba

The scope of the right to adapt the day and the choice of shift work as a measure of reconciliation of work and family life: a controversy yet to resolve

MARÍA LUISA RODRÍGUEZ COPÉ

ADMINISTRATIVE LABOUR LAW

University of Huelva

Temporary hiring in the University system and its use in fraud law

ALEJANDRO ZALVIDE BASADONE

4. LEGISLATIVE REMARKS

Legislation of the autonomous community of Andalusia

EL NECESARIO CAMBIO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE VIDEOVIGILANCIA Y CONTROL DE MENSAJERÍA ELECTRÓNICA DE LOS TRABAJADORES A LA VISTA DE LA DOCTRINA DEL TEDH

JAIME CABEZA PEREIRO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo

EXTRACTO

Palabras Clave: Vida privada, intimidad, secreto de las comunicaciones, video-vigilancia, correos electrónicos.

La privacidad ha evolucionado como un asunto principal en las relaciones laborales. La video-vigilancia y el control de los correos electrónicos de los trabajadores pueden ser medidas justificadas de la empresa para asegurar el correcto cumplimiento de sus deberes por parte de los empleados. Sin embargo, afectan a algunos derechos fundamentales como la vida privada, la intimidad y el secreto de las comunicaciones. El crecimiento y la difusión de las TIC han producido un aumento sostenido de los casos en los que los trabajadores se han opuesto al control de su actividad en el lugar de trabajo por parte del empleador. En consecuencia, se ha producido una interesante jurisprudencia, en paralelo, por parte del Tribunal Constitucional español y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En los últimos meses, algunas sentencias de este último ponen en cuestión doctrinas importantes elaboradas por aquél. De hecho, el Tribunal Constitucional español ha entendido de forma muy estrecha el contenido de los derechos fundamentales antes mencionados y ha reconocido a las empresas un amplio campo para controlar la actividad de sus trabajadores a través de las TIC. En esa encrucijada, este artículo trata de comparar ambos cuerpos de jurisprudencia, con el objetivo de discutir la necesidad de cambiar la orientación de las sentencias del Tribunal Constitucional.

ABSTRACT

Key Words: Private life, intimacy, secret of communications, video surveillance, e-mails.

Privacy has been evolved as a main issue in the employment relationships. Video surveillance and checking the workers' emails may be justified measures developed by the company to ascertain the right accomplishment of their duties by employees. However they affect some fundamental rights like private life, intimacy and secret of communications. The growing up and dissemination of ICT has produced a sustained increase of cases where workers have opposed to the monitoring of their activity in the workplace made by the employer. Therefore an interesting case-law has been build, in parallel, by the Spanish Constitutional Court and by the European Court of Human Rights. Last months some judgments made by the later put in question important rulings made by the former. Indeed, the Spanish Constitutional Court has understood in a very narrow way the content of the aforementioned fundamental rights and has recognized to companies a wide field to check the activity of their workers through ICTs. In that crossroad, this article tries to compare both bodies of case law with the aim of discussing the necessity of changing the orientation of Constitutional Court's rulings.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TEDH QUE EMPARENTAN LA VIDA PRIVADA DEL TRABAJADOR CON EL CONTROL DE LOS MEDIOS TECNOLÓGICOS PUESTOS A SU DISPOSICIÓN
3. LA JURISPRUDENCIA ORIGINARIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE VIDEO-VIGILANCIA Y CONTROL DE LA PRESTACIÓN LABORAL
4. SUS PRONUNCIAMIENTOS RECIENTES
5. LA ÚLTIMA JURISPRUDENCIA DEL TEDH DESDE BARBULESCU
6. CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN*

Esta materia está transitada por una doctrina judicial bastante oscilante. Dos órganos situados fuera de la Jurisdicción ordinaria –uno, interno, el Tribunal Constitucional, el otro, regional europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos- han dictado en los últimos tiempos criterios que no resultan plenamente coincidentes. Puede decirse, en particular en las sentencias más recientes, que la Corte de Estrasburgo está elaborando unos criterios más garantistas con los derechos de los trabajadores que el Tribunal Constitucional. Es evidente que éste ha de adaptar su jurisprudencia, a la vista de las contradicciones más fuertes que puedan existir entre ambos tribunales.

En el proceso laboral debe tenerse muy en cuenta, por otra parte, el art. 88 del Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016 del Parlamento Europeo y del Consejo, 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. Dicho precepto prevé que las legislaciones internas de los Estados Miembros, o bien los convenios colectivos, establezcan medidas específicas de protección de los derechos de los trabajadores en cuanto al tratamiento de datos personalizados en el ámbito laboral. Tales normas –ordena dicho precepto- incluirán medidas adecuadas para preservar la dignidad humana de los interesados, sus derechos fundamentales y sus intereses legítimos¹. De tal modo que todo el acervo normativo

* Este estudio se ha elaborado en el contexto del proyecto de investigación financiado por el MINECO con número de referencia DER2017 -83488 -C4 - 2 - R, “Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo autónomo en la era digital”.

¹ Art. 88: 1. “Los Estados miembros podrán, a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos, establecer normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral, en particular a efectos de contratación de personal, ejecución del contrato laboral, incluido el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley o por el convenio colectivo, gestión, planificación y organización del trabajo, igualdad y diversidad en el lugar de trabajo, salud

que se construya, ya a nivel heterónomo, ya a nivel autónomo, deberá de tenerse en cuenta también a efectos procesales, pues la aportación y la valoración de la prueba tendrán que someterse al tamiz de estas normas sustantivas.

Dicho lo cual, el TC ha dictado su jurisprudencia a través de recursos de amparo que se han centrado, básicamente, en la interpretación del art. 18 de la CE y de los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, al secreto de las comunicaciones y a la limitación del uso de la informática para preservar el pleno ejercicio de los derechos de los ciudadanos. Por su parte, el TEDH ha basado su jurisprudencia en el derecho al respeto de la vida privada y familiar, enunciado en el art. 8 del Convenio de Roma². En las páginas que siguen se va a formular un repaso de la doctrina de uno y otro órgano, en un desarrollo cronológico de sentencias que sirve para expresar, con más claridad, la evolución de criterios y poner de relieve los puntos críticos que existen en la actualidad.

Debe, en todo caso, expresarse una idea adicional. La jurisprudencia del TEDH es esencialmente viva y adaptada a las convicciones sociales que en cada momento imperan en Europa. Es decir, su doctrina se elabora con permanente atención a las mismas, de modo que el órgano se concibe como una especie de termómetro de la conciencia de Europa. Que el art. 8, concebido en un momento histórico determinado, haya servido para acoger las vulneraciones a la vida privada derivadas del uso abusivo de los mecanismos de control que el empresario pone en marcha a través de las tecnologías de la información y de la comunicación pone de manifiesto esta característica. Lo cual vale para añadir que, seguramente, la impronta de las TICs en la vida privada de los trabajadores seguirá produciendo una doctrina sensible a los nuevos usos sociales y al propio avance tecnológico, siempre incesante. Que la jurisprudencia constitucional interna se acompañe a la del Tribunal de Estrasburgo constituye la mejor garantía de que también el art. 18 de la Constitución sirve

y seguridad en el trabajo, protección de los bienes de empleados o clientes, así como a efectos del ejercicio y disfrute, individual o colectivo, de los derechos y prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de la extinción de la relación laboral”.

2. *“Dichas normas incluirán medidas adecuadas y específicas para preservar la dignidad humana de los interesados así como sus intereses legítimos y sus derechos fundamentales, prestando especial atención a la transparencia del tratamiento, a la transferencia de los datos personales dentro de un grupo empresarial o de una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta y a los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo”.*

3. *“Cada Estado miembro notificará a la Comisión las disposiciones legales que adopte de conformidad con el apartado 1 a más tardar el 25 de mayo de 2018 y, sin dilación, cualquier modificación posterior de las mismas”.*

2 *“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

para asimilar ese impacto de la tecnología y la huella que va dejando en los hábitos y en las convicciones sociales.

Del mismo modo, que ahora la jurisprudencia interna y la de la Corte del Consejo de Europa exhiban ciertas diferencias –como va a ponerse de manifiesto– exige superar ese desajuste, pero también reflexionar acerca de si las garantías de los derechos de los trabajadores frente a los mecanismos de control tecnológico por parte del empresario son suficientes. Como expresa el TEDH en recurrente jurisprudencia, el derecho del art. 8 del Convenio de Roma –al igual que otros– no se salvaguarda satisfactoriamente mediante obligaciones negativas de los Estados, sino también mediante obligaciones positivas necesarias para una efectiva protección de la vida privada. Tales obligaciones positivas pueden implicar la adopción de medidas para asegurar el respeto a la vida privada en las relaciones entre particulares. Lo cual constituye una fuerte llamada al legislador, para que haga uso de la función para la que está llamado a este respecto.

2. LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TEDH QUE EMPARENTAN LA VIDA PRIVADA DEL TRABAJADOR CON EL CONTROL DE LOS MEDIOS TECNOLÓGICOS PUESTOS A SU DISPOSICIÓN

Sobre ellos, basta con una referencia breve, que se matizará en mayor medida cuando se haga alusión a los problemas actuales. La primera sentencia en la que plantea una vulneración del art. 8 relacionada con la vigilancia en el centro de trabajo se dicta el 25 junio 1997, asunto *Halford c. Reino Unido*. Se trataba de una mujer que había alcanzado cierto grado jerárquico en la policía británica y a la que se le denegó la promoción a jefa de policía adjunta. Alegó que se habían interceptado sus llamadas telefónicas, tanto en el trabajo como en su casa y, en efecto, el Tribunal concluyó que se había vulnerado el art. 8 del Convenio a causa de dicha conducta que había padecido en relación con sus contactos por teléfono. Las conversaciones que había mantenido la interesada se incluían dentro de los conceptos “vida privada” y “correspondencia”. Además, había una razonable apariencia de que las conversaciones habían sido interceptadas por la policía con el objetivo de reunir información para la defensa de la demanda por discriminación sexual que ella había interpuesto. En este escenario, como quiera que la legislación británica sobre intervención de las comunicaciones no se aplicaba a las de tipo interno de las autoridades públicas, no había ninguna norma interna que protegiera a la reclamante, a la cual no se le concedía, por consiguiente, protección alguna. De tal modo que también se había producido una violación del derecho a un recurso efectivo del art. 13 del Convenio de Roma.

Mucho más conocido –y ya más reciente– es el asunto *Copland c. Reino Unido*³, relativo a una trabajadora de un centro de educación superior de titularidad

³ Sentencia de 3 abril 2007.

estatal que ostentaba el cargo de secretaria personal del rector. Su queja se produjo porque su teléfono, su mail y su ordenador habían sido revisados en el contexto de una investigación realizada a dicho rector. El Tribunal estimó, en efecto, que se había producido una violación del art. 8. Recordó a tal fin la doctrina del asunto *Halford* acerca de que las llamadas de teléfono realizadas desde las instalaciones de la empresa se incluían en los conceptos de vida privada y de correspondencia. Lógicamente, extendió la misma consideración a los mails enviados desde su ordenador del trabajo.

En particular, la trabajadora no había sido advertida de que sus llamadas y sus mensajes podrían ser objetivo de control, de tal modo que se le generó una razonable expectativa acerca de la privacidad de sus llamadas y mensajes realizados en el trabajo, así como sobre su uso de internet. A lo cual no se oponía el hecho de que la empleadora hubiese obtenido legítimamente sus datos a partir de las facturas telefónicas, pues ello no era impedimento para apreciar una intromisión en la vida privada. Como tampoco lo era el hecho de que los datos obtenidos no habían sido revelados a terceras personas ni tampoco utilizados en otros procedimientos disciplinarios contra la reclamante. Así pues, la obtención y almacenamiento de datos relativos al uso del teléfono, mail e internet por parte de una trabajadora sin su conocimiento violaba el art. 8.

En este caso, el Tribunal no entró a dilucidar si esos controles podían considerarse necesarios, en el contexto de una sociedad democrática, en determinadas situaciones y para la consecución de fines específicos. Pues, de nuevo, faltaba una normativa interna que regulara los controles. De modo tal que la limitación del derecho a la vida privada no se había producido de acuerdo con la legislación interna.

Es verdad que, en estos asuntos primeros, el Tribunal no se pronuncia acerca del equilibrio de la vida privada con otros derechos, ni entra por lo tanto en los juicios de justificación, necesidad y proporcionalidad. Sin embargo, ya apunta tres cuestiones que se consolidan como parte fundamental de su jurisprudencia: la primera, la protección que el art. 8 otorga frente a los controles de los medios tecnológicos que las empresas ponen a disposición de los trabajadores. La segunda, que el centro de trabajo constituye un escenario que también está protegido dentro del concepto de vida privada. La tercera, que la falta de una advertencia previa sobre el posible control de los medios telemáticos puestos a disposición por parte de la empresa genera una expectativa razonable de privacidad que no pueden desconocer los órganos juzgadores.

Un tercer asunto⁴, referido a video-vigilancia, abundó en estas líneas maestras, en torno a unos hechos bastante recurrentes, como va a comprobarse en posteriores sentencias internas y europeas. Se trataba de una trabajadora, cajera de un supermercado, despedida por hurto después de haber sido sometida a una graba-

⁴ Asunto *Köpke c. Alemania*, sentencia de 5 octubre 2010.

ción de video desarrollada por su empresa con la ayuda de una agencia de detectives. En este caso, el Tribunal inadmitió la reclamación, puesto que los órganos internos habían observado un equilibrio razonable entre el respeto a la vida privada de la trabajadora y el interés del empresario a la protección de sus derechos. A tal efecto destacó que la medida había sido limitada en el tiempo –apenas se había prolongado durante dos semanas- y solo había alcanzado el área que rodeaba la caja, en todo caso accesible al público. Los datos obtenidos habían sido procesados por un número muy limitado de personas de la agencia de detectives y de la estructura de la empresa y solo habían sido utilizados a los efectos del despido y de los procedimientos judiciales subsiguientes. De modo que la intromisión en la vida privada de la recurrente se había restringido a lo estrictamente necesario a los efectos de los fines perseguidos. Ahora bien, el Tribunal matiza que, a la vista de las circunstancias concurrentes y de la mayor o menor intrusión de los medios utilizados, la ponderación podía ser otra en el futuro, máxime a la vista de cómo las tecnologías son cada vez más sofisticadas. Por lo demás, en esta sentencia no se formula ninguna consideración acerca de la necesidad o de la conveniencia de que se haya producido una previa advertencia sobre el control de la prestación laboral a través de medidas de video-vigilancia.

3. LA JURISPRUDENCIA ORIGINARIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE VIDEO-VIGILANCIA Y CONTROL DE LA PRESTACIÓN LABORAL

No puede decirse que el TC haya seguido una senda absolutamente lineal en su aproximación a esta materia. En cuanto a los derechos a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a la libertad informativa cuestionados en el marco de una relación laboral, los problemas se han planteado, en particular, sobre el asunto de la video-vigilancia y en torno a la fiscalización por parte del empresario de correos electrónicos y otros mensajes enviados a través de plataformas informáticas.

Desde una perspectiva cronológica, el primer asunto de interés se suscitó con la STC 98/2000, de 10 abril, en relación con un sistema de grabación de la imagen y del sonido implantado en un determinado centro de trabajo de una empresa de casinos y juegos de azar, al efecto de controlar la prestación la laboral en determinados puestos de trabajo. El problema residía, en particular, en la instalación de unos micrófonos para grabar conversaciones. Como quiera que el comité de empresa no fue informado a tales efectos, su presidente requirió la retirada de los mismos, que no fue aceptada por la empresa.

Con este planteamiento, el TC recuerda que el derecho a la intimidad no es absoluto y que el poder de dirección del empresario lo habilita para adoptar medidas de vigilancia acerca del correcto cumplimiento de la prestación laboral. No obstante, tales medidas deben desarrollarse con pleno respeto a la dignidad

del trabajador. Como expresa el art. 2 de la LO 1/1982, de 5 mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, son intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad, entre otras, “el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas”, así como “la utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción”.

A partir de estas premisas, el Tribunal manifiesta una primera idea parcialmente coincidente con la doctrina del TEDH, aunque expresada con más matices: si bien la jurisprudencia del Tribunal ha admitido en alguna ocasión que los hechos referidos a relaciones sociales y profesionales en el desarrollo de la actividad laboral no se integran en la esfera privada de la persona, no cabe ignorar que en ocasiones es factible acceder a informaciones atinentes a la vida íntima y familiar del trabajador protegidas por el art. 18 pese a que éste se encuentre en el centro de trabajo y prestando sus servicios profesionales. Por supuesto, esta aproximación tan dubitativa tenía que volverse más asertiva a la vista de la doctrina del TEDH. No es que no pueda descartarse –como expresa el Tribunal- que en el centro de trabajo puedan producirse intromisiones ilegítimas del empresario en la intimidad del trabajador, sino que las relaciones que suceden en el marco del contrato de trabajo también pertenecen a la esfera privada del trabajador.

Concluye el Tribunal que habrá que atender no solo a los lugares donde se instalan los micrófonos, sino también a ponderaciones tales como si la instalación es más o menos indiscriminada o masiva, si los artefactos son visibles o se han instalado subrepticamente, o si hay razones fundadas de seguridad por el tipo de actividad desempeñada o por otras circunstancias. Por supuesto, si se instalan en lugares de esparcimiento o descanso o en vestuarios la lesión del derecho a la intimidad es más probable, pero ello no quiere decir que no merezca protección el trabajador en la ubicación en la que presta sus servicios.

En consecuencia, es necesario que las resoluciones judiciales guarden el equilibrio necesario entre las obligaciones que se derivan del contrato de trabajo y los derechos fundamentales de los trabajadores, en este caso a la intimidad. Las limitaciones a los derechos fundamentales –concluye el TC- deben ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer el interés del empresario merecedor de tutela, de tal modo que habrá que buscar las alternativas menos lesivas de derechos fundamentales, de conformidad con el principio de proporcionalidad.

Aplicando estos criterios al caso concreto, el Tribunal concluye que la empresa cuenta con una justificación razonable para instalar los micrófonos, pero

ello no basta en todo caso para que dicha instalación sea conforme a derecho⁵. En efecto, no quedó suficientemente acreditada la necesidad de esos medios en el contexto de las circunstancias planteadas⁶, sin que absoluto se observase el principio de proporcionalidad.

Después de esta sentencia, se produjo un notable paso atrás con la STC 186/2000, de 10 julio. En ella se enjuiciaba la validez de una prueba de video utilizada en un proceso de despido. Se trataba de la instalación de un circuito cerrado de televisión que enfocaba el puesto de trabajo que desempeñaba el recurrente en amparo. Su instalación no había sido puesta en conocimiento del comité de empresa, en contravención del art. 64 ET, ni había tenido publicidad a través de canal alguno.

El Tribunal reitera su doctrina acerca del necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo y el mantenimiento, aunque modulado por el contrato de trabajo, del derecho fundamental cuestionado, en este caso el derecho a la intimidad personal. De modo que las limitaciones a éste han de ser las imprescindibles, y de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

Con estos mimbres, el fallo desestima el amparo. El Tribunal entiende que la medida era justificada, pues existían fundadas sospechas de que el recurrente en amparo había cometido graves irregularidades. No se trataba de divulgar su conducta, sino de tener un conocimiento cabal de sus actuaciones. El Tribunal constata que, a diferencia de la STC 98/2000, no se trataba de controlar continua y genéricamente la prestación laboral, sino que habían existido unas circunstancias previas en el comportamiento previo de los cajeros de una determinada sección del economato empleador. La grabación, por lo demás, había sido necesaria al fin perseguido –comprobar la autoría de tales irregularidades- y proporcionada, pues se había limitado a la zona del economato donde estaban ubicadas las cajas en las que se habían detectado irregularidades y al tiempo necesario para dicha comprobación.

Particular interés tiene, por la posterior evolución de la doctrina judicial interna y europea, que el TC resta trascendencia a que no se hubiera comunicado

⁵ “...resulta indiscutible que la instalación de aparatos de captación y grabación del sonido en dos zonas concretas del casino como son la caja y la ruleta francesa no carece de utilidad para la organización empresarial, sobre todo si se tiene en cuenta que se trata de dos zonas en las que se producen transacciones económicas de cierta importancia. Ahora bien, la mera utilidad o conveniencia para la empresa no legitima sin más la instalación de los aparatos de audición y grabación, habida cuenta de que la empresa ya disponía de otros sistemas de seguridad que el sistema de audición pretende complementar...”

⁶ “...la instalación de los micrófonos no ha sido efectuada como consecuencia de la detección de una quiebra en los sistemas de seguridad y control anteriormente establecidos sino que, como se deduce del comunicado que la empresa remitió al Comité de empresa dando cuenta de la implantación del sistema de audición, se tomó dicha decisión para complementar los sistemas de seguridad ya existentes en el casino. Es decir, no ha quedado acreditado que la instalación del sistema de captación y grabación de sonidos sea indispensable para la seguridad y buen funcionamiento del casino. Así las cosas, el uso de un sistema que permite la audición continuada e indiscriminada de todo tipo de conversaciones, tanto de los propios trabajadores, como de los clientes del casino, constituye una actuación que rebasa ampliamente las facultades que al empresario otorga el art. 20.3 LET y supone, en definitiva, una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad consagrado en el art. 18.1 CE.”

previamente la instalación de las videocámaras al comité de empresa ni a los trabajadores afectados. De modo expreso, la sentencia desvincula esta circunstancia de cualquier infracción del art. 18 CE⁷.

4. SUS PRONUNCIAMIENTOS RECIENTES

El Tribunal Constitucional inicia en esta última década un catálogo más amplio de pronunciamientos que pueden calificarse, apreciados en su conjunto, aunque con algunas excepciones, como restrictivos de los derechos del art. 18 CE en relación con los medios tecnológicos de control de la prestación laboral dispuestos por el empresario.

La primera sentencia de esta saga es la STC 241/2012, en la que se produce una importante “reinterpretación” de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones⁸. El supuesto de hecho versaba sobre el intercambio de mensajes a través de un programa de mensajería instantánea producido entre dos trabajadoras de la empresa. El referido programa había sido instalado por ellas mismas en un ordenador de uso común y contra una prohibición inequívoca de la empresa. En dichos mensajes se verían comentarios críticos, despectivos e insultantes acerca de varios compañeros de trabajo. Casualmente, un trabajador descubrió tales conversaciones y las puso en conocimiento de la empresa, la cual, en definitiva, les impuso sendas sanciones a las trabajadoras.

La doctrina de esta sentencia resulta, cuando menos, heterodoxa. Expresa, en primer lugar, que las trabajadoras realizaron ellas mismas actos dispositivos sobre su derecho a la intimidad al instalar un programa de mensajería en un ordenador de uso común, de tal manera que no podían albergar una expectativa razonable de que sus mensajes permanecieran circunscritos al ámbito de la privacidad entre ellas dos⁹.

Por lo que respecta al secreto de las comunicaciones, y omitiendo ahora el repaso que la sentencia realiza sobre la previa doctrina constitucional, expresa

⁷ “El hecho de que la instalación del circuito cerrado de televisión no fuera previamente puesta en conocimiento del Comité de empresa y de los trabajadores afectados (sin duda por el justificado temor de la empresa de que el conocimiento de la existencia del sistema de filmación frustraría la finalidad apetecida) carece de trascendencia desde la perspectiva constitucional, pues, fuese o no exigible el informe previo del Comité de empresa a la luz del art. 64.1.3 d) LET, estaríamos en todo caso ante una cuestión de mera legalidad ordinaria, ajena por completo al objeto del recurso de amparo”.

⁸ Cardona Rubert, M^a B., *Reinterpretación de los derechos de intimidad y secreto de las comunicaciones en el modelo constitucional de relaciones laborales: un paso atrás. Comentario a la STC 241/2012, de 17 de septiembre*, Revista de Derecho Social, n^o 60, 2012, pp. 169 ss.

⁹ “En este caso, no cabe apreciar afectación del derecho a la intimidad desde el momento en que fue la propia demandante y otra trabajadora quienes realizaron actos dispositivos que determinaron la eliminación de la privacidad de sus conversaciones, al incluirlas en el disco del ordenador en el cual podían ser leídas por cualquier otro usuario, pudiendo trascender su contenido a terceras personas, como aquí ocurrió al tener conocimiento la dirección de la empresa. Por tanto, fueron la demandante de amparo y la otra trabajadora, con sus propios actos, quienes provocaron con su voluntaria actuación que no se vea afectado su derecho a la intimidad al posibilitar el conocimiento de las conversaciones por otro usuario del ordenador, trabajador de la empresa, que casualmente y sin ninguna intencionalidad tuvo acceso a todo su contenido, lo que finalmente provocó la intervención empresarial”.

que le corresponde al empresario, en ejercicio de su poder de auto-organización, dirección y control, establecer las condiciones de uso de los medios informáticos puestos a disposición de cada trabajador. Por consiguiente, le cabe una capacidad de vigilancia y control sobre tales condiciones, aunque siempre con respeto de los derechos fundamentales del trabajador. Cabe el establecimiento de reglas de uso de las tecnologías a través de órdenes, instrucciones, protocolos o códigos de buenas prácticas. De tal manera que, en cuanto a la supervisión de su correcto uso, y por lo que se refiere a las comunicaciones personales del trabajador, puede tener importancia la existencia de un ordenador de uso común en contraposición con los supuestos en los que se asignan medios de utilización exclusiva o individualizada. También era relevante, en el caso concreto, la expresa prohibición de que se instalaran por parte de los trabajadores programas informáticos.

En este contexto, el Tribunal enuncia su tesis de la falta de una expectativa mínima de privacidad al tratarse de un ordenador de uso común, que se suma a la falta de tolerancia de la empresa hacia la instalación de un programa de mensajería. Si a ello se añade que la actuación disciplinaria se produjo a partir de un hallazgo casual por parte de un trabajador y se había desarrollado dentro de un plazo razonable de dos meses, la consecuencia es, en el entendimiento del voto mayoritario, desestimatoria del amparo solicitado por el trabajador.

Hay varios aspectos de esta sentencia que merecen un comentario reprobatorio, no solo por lo que respecta a esa falta de expectativa razonable de privacidad. También, a causa de una cierta indefinición acerca del objeto y la extensión de las comprobaciones realizadas por la empresa. Para nada se razona en torno a la necesidad de la medida de control y mucho menos sobre la proporcionalidad, más allá de las circunstancias temporales, esas sí que razonables, en las que se produjo la referida actividad de comprobación. Algunas de estas debilidades quedan expresadas en el voto particular, del que ahora se omiten mayores comentarios. Solo debe destacarse su argumento acerca de que el incumplimiento de una orden no habilita interferencias relativas al contenido de las comunicaciones personales.

A vueltas con el tema de la video-vigilancia, la STC 29/2013 profundizó en la senda de la STC 98/2000. Es una de las dos de la serie que se analiza en este epígrafe que otorga el amparo. El asunto, planteado desde la perspectiva de la auto-tutela informativa—es decir, apartado 4 del art. 18, no apartado 1, como sucedía en la STC 98/2000—, se refería a la grabación no consentida ni informada a los trabajadores de la Universidad de Sevilla mediante cámaras de video-vigilancia ubicadas en vestíbulos y zonas de paso público. Tales grabaciones propiciaron la imposición de sanciones al recurrente en amparo por faltas muy graves consistentes en impuntualidades reiteradas, inasistencias y transgresión de la buena fe contractual.

El Tribunal recuerda que las imágenes grabadas en soporte físico constituyen un dato de carácter personal que se integra en el ámbito de protección del

art. 18.4 de la Constitución, como corrobora el art. 3 a) de la LO 15/1999, de 13 diciembre y, anteriormente, la Directiva 95/46/CE, de 24 octubre¹⁰. Es más, la video-vigilancia ofrece múltiples medidas de tratamiento de datos, que se amplían progresivamente, hasta el punto de que no cabe sino reconocer que este tipo de intromisiones afectan al núcleo duro de este derecho fundamental.

A partir de esta afirmación genérica, el Tribunal expresa un criterio, desarrollado desde la STC 292/2000, de 30 noviembre, que matiza en parte el anterior de la STC 186/2000: el art. 18.1 impone como regla de principio y con ciertos límites, de forma añadida al resto de sus garantías, un deber de información que protege frente a intromisiones ilegítimas en la intimidad. Pero, con mayor motivo, una interpretación restrictiva del derecho a la información del trabajador afectado no opera en un juicio en torno al art. 18.4. Este precepto impone que el interesado ha de saber en todo momento quién dispone de sus datos personales y a qué uso los está sometiendo. Pues la función del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 es la de proteger a las personas frente a cualquier invasión que pueda realizarse en su esfera personal y familiar, en tanto que la del derecho a la protección de datos persigue un control de la persona sobre sus datos personales y sobre el uso y destino de los mismos. De modo que de este último derecho fundamental se deriva la facultad de conocer en todo momento quién dispone de los datos personales y qué uso les está dando. Ello, aunque exista habilitación legal para recabarlos sin autorización de su titular. Los límites a este derecho han de establecerse por ley, ser necesarios para un fin legítimo, proporcionados y respetuosos con el contenido esencial del art. 18.4.

Es evidente que, en el ámbito de las relaciones laborales, no hay una habilitación legal expresa para eludir el conocimiento del interesado sobre el tratamiento de sus datos. No es posible que se fundamente en un interés general del empresario por controlar la actividad laboral y asegurarse una máxima eficacia en su propósito de vigilancia. Las facultades empresariales a este respecto están necesariamente limitadas. El interés privado del empresario no puede justificar una utilización de datos contra el trabajador sin una información previa sobre el control laboral puesto en práctica. Por mucho que el tratamiento de datos sea lícito y proporcionado, en todo caso se requerirá previa información al trabajador.

En consecuencia, la captación de imágenes en un recinto universitario, al reproducir la persona del recurrente y controlar su jornada laboral, afectaron un dato privado. Además, se emplearon en la comprobación sobre el recto cumplimiento de sus obligaciones laborales. La responsable del tratamiento de datos –la Universidad de Sevilla– debía haber informado al trabajador y no lo hizo. Y no bastaba –sostiene el Tribunal– que existieran distintivos anunciando la instalación de cámaras y la captación de imágenes. Era necesaria además la información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de

¹⁰ Hoy sustituida por el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016.

control. Información que debía precisar el alcance, esto es, los casos en los que las grabaciones podían ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósitos y explicitar en particular que podrían utilizarse a efectos sancionadores.

A continuación, se produce una nueva sentencia, que abunda en la senda restrictiva abierta por la anterior sentencia 241/2012. Se trata de la STC 170/2013, de 7 octubre. En este caso, los hechos controvertidos se referían a un trabajador que había remitido determinados correos electrónicos que habían sido utilizados por la empresa en el proceso de despido iniciado por aquél. De nuevo están en juego el derecho a la intimidad personal (art. 18.1) y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3), en relación con la admisibilidad de las pruebas por despido aportadas por la parte empresarial. Pues, sin información previa, había interceptado el contenido de correos electrónicos registrados en el ordenador portátil que le había facilitado al trabajador. Constaba que el convenio colectivo tipificaba como infracción leve la utilización de medios informáticos facilitados por la empresa para fines distintos de la prestación laboral. El contenido de los correos electrónicos aludía a información proporcionada por el recurrente a terceros ajenos a la empresa acerca de previsiones de cosecha para los años 2007 y 2008. Conducta que merecía calificarse como muy grave, por revelación a elementos extraños a la empresa de datos de reserva obligada.

El Tribunal recuerda que el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones no son co-extensos. Con cita de doctrina relativamente antigua, expresa que el primero es de índole material, pero el segundo de carácter exclusivamente formal, pues se predica de “lo comunicado” sea cual sea su contenido. Se protege con éste la “vulnerabilidad de las comunicaciones realizadas en canal cerrado a través de la intermediación técnica de un tercero”, de tal modo que la banalidad o sustantividad de sus contenidos pasa a un segundo plano.

Por otra parte, la sentencia enfatiza que la utilización extra-laboral del correo electrónico no estaba admitida y se incluía como infracción sancionable por el empresario. De tal forma que el poder de control del trabajador sobre la utilización de las herramientas informáticas de titularidad empresarial puestas a su disposición podía legítimamente desarrollarse, tanto para vigilar el cumplimiento de la propia prestación laboral como para fiscalizar que su utilización no se destinaba a usos personales. Con estos presupuestos, el Tribunal reitera su discutible doctrina de que en esas circunstancias el trabajador no podía albergar una expectativa razonable de confidencialidad en relación con las comunicaciones mantenidas por él a través de la cuenta facilitada por la empresa. Considera que “la expresa prohibición convencional del uso extralaboral del correo electrónico y su consiguiente limitación a fines profesionales llevaba implícita la facultad de la empresa de controlar su utilización, al objeto de verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la adecuación de su prestación a las exigencias de la buena fe”. Argumento que conduce a una desestimación de

que se hubiera violado el art. 18.3.

También se desestima el amparo desde la perspectiva del derecho a la intimidad del art. 18.1, con el mismo argumento de la falta de una expectativa razonable. El TC, consciente de la doctrina del TEDH de la sentencia *Copland* en torno a la advertencia previa de la posibilidad de seguimiento de las comunicaciones particulares del trabajador, expresa que la tipificación como infracción del uso indebido del correo electrónico por convenio colectivo era un dato singular que producía la inaplicabilidad de dicha doctrina de la Corte de Estrasburgo. Hace especial hincapié en la doble utilidad de la supervisión, para verificar el correcto cumplimiento de la prestación laboral y para comprobar que el correo electrónico tan solo se utilizaba con finalidades profesionales, para concluir en que no cabía esperar razonablemente la intimidad acerca del contenido de los mensajes. El acceso a este por parte de la empresa no fue, así pues y a juicio del Tribunal, ni excesivo ni desproporcionado. Muy en particular, la proporcionalidad se defiende pues, habiendo sospechas que justificaban la comprobación de la empresa y siendo idónea la medida al fin perseguido, que consistía en verificar las sospechas acerca de la filtración a terceros de datos de la empresa de reserva obligada, no cabía otra medida menos lesiva, como acceder simplemente a la identidad del remitente y del destinatario del correo. Por lo demás, el contenido de los mensajes no revelaba aspectos de la vida personal y familiar del interesado.

Otra vez de vuelta a la video-vigilancia, la STC 212/2013, de 16 diciembre, estimatoria del amparo solicitado, tiene la singularidad de suscitarse desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con la intimidad y la propia imagen. A través de una grabación desarrollada por la cámara de seguridad instalada en el habitáculo de la empresa que contenía el buzón de la recaudación, se comprueba que la interesada había cometido ciertas sustracciones de dinero. Sin embargo, ella alegaba que la cámara allí instalada vulneraba los derechos sustantivos enunciados, porque el mismo habitáculo servía de vestuario. Para probar tal extremo, pretendía que se declarara nula la prueba practicada, pues solo se había desarrollado en relación con el corte del video en el que se comprobaba la sustracción, y no una versión más integral en la que también podía contrastarse que, efectivamente, allí los trabajadores se cambiaban de ropa. La denegación por la sentencia de instancia de la prueba consistente en el visionado íntegro del video había, así pues, vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva desde la perspectiva de utilizar todas las pruebas pertinentes para su defensa.

Puesto que la sentencia de la Jurisdicción Ordinaria recurrida expresaba como hecho probado que el habitáculo se utilizaba a los solos efectos de recaudación, el TC estima que no puede pronunciarse, sin alterar los hechos probados, acerca de la violación del art. 18 de la Constitución. Por lo tanto, se centra en el art. 24.2. La juzgadora de instancia había rechazado ver todo el video, y solo aceptó los cortes en los que se constataba la sustracción de los sobres del interior del buzón de

seguridad. De tal modo que la sentencia, después de repasar su doctrina anterior acerca de admisión y ejecución de prueba, concluye que se había vulnerado dicho art. 24. En efecto, la visión íntegra del soporte probatorio era necesaria para que la recurrente pudiese acreditar que la cámara, en las condiciones en las que se había instalado, violaba el derecho a la intimidad suyo y de los demás trabajadores. Claro que el Tribunal omite expresamente cualquier conclusión acerca de si se había infringido también el derecho a la intimidad.

La última sentencia sobre video-vigilancia, la STC 39/2016, de 3 marzo, en términos de intensidad e importancia de la doctrina, es sin duda la más condescendiente hacia los derechos de vigilancia de la empresa y la más controvertida en términos de contraste con previos pronunciamientos del propio TC y, en particular y como va a comprobarse, con la jurisprudencia más reciente del TEDH. El asunto volvía a ser el muy recurrente de un despido a una trabajadora basado en sustracción de efectivo de caja en una tienda de venta de prendas de vestir comprobado mediante un sistema de video-vigilancia instalado sin previo aviso a los representantes de los trabajadores ni a éstos directamente, y sin que se hubiera advertido al público sobre el sistema de seguridad. La prueba había sido recurrida en juicio por vulneración del derecho fundamental a la intimidad y a la protección de datos, además de otros sobre los que el TC no entró y que ahora no vienen al caso.

Desde la perspectiva de la protección de datos, la sentencia recuerda la jurisprudencia del órgano, establecida a partir de la STC 292/2000 y consolidada con la STC 29/2013, relativa al necesario conocimiento y consentimiento del afectado acerca de la recogida de datos, de los que –como antes ya se ha razonado– los recogidos en una grabación de video-vigilancia constituyen parte esencial. El *habeas data* en toda su integridad, relativo al consentimiento, uso y destino, acceso a registros y asientos, oposición y cancelación, se integra en el contenido objetivo del derecho del art. 18.4 CE, desarrollado en los términos en los que lo ha sido por la LO 15/1999. El consentimiento, en el ámbito laboral, se admite, en aplicación de las reglas que establece el art. 6 de dicha Ley Orgánica. Es decir, se entiende implícito en la relación negocial, siempre que el tratamiento de datos sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato firmado por las partes. Ello abarca las obligaciones derivadas del mismo, pero no cuando aquéllos se utilicen para finalidades distintas.

Ello no obstante, aunque el consentimiento no sea preciso, sí lo es la previa información al trabajador. En este punto, parecería totalmente desterrada la doctrina anterior relativa a que no era necesaria. Dicho conocimiento se exige para que puedan ejercerse los derechos de acceso, rectificación, cancelación, oposición y conocimiento de la identidad del responsable del tratamiento. Como expresa la sentencia, “el deber de información previa forma parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos”. Además, debe haber una correlación entre la recogida de datos y la finalidad para la que se utilizan. Ahora bien, matiza a conti-

nuación el Tribunal con un giro insuficientemente sustentado con argumentos que “en todo caso, el incumplimiento...del deber de información previa solo supondrá una vulneración del derecho fundamental a la protección de datos tras una ponderación de la proporcionalidad de la medida adoptada”. Se trata de un argumento sumamente sorprendente, pues despeja el derecho a la información del núcleo a la periferia del contenido del art. 18.4, al ubicarse en el juicio de proporcionalidad, es decir, en el proceso de justificación que en este caso le correspondería a la empresa.

Ya en referencia explícita al supuesto planteado, el TC concluye, coherentemente, que no era preciso el previo consentimiento de los trabajadores afectados por lo que respecta a la instalación de la videocámara, pues mediaba una finalidad legítima de control del cumplimiento de la prestación laboral, de acuerdo con el art. 20.3 del ET. En cuanto al derecho de información –evidente nudo gordiano de la controversia–, lo aborda ya en exclusiva desde el prisma de la proporcionalidad. Es decir, para el voto mayoritario de la sentencia, la ausencia o deficiencia de la información en caso de video-vigilancia en el centro de trabajo exige una ponderación de los bienes e intereses en conflicto. En sustento de esta tesis, apela, con bastante poco rigor crítico, por cierto, a la primera sentencia *Barbulescu*, del TEDH, a la que enseguida se pasa a hacer referencia. De ella recoge el criterio de que la facultad general de control de la prestación laboral prevista en la ley legítima el control empresarial del cumplimiento por los trabajadores de sus tareas profesionales. Y añade que la ponderación de la proporcionalidad ante la falta o insuficiencia de la información requerirá un análisis de las circunstancias de cada caso.

Constaba en los hechos que la cámara enfocaba directamente la caja y se ubicaba en el escaparate del establecimiento, en lugar visible. Por lo demás, se había instalado el distintivo exigido de acuerdo con cierta Instrucción de la Agencia Española de Protección de Datos¹¹. De modo que, concluye el Tribunal, la trabajadora despedida podía conocer la existencia de cámaras y la finalidad para la que habían sido instaladas. Se había cumplido, así pues, con el deber de información previa, porque el distintivo era bastante a tales fines. Sin que fuera necesario explicar, además del genérico de la vigilancia, el específico fin de instalación de la cámara. Esta elocuencia del Tribunal es incluso radical: ni siquiera habla de deficiencia del cumplimiento de la información previa. Ésta había sido cumplimentada con la pegatina expuesta en cumplimiento de la referida Instrucción, sin más.

Con ello, el TC ya inicia la cuesta abajo en su argumentación: la medida era justificada, pues se había instalado ante las sospechas de que algún trabajador se había apropiado de efectivo. De tal modo que la sentencia recurrida había ponde-

¹¹ El art. 3 de dicha Instrucción establecía que los responsables que cuenten con sistemas de video-vigilancia han de cumplir con el deber de información previsto en el art. 5 de la LO 15/1999 y para ello deberán “colocar, en las zonas videovigiladas, al menos, un distintivo informativo ubicado en lugar suficientemente visible, tanto en espacios abiertos como cerrados”.

rado adecuadamente los derechos e intereses en juego, sin que pudiese apreciarse vulneración del art. 18.4 de la Constitución. Y, de forma ya mucho más escueta, por lo que se refiere al derecho a la intimidad del art. 18.1, la instalación de la videocámara había sido una medida justificada, ante las referidas sospechas, idónea a la necesidad perseguida, necesaria y equilibrada, pues solo afectó a la zona de la caja.

Uno de los votos particulares a esta sentencia es profundamente discrepante. Parte de lamentar que se omita cualquier comparación dialéctica entre los hechos planteados y los de la STC 29/2013, en la que se había expresado que el deber de información era, sin ambages, contenido esencial del derecho fundamental del art. 18.4. El resultado consiste en una profunda alteración de criterio, de modo que la nueva interpretación del TC parece erigirse en fuente de aplicación de las normas. Criterio que, además, tilda de regresivo y de retroceso en la protección de los derechos fundamentales.

Considera que los poderes de vigilancia y control no son fuente constitucional a partir de la cual pueda plantearse una colisión conflictiva de derechos. El art. 20.3 ET es solo una regla rectora de la relación contractual y no una expresión directa de los derechos incluidos en los arts. 33 y 38 de la Constitución. Los poderes empresariales quedan delimitados por el contenido esencial de los derechos fundamentales de los trabajadores. Éste ha sido el proceder clásico del Tribunal y la orientación tradicional de su jurisprudencia, que solo en fecha recientes se ha visto afectada por la introducción de elementos des-protectores.

Seguidamente, en términos especialmente duros, crítica que, con incumplimiento flagrante del bloque de constitucionalidad, el voto mayoritario introduzca el juicio de proporcionalidad en cuanto al cumplimiento o incumplimiento del deber de información, como ya antes se ha apuntado. En cuanto a la información a través del distintivo que se había exhibido en lugar visible, el voto se alarma de que una Instrucción de la Agencia de Protección de Datos se erija en canon de constitucionalidad. Una mera pegatina no puede colmar el derecho fundamental de los trabajadores a ser informados. La información debe referirse al contenido de las imágenes que se van a captar y de la finalidad que se persigue. De modo que, con el criterio del voto mayoritario, desaparece el derecho a conocer el uso y destino de los datos. No cabe –sostiene el voto discrepante– controlar la prestación laboral mediante sistemas sorpresivos y no informados de vigilancia.

Concluye, así pues, que el despido debió haberse calificado como nulo, por incumplimiento del deber de información que se deriva del art. 18.4 del ET. Probablemente, a este respecto habría que reflexionar y discutir algo más sobre los límites entre improcedencia y nulidad, pero, por lo demás, el voto particular resulta mucho más sólido que el mayoritario en términos de ponderación de los derechos fundamentales en juego.

En cuanto a la alegada violación del art. 18.1, el voto lamenta que se plantee en exclusiva desde el principio de proporcionalidad y formula una crítica sobre los elementos del mismo tal y como han sido ponderados por el voto mayoritario. Sin perjuicio de la razonabilidad de estos pasajes, tienen ya algo menor interés a los efectos que aquí interesan.

La STC 39/2016 cuenta con un segundo voto particular, que concurre con el anterior, pero con algunas matizaciones. Expresa que la pegatina identificativa no puede cumplir el deber de información “a los trabajadores”, tal y como se deduce de la STC 292/2000 y, sobre todo, de la STC 29/2013. La información dirigida al público no puede ser suficiente, por más que se admita que la que se dirija a los trabajadores no precise el fin, pues éste puede entenderse implícito. Es más, podría reconsiderarse la doctrina de la sentencia 29/2013 para hallazgos casuales, pero nunca para el caso de cámaras específicamente orientadas a posiciones de los trabajadores. También podría admitirse que la información a los trabajadores pudiera ser satisfécha mediante la información a sus representantes. Pero no es admisible la postura del voto mayoritario.

Con esta sentencia se cierra, hasta ahora, la serie. La doctrina constitucional actual, valorada en su dinámica, se orienta hacia posiciones de escasa tutela de los derechos fundamentales del art. 18 de la Constitución. Los pasos adelante han sido neutralizados con otros pasos atrás. Pero es muy dudoso que el resultado sea compatible con la jurisprudencia vigente del TEDH que ahora pasa a analizarse en sus pronunciamientos más recientes, que sin duda se orientan a partir de otros parámetros. Como se ha expresado, su última doctrina parece traer nuevos aires de cambio a la jurisprudencia española¹².

5. LA ÚLTIMA JURISPRUDENCIA DEL TEDH DESDE BARBULESCU

En Gran Sala, el 5 septiembre 2017, el TEDH falla el asunto *Barbulescu*¹³. Anteriormente, la Sección Cuarta del Tribunal había dictado sentencia de 12 enero 2016¹⁴, en la que, por seis votos contra uno, declaró que no se había producido violación del art. 8 del Convenio de Roma. Contra esta resolución, el reclamante solicitó que el caso se remitiese a Gran Sala, solicitud que fue admitida y dio lugar a esta sentencia, que, por nueve votos frente a seis, estima que sí se había vulnerado dicho precepto.

¹² Terradillos Ormaetxea, E., *El principio de proporcionalidad como referencia garantista de los derechos de los trabajadores en las últimas sentencias del TEDH dictadas en materia de ciberderechos: un contraste con la doctrina del Tribunal Constitucional Español*, Revista de Derecho Social, nº 80, 2017, pp. 139 ss.

¹³ Reclamación nº 61496/08.

¹⁴ Sobre esta sentencia, Cabeza Pereiro, J. y Rodríguez Rodríguez, E., “Is the employer entitled to survey employee’s communications in the workplace? Case of *Barbulescu v. Romania*”, VV.AA., Campos Freire, F., Rúas Araújo, X., Martínez Fernández, M.A. y López García, X., *Media and metamedia management*, Springer, 2017, pp. 87 ss.

Se trataba de un ingeniero de ventas¹⁵ que, a instancia de la empresa, creó una cuenta de mensajería instantánea para responder a cuestiones de los clientes, distinta de otra que tenía de tipo personal. El reglamento interior de la empresa prohibía expresamente la utilización personal de, entre otros instrumentos de trabajo, los ordenadores puestos a disposición de los trabajadores, pero no hacía referencia a la posibilidad de que el empresario comprobase sus comunicaciones. El trabajador fue informado del reglamento y firmó una copia del mismo después de verificar su contenido. Poco después, en julio 2007, la oficina de Bucarest recibió un mensaje de la dirección de la empresa, que circuló entre todos los trabajadores, en el que comunicaba el despido de una trabajadora por, entre otros motivos, haber utilizado para fines privados internet, el teléfono y la fotocopidora. Además, enfatizaba que el empresario tenía el deber de supervisar y controlar el trabajo de sus empleados y tomar medidas disciplinarias en caso de incumplimientos. Dos días después, la empresa comenzó una revisión en tiempo real de los mensajes que mandaba y recibía el reclamante, que se prolongó durante ocho días, al término de los cuales, le pidió una explicación. Informó al trabajador de que su cuenta de mensajería había sido revisada y que había pruebas del uso personal de la misma, en incumplimiento del reglamento de empresa. Al margen de otras circunstancias, le remitió carta de despido a los pocos días.

Ante estas circunstancias, la Gran Sala recuerda su doctrina acerca de las obligaciones positivas de los Estados, pues los hechos afectaban a una empresa del sector privado. Insiste de nuevo en que el término “vida privada” del art. 8 incluye también las actividades profesionales y las actividades que se desarrollan en un contexto público. E incide, recordando el asunto *Copland*, en que el envío de correos electrónicos desde el lugar de trabajo también se incluye en el campo de la “vida privada” Y de la “correspondencia”. Apela al asunto *Köpke* para traer a colación su criterio acerca de la razonable expectativa de privacidad de los correos personales, que constituye un elemento de juicio significativo, aunque no del todo determinante, con independencia de que se hayan enviado desde el ordenador de titularidad empresarial. Y, a partir de estos elementos, constata que la empresa examinó tanto el flujo de mensajes del trabajador como su contenido. Con el añadido de que se había acreditado que al trabajador se le informó acerca de la prohibición de uso privado de la cuenta de mensajería, pero no estaba claro si había sido informado previamente de que se le iban a revisar sus comunicaciones. Claramente, no lo había sido acerca del ámbito objetivo de la revisión, ni sobre que la empresa accedería al contenido de los mensajes.

A partir de estas premisas, el Tribunal expresa que las instrucciones del empresario no pueden reducir a cero la vida privada del trabajador en el desarrollo de

¹⁵ Una muy detallada exposición de los hechos en Casas Baamonde, M^a E., *Informar antes de vigilar. ¿Tiene el Estado la obligación positiva de garantizar un mínimo de vida privada de los trabajadores en la empresa en la era digital? La necesaria intervención del legislador laboral*, Derecho de las Relaciones Laborales, n^o 2, 2018, pp. 103 ss.

su trabajo. Se trata de una idea fundamental, pues sale al paso de normas, legales o convencionales, totalmente prohibitivas. Tales normas –o reglas de empresa– deben entenderse ineficaces, o no del todo eficaces. Es decir, deberán interpretarse en el sentido de que la utilización privada de las tecnologías de la información deberá restringirse, pero no erradicarse totalmente¹⁶.

Pero enuncia una serie de principios de interés. En primer lugar, que la decisión acerca de cómo proteger la vida privada de las personas es un asunto que incumbe a la libre elección de los Estados Miembros, pero que al Tribunal le compete clarificar la naturaleza y el campo de aplicación de las obligaciones positivas de los mismos. En segundo lugar, que tales obligaciones no se cumplirán adecuadamente a menos que se asegure el respeto a la vida privada en las relaciones entre particulares y que se tengan en cuenta los intereses variados que deben ser objeto de protección. En tercero, que también ha de reconocérseles a los Estados un amplio margen de decisión para evaluar la necesidad de establecer un marco legal específico que regule las condiciones en las cuales un empresario puede decidir sobre las comunicaciones, electrónicas o no, de contenido personal de sus trabajadores en el centro de trabajo, pero la discrecionalidad del empresario no puede ser absoluta. Antes bien, debe haber garantías adecuadas y suficientes contra los abusos.

En desarrollo de estos principios, expresa los seis criterios básicos acerca de las comunicaciones electrónicas en el centro de trabajo, en lo que ha sido denominado como el “test Barbulescu”¹⁷. Tales criterios se fundan en la idea de proporcionalidad y en la existencia de garantías procedimentales contra los abusos y las decisiones arbitrarias. Tales criterios consisten en que las autoridades internas valoren los siguientes elementos:

1.- Si el trabajador ha sido informado de la posibilidad de que el empresario puede tomar medidas para revisar su correspondencia electrónica y otras comunicaciones, así como de la puesta en marcha efectiva de las mismas. Tal notificación debe ser clara, referirse a la naturaleza de la revisión y producirse con anterioridad a la ejecución de tales medidas.

2.- Debe valorarse el ámbito de la revisión efectuada por el empresario y el grado de incidencia en la intimidad del trabajador. Debe diferenciarse si se investiga el mero flujo de mensajes o se entra en su contenido. También, si se investigan todas las comunicaciones o solo una parte de ellas, si la revisión está limitada en el tiempo y si ha tenido acceso a los resultados un mayor o menor número de personas.

3.- Es importante discernir si el empresario ha aportado razones legítimas para justificar la revisión y acceder al contenido de los mensajes. Como el acceso a los mismos constituye un método considerablemente más intrusivo, exige siempre una justificación más intensa.

¹⁶ Insistiendo en esta idea, Casas Baamonde, M^a E., *op. cit.*, p. 111.

¹⁷ Terradillos Ormatetxea, E., *op. cit.*, pp. 144 ss.

4.- Hay que ponderar si hubiera sido posible poner en marcha un sistema de revisión basado en mecanismos menos intrusivos de la vida privada distintos de comprobar el contenido de las comunicaciones. Las circunstancias de cada caso y el propósito buscado por el empresario pueden dar las pautas a este respecto.

5.- Resulta necesario tener en consideración las consecuencias que le acarrea al trabajador la revisión, así como el uso que el empresario hace de sus resultados. En particular, importa discernir si éstos se usan para el propósito que ha justificado la medida adoptada.

6.- Finalmente, ha de calibrarse si se le han proporcionado al trabajador garantías adecuadas, sobre todo si la comprobación ha sido especialmente invasiva. Tales garantías, en particular, deben garantizar que el empresario no pueda acceder al contenido real de las comunicaciones a menos que el trabajador haya sido advertido previamente de tal posibilidad.

Pues, concluye la Gran Sala, las relaciones laborales se basan en la confianza mutua. Finalmente, las autoridades internas deben asegurar que el trabajador cuyas comunicaciones han sido revisadas puede acceder a una compensación adecuada ante un órgano judicial, que ha de comprobar cómo tales criterios se han observado y si las medidas adoptadas han sido lícitas.

Expresado todo lo cual, el Tribunal concluye que, en efecto, se había violado el art. 8 del Convenio. El trabajador no había sido advertido previamente sobre el contenido y ámbito de la revisión. No se habían concretado las razones legítimas que la justificaban, pues los argumentos que a tal efecto había aportado el órgano judicial interno eran puramente hipotéticos. No se había planteado la posibilidad de conseguir los mismos resultados con medios menos lesivos de la vida privada. No se había tenido en cuenta la gravedad de las consecuencias para el trabajador, en este caso la sanción más grave de despido. Incluso había faltado transparencia acerca de si la empresa había accedido a los contenidos de los mensajes.

Interesa añadir que la sentencia tiene dos votos discrepantes. Uno de ellos se refiere solamente a la entidad de la reparación que debería corresponder por violación del art. 8 del Convenio. El otro contiene una contestación más de fondo al voto mayoritario, basado en el margen de discrecionalidad que le debe quedar a los Estados y en una distinta interpretación del contenido del art. 8, menos tuitiva de los derechos de los trabajadores. Con todo, y siquiera sea porque se trata de una sentencia dictada en Gran Sala, la doctrina del asunto *Barbulescu* adquiere una dimensión especial.

Ha habido ulteriores pronunciamientos, también de notable interés. El primero de ellos es la sentencia de 28 noviembre 2017, asunto *Antovi and Mirkovi*¹⁸. En la Universidad de Montenegro, el decano de la Facultad de Matemáticas informó a los profesores, en sesión de la Junta de Facultad, que se había instalado un dispositivo de video-vigilancia en siete aulas en las que se impartían clases. En la decisión decanal, se especificó que el propósito consistía en garantizar la seguridad

¹⁸ Reclamación nº 70838/13.

dad de las personas y de sus bienes, incluidos los estudiantes, y en la vigilancia de la docencia. Se añadió que los datos recogidos se protegerían por unas claves solo conocidas por el decano y que se almacenarían durante un año.

Prescindiendo del *iter* procedimental seguido por los reclamantes hasta llegar al TEDH, éste estima que ha habido una violación del art. 8 del Convenio. El Tribunal puntualiza que uno de los propósitos de la instalación de cámaras, la supervisión de la docencia, no estaba incluido en la ley de Montenegro como uno de los motivos que justificaban la video-vigilancia. Por consiguiente, no cumpliéndose la exigencia de que la restricción se encontrase contemplada por la ley, no eran necesarias mayores argumentaciones para estimar la reclamación. Se trata, sin duda, de un caso menos interesante, pero que abunda en el proceso lógico que sigue el Tribunal de Estrasburgo y que debería concernir a los órganos jurisdiccionales internos.

El segundo sí que requiere algo más de comentario, aunque solo sea porque se refiere al sistema español. Se trata del asunto *López Ribalda*, sentencia de 9 enero 2018¹⁹. Tampoco éste es de Gran Sala, pero su doctrina tiene un interés notable. Otra vez más, los hechos aludían a robos, en una cadena de supermercados, detectados por unas incoherencias entre los niveles de *stocks* y los volúmenes de ventas diarias. Para solucionar estos hechos y poner punto y final a las pérdidas económicas, el empresario instaló cámaras de vigilancia, tanto visibles como ocultas. El propósito de las cámaras visibles consistía en grabar posibles distracciones cometidas por clientes. Los lugares de instalación eran las entradas y salidas del supermercado. El de las cámaras ocultas, grabar y controlar posibles robos de los trabajadores, de tal modo que enfocaban los contadores de salida, cubriendo así un área situada detrás de las cajas. La empresa notificó previamente a los trabajadores la instalación de las cámaras visibles, pero no de las ocultas. Tampoco los representantes de los trabajadores recibieron información acerca de éstas. Con base en las grabaciones, los trabajadores sospechosos de los hurtos fueron convocados a reuniones individuales, en presencia de representantes de la empresa y de delegados sindicales. Dos de ellos fueron despedidos y plantearon las correspondientes acciones judiciales. Los otros tres, tras sus despidos, firmaron un acuerdo transaccional por el que se comprometían a no entablar acciones judiciales frente al despido y la empresa a no interponer actuaciones penales contra ellos.

Omitiendo doctrinas ya comentadas en el análisis de casos anteriores, el Tribunal subraya la existencia de cámaras visibles y ocultas y que los trabajadores solo conocían la existencia de las primeras. A la vista de lo cual, la sentencia valora si el Reino de España cumplió con sus obligaciones positivas, a la vista de

¹⁹ Reclamaciones 1874/13 y 9567/13. Sobre ella, extensamente, Rojo Torrecilla, E., *Derecho del trabajador a la privacidad en la empresa y límites a su control por cámaras de vigilancia. Estudio del caso López Ribalda y otras contra España (a propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de enero de 2018)*, Derecho de las Relaciones Laborales, nº 2, 2018, pp. 135 ss.

que los recursos planteados por los reclamantes frente a sentencias desestimatorias fueron inadmitidos, primero por el Tribunal Supremo y posteriormente por el Tribunal Constitucional.

Las cámaras fueron instaladas después de advertirse pérdidas, que suscitaban la sospecha fundada de que se habían producido robos. Las grabaciones fueron examinadas por varios trabajadores de la empresa, entre otros el delegado sindical y el representante de la misma, antes de que los trabajadores fueran informados de la existencia de aquéllas. Lo cual debía interpretarse a partir del art. 5 de la LO 15/1999 y del art. 3 de la Instrucción 1/2006 de la Agencia de Protección de Datos, antes aludida. Claramente, en relación con las cámaras ocultas no se habían cumplido con los requisitos expresados en ambos preceptos.

El TEDH diferencia este caso de su anterior sentencia *Köpke*, pues en ésta el Derecho alemán todavía no se había desarrollado legalmente, aunque existía una consolidada doctrina judicial. En *López Ribalda*, la legislación que obligaba a informar al interesado era inequívoca en el Reino de España. Información, por lo demás, relativa a la existencia, ámbito y modo de desarrollar la video-vigilancia. Además, y asimismo a diferencia del asunto *Köpke*, no existía una previa sospecha contra los reclamantes, de tal modo que la grabación no se centró en ellos, sino en todo el personal de caja, durante semanas, sin límites y a lo largo de todas las horas de trabajo. Pues no existía sino una sospecha general. Por lo tanto, la sentencia no comparte la adecuación de las grabaciones al principio de proporcionalidad. El Tribunal remarca que la medida se prolongó durante un largo período de tiempo y no cumplió con las exigencias de la LO 15/1999, en particular por lo que se refiere a la obligación de informar previa y explícitamente, sin ambigüedades y con precisión sobre la existencia y características particulares del sistema de recabar datos personales. Asimismo, que los intereses de la empresa podían defenderse mediante otros sistemas, en particular informando previamente a los trabajadores, aunque fuera de forma general, de la instalación de un sistema de grabación de imagen, con observancia de las exigencias de la referida ley orgánica.

En consecuencia, el Tribunal, por seis votos frente a uno, declara la violación del art. 8 del Convenio. El juez discrepante emite un voto particular en el que entiende que no se había producido la misma.

En realidad, y al margen de los comentarios conclusivos que van a formularse, el asunto *López Ribalda* constituye una especie de enmienda a la totalidad de la STC 39/2006, por la aplicación directa, incondicionada y literal que hace de la normativa interna ubicada dentro del bloque de constitucionalidad. Como pequeña concesión, acaso puede señalarse que tampoco en la sentencia del TEDH se distinguen bien los campos de la infracción del derecho a la protección de datos –incumplimiento del art. 5 de la LO 15/1999– y del juego del principio de proporcionalidad. El parágrafo 69 de la sentencia no diferencia nítidamente ambos planos. Es, sin duda alguna, el flanco menos consistente de la sentencia europea.

Todavía hay que hacer referencia a una última sentencia, de 22 febrero 2018, asunto *Libert*²⁰. El reclamante, trabajador de la sociedad pública francesa de ferrocarriles, detectó que durante un período en el que había sido suspendido de sus funciones, la empresa había revisado su ordenador y había hallado, entre otros, numerosos archivos con material pornográfico, imágenes y películas. Aparentemente, la persona que lo había sustituido en dicha suspensión, encontró algún fichero que llamó su atención y puso esta circunstancia en conocimiento de la empresa.

En este caso, la injerencia en los datos privados del trabajador había sido cometida por una autoridad pública, de modo que entraban en juego tanto las obligaciones positivas como las negativas de la República de Francia. Dicho lo cual, se trataba de analizar la legislación francesa, a la que el Tribunal requiere que emplee términos lo suficientemente claros como para expresar suficientemente las circunstancias y las condiciones en las que las autoridades públicas pueden adoptar medidas de comprobación. Su Código del Trabajo –arts. 1121.1 y 1321.3- impide restricciones a los derechos y libertades particulares que no estén justificadas por las funciones que se realizan y sean proporcionadas al objeto perseguido. Por su parte, la jurisprudencia de la Corte de Casación ha declarado que, salvo casos excepcionales de riesgo grave, el empresario no puede abrir los archivos identificados por el trabajador como datos personales en el disco duro del ordenador que ha puesto a su disposición, salvo en su presencia o habiéndolo llamado para personarse. Y ha matizado que se presume que los archivos son de tipo profesional, a menos que el trabajador los hubiera identificado como de índole personal.

En los hechos probados, resultaba que el contenido pornográfico controvertido se contenía en un fichero denominado “risas”. Por consiguiente, su carácter personal no era presumible. El Tribunal entiende que la empresa tiene un interés legítimo en comprobar el adecuado desempeño de sus tareas profesionales con la diligencia exigible y, por lo tanto, en revisar que su ordenador se utiliza para los fines para los que fue puesto a disposición del trabajador. En estas circunstancias, desestima, por seis votos contra uno, que haya habido violación del art. 8 del Convenio de Roma.

Realmente, el interés de esta sentencia, como elemento de contraste, reside en las pistas que aporta de cómo un sistema puede desarrollar principios y prácticas de control empresarial coherentes con los derechos a la intimidad, a la protección de datos personales y a la vida privada. Con todo lo escueta que sea su argumentación en torno al correcto juego de los principios de justificación, necesidad y proporcionalidad. Está por ver si esta sentencia da lugar a un posterior pronunciamiento de Gran Sala, que complete la poderosa doctrina que ha sentado el asunto *Barbulescu*.

²⁰ Reclamación nº 588/13.

6. CONCLUSIÓN

El diálogo entre el TC y el TEDH puede calificarse de muy dinámico. Como se ha descrito, hay una dialéctica constructiva entre ambos órganos, en la que aquél se acomoda y va adaptando a la de éste. Sin duda, los controles que hace el empresario sobre la personalidad del trabajador, en sus diferentes dimensiones y a través de las tecnologías electrónicas, y en lo que afecta a la ejecución de su prestación laboral, constituye una materia destinada a perpetuarse en el tiempo y a progresar a la par que aquéllas van evolucionando y produciendo nuevas técnicas de seguimiento y control.

En la estación de paso en la que ahora nos encontramos, hay una brecha importante entre la jurisprudencia de ambos órganos, aunque es legítimo añadir que, a fin de cuentas, la distancia se ha ensanchado y expresado con más nitidez después de que, en Gran Sala, el TEDH emitiera la sentencia *Barbulescu*. Si bien, en rigor, tampoco había una sintonía de fondo entre, vg., la STC 39/2006 y pronunciamientos previos, como el dictado en el asunto *Copland*. Puede vislumbrarse, en los votos mayoritarios del TC, una tendencia algo más flexible para con los sistemas de control establecidos por la empresa. Pero esta tendencia ya no es sostenible en clave de futuro. Claramente, la doctrina de la STC 39/2016 debe corregirse de inmediato. Es más, no es precisa una corrección previa para que los órganos españoles de la Jurisdicción Ordinaria desconozcan su doctrina, vinculados como están por la jurisprudencia del TEDH, en virtud de los arts. 10.2 y 96 de la Constitución.

Por supuesto, el contraste no se refiere solo a la sentencia del 2006. También, a las SSTC 241/2012 y 170/213. Las corrientes más favorables a las tesis de las empresas quedan, así pues, superadas, y sustituidas como jurisprudencia inequívoca por otras más garantistas de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 18 de la Constitución. Por otra parte, no debe olvidarse la aplicabilidad, como norma del propio ordenamiento español, del art. 88 del Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, que también ofrece pautas interpretativas defensoras de la vigencia de dichos derechos. Es decir, de nuevo, como ha pasado con otros asuntos –entre ellos, y a modo de ejemplo, la libertad de expresión– la jurisprudencia del TEDH exige correcciones de su doctrina al TC y, por extensión, a todos los órganos de la Jurisdicción ordinaria española. Con toda seguridad, y como se ha puesto de manifiesto²¹, ha llegado el tiempo en el que el legislador debe tomar las riendas de estos asuntos y garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales en el desarrollo del trabajo en términos suficientemente protectores y homologables a las exigencias de la doctrina del Consejo de Europa.

²¹ Valdés Dal-RE, F., Doctrina constitucional en materia de videovigilancia y utilización del ordenador por el personal de la empresa, *Revista de Derecho Social*, nº 79, 2017, pp. 15 ss., en particular en p. 34. También, Casas Baamonde, M^a.E., *op. cit.*, p. 119.

LA GRAN TRANSICIÓN: LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS DIGITALES Y SU PROYECCIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

BORJA SUÁREZ CORUJO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid

EXTRACTO

Palabras Clave: Economía digital, plataformas, efectos laborales, consecuencias de seguridad social

Vivimos un proceso de digitalización de la economía. Las nuevas formas de empleo vinculadas al uso de la tecnología y de la inteligencia artificial tienen una importancia creciente y una extraordinaria proyección futura. Son muchos los interrogantes que esta nueva realidad productiva plantea a un esquema de protección social construido en torno a la actividad laboral asalariada. ¿Son los ‘colaboradores’ de las plataformas digitales trabajadores por cuenta ajena o son autónomos? ¿Podría servir la figura del TRADE para ofrecer una tutela adecuada a este tipo de profesionales? Es evidente que este fenómeno zarandeando las categorías e instituciones clásicas del Derecho del Trabajo y nos enfrenta a la necesidad de ofrecer respuesta a realidades profesionales que superan en algunos aspectos esquemas de protección propios de actividades, en parte, del pasado. Pero seguramente el verdadero reto es el ajuste del tiempo de trabajo y el riesgo de una remuneración ‘ordinaria’ que no resulte suficiente ni siquiera para atender las necesidades básicas. A partir de estas consideraciones, el trabajo se ocupa de aspectos – hasta ahora algo descuidados por la doctrina – relacionados con la proyección de estas nuevas formas de actividad profesional, laboral o no, en el encuadramiento en la Seguridad Social, en las futuras prestaciones y en la propia sostenibilidad financiera del sistema. Se constata que la emergencia de la economía de plataformas digitales supone un nuevo gran reto para un modelo de protección basado en la lógica contributiva y al que debe hacerse frente con una mayor implicación del Estado a través del refuerzo de los mecanismos de solidaridad.

SUMMARY

Key Words: Digital economy, platforms, employment effects and consequences of social security

Live a process of digitization of the economy. New forms of employment related to the use of technology and artificial intelligence have an increasing importance and an extraordinary future projection. There are many questions raised by this new productive reality to a social protection scheme built around the salaried work. ‘Partners’ digital platforms workers are self-employed or are self-employed? Could it serve the TRADE figure to provide a suitable for this type of professional guardianship? It is clear that this phenomenon shakes categories and classical institutions of the labor law and confront us with the need to respond to professional realities that surpass in some respects activities protection schemes, in part, of the past. But surely the real challenge is the adjustment of working time and the risk of ‘ordinary’ remuneration which is not enough even for basic needs. Based on these considerations, work deals with aspects - so far rather neglected by the doctrine - the projection of these new forms of activity, labour-related or not, in the framework on Social Security in the future benefits and in the own financial sustainability of the system. It is noted that the emergence of the economy from digital platforms is a great new challenge for a protection model based on the contributory logic and which should be facing with a greater involvement of the State through the strengthening of the mechanisms of solidarity.

“La question du lien technologie-emploi n’est pas technique, elle est socio-politique. Elle dépend de nos choix, pas de la fatalité”

P. VELTZ, *La société hyper-industrielle* (2017)

ÍNDICE:

1. LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS DIGITALES EN UN ENTORNO PRODUCTIVO DIGITALIZADO
2. MARCO GENERAL: EL (LENTO) DESARROLLO DE LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS DIGITALES EN ESPAÑA
3. EL TRABAJO A DEMANDA A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES Y EL DERECHO LABORAL: TAN LEJOS Y TAN CERCA
 - 3.1. Las dudas acerca de la naturaleza jurídica del trabajo a demanda vía plataformas digitales
 - 3.2. El previsible reconocimiento del carácter laboral de la relación del colaborador con la plataforma digital: ¿una victoria pírrica?
 - 3.3. Punto y seguido: la vulnerabilidad de los trabajadores de las plataformas digitales
4. EL IMPACTO DE LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS DIGITALES EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL: UN CAMBIO DE ENVERGADURA EN UN MOMENTO CRÍTICO
 - 4.1. El encuadramiento en la Seguridad Social de los trabajadores en plataformas digitales
 - 4.2. Los riesgos de insuficiencia protectora
 - 4.3. Los retos para la financiación del sistema
5. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS DIGITALES EN UN ENTORNO PRODUCTIVO DIGITALIZADO^{1*}

La economía está sufriendo una profunda transformación como consecuencia de la ola de avances tecnológicos que hoy se conocen como *cuarta revolución industrial*². Esta emergente realidad productiva ha de condicionar decisivamente el futuro del trabajo en al menos dos sentidos. De un lado, apunta una intensificación del proceso de automatización, robotización, de la actividad económica que lleva aparejada la progresiva sustitución (pérdida) de puestos de trabajo por máquinas³,

^{1*} Una versión más reducida de este texto fue publicada en *European Journal of Social Security* (Vol. 19, Issue 4, 2017) con el título “The ‘Gig’ Economy and its Impact on Social Security. The Spanish example”.

² Referencia ya clásica es: Schwab, K. *The Fourth Industrial Revolution*, World Economic Forum, 2016.

³ Frey, C.B. – Osborne, M.A. “The Future of Employment: How Susceptible Are Jobs to Computerisation?”, *Technological Forecasting and Social Change*, nº 114, enero 2013.

junto al surgimiento de nuevos empleos previsiblemente inferiores en número. Pero, de otro lado, no pueden pasarse por alto tampoco los efectos que el uso de las nuevas tecnologías está ya provocando en el desarrollo de la actividad productiva, especialmente a través de la consolidación de lo que P. FLICHY denomina trabajo abierto por contraposición al trabajo cerrado⁴.

Así, la relación directa, basada en la proximidad física entre empleador y trabajador, se diluye gracias al uso de tecnologías que no solo permiten la prestación de servicios a distancia (una realidad ya conocida a nivel local que ahora se globaliza), sino al mismo tiempo una supervisión estricta del trabajo. Así, el progresivo crecimiento de ese fenómeno de ‘uberización’ zarandeando las categorías e instituciones clásicas del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y nos enfrenta a la necesidad de ofrecer respuestas novedosas a realidades profesionales que superan en muy diversos aspectos esquemas de protección propios de actividades, en parte, del pasado.

Acotada en cierto sentido la materia dentro del amplio espectro que abarca la nueva economía digital, conviene dar un paso más para precisar con algún detalle el ámbito concreto en el que se va a centrar la atención. Inicialmente se recurrió a la expresión ‘economía colaborativa’ para referirse al conjunto de actividades vinculadas con el desarrollo de actividades basadas en el uso de aplicaciones, plataformas, digitales. No cabe duda de que en algunos casos concurre un novedoso componente ¿‘colaborativo’? plasmado en un acercamiento de las figuras de consumidor y productor (proveedor de servicios) a través de un nuevo protagonista, el ‘prosumer’⁵. Pero la consolidación de este tipo de actividades de ‘peer-peer economy’ ha ido poniendo en evidencia las insuficiencias de esta expresión, lo que ha llevado a su progresivo desplazamiento por otros términos más neutros: en inglés se habla de *gig economy*, *digital on-demand economy*, *platform economy*...; en francés de *économie numérique*. Con cierto retraso, en España sigue siendo común el uso del término ‘economía colaborativa’, si bien parece razonable abogar por su sustitución por algún otro más preciso⁶. Una posibilidad, aquí acogida, es referirse ‘economía de plataformas (digitales)’⁷.

Más allá de la siempre relevante cuestión terminológica, cabe diferenciar dentro de ella tres modalidades básicas de trabajo, cada una de las cuales tiene características propias y muy distintas implicaciones sociolaborales.

⁴ *Les nouvelles frontières du travail à l'ère numérique*, Seuil, París, 2017.

⁵ Ritzer, G. (2015), ‘The “New” World of Prosumption: Evolution, “Return of the Same,” or Revolution?’, *Sociological Forum*, 30/1, pp. 1–17

⁶ Sobre la confusión terminológica existente: Todolí Signes, A. *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant, Valencia, 2017, pp. 17 ss.

⁷ La OIT utiliza la expresión “economía de plataformas” en *El futuro del trabajo. Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*, 21 de septiembre de 2017 (p. 39). También se refiere, como sinónimo, a “economía del trabajo esporádico”, una expresión menos satisfactoria dado que esa intermitencia no tiene por qué ser siempre característica.

En primer lugar, habría que referirse al trabajo (puramente) colaborativo, generalmente vinculado a actividades de consumo. Puede tratarse de un intercambio entre consumidores, sin existencia de ánimo de lucro, lo que nos acerca a los principios de la economía social. En otros casos, cabe aceptar también el ánimo lucrativo si sigue predominando la condición de particular (titular, por ejemplo, de un bien cuyo uso comparte a cambio de un precio). Por el contrario, si concurre un interés económico de mayor entidad (por ejemplo, en el caso de una persona propietaria de varios pisos que son arrendados a través de Airbnb) resulta más complicado su encaje en esta categoría.

En segundo término, se situaría el trabajo (a demanda) mediante aplicaciones digitales consistente en la ‘externalización abierta de tareas’ (*crowd-source on line*), es decir, la realización de trabajos (encargos empresariales, *tasks*) a través de plataformas digitales con la particularidad de que gracias a internet pueden realizarse desde cualquier parte del mundo y desde esa perspectiva están abiertas a cualquiera⁸. Entre las tareas a realizar más típicas, se encuentran la programación informática, el análisis de datos y gráficos, y otras ‘microtareas’; en verdad, también pueden ser encargos especializados. El recorrido de este tipo de actividades es todavía limitado, pero indudablemente su potencial de crecimiento es muy significativo, algo que ha de dar lugar al planteamiento de conflictos jurídicos. Téngase en cuenta que, según qué casos, la plataforma puede no limitarse a actuar como intermediaria entre una empresa y un/a ‘gigger’, sino ejercer algún tipo de control. ¿Es ello suficiente para apreciar la concurrencia de una relación laboral?

Más aprehensible en ese sentido es la tercera de las categorías que corresponde al ‘trabajo a demanda a través de aplicaciones digitales’ (*work-on-demand via apps*)⁹ que se realiza de forma presencial, *off-line*. Aunque no hay cifras concretas, puede estimarse, sin riesgo de equivocarse, que el peso de estas actividades es creciente. Convertidas en elemento central de un nuevo modelo de negocio empresarial, las plataformas aprovechan un contexto de competitividad (potencial) entre prestadores de servicios para fijar las condiciones de ejecución de encargos sobre la base de relaciones contractuales circunscritas al estricto tiempo de desempeño del mismo (*just-in time relationships*) con la consiguiente compensación económica desde esa lógica contractual (*pay-as-you-go*). De modo que se agiliza y flexibiliza la actividad logrando una reducción de costes y una maximización de los beneficios.

Qué duda cabe de que el esquema de relación contractual que se plantea en este último caso es el más parecido al vínculo laboral ‘tradicional’. Tal circunstancia, unida a la proliferación (seguramente más mediática que real) de este tipo de negocios, justifica que el principal objeto de atención de este trabajo sea esta modalidad de trabajo a demanda a través de plataformas digitales.

⁸ OIT, *El futuro...* op. cit., p. 39.

⁹ Véase: Stefano, V. “The rise of the «just-in-time workforce»: On-demand work, crowdwork and labour protection in the «gig-economy””, *Conditions of Work and Employment Series*, nº 71, ILO, 2016, pp. 2 ss.

2. MARCO GENERAL: EL (LENTO) DESARROLLO DE LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS DIGITALES EN ESPAÑA

Todo lo que originalmente se denominó en España ‘economía colaborativa’ es un fenómeno muy reciente, básicamente ligado a la generalización del uso de teléfonos inteligentes (*smartphones*). Su vertiente ligada al alquiler de alojamiento ha sido desde el inicio el campo más propicio para el crecimiento de este nuevo tipo de actividad económica favoreciendo su desarrollo significativamente en términos comparados. Pero, como se apuntaba, parece clara, en principio, su falta de relevancia desde una perspectiva sociolaboral. Si, en cambio, nos centramos en la (sub)modalidad que sí tiene impacto en este ámbito –esto es, las iniciativas de la economía de plataformas que se articulan como trabajo a demanda a través de aplicaciones digitales– nos encontramos con que algunos factores específicos, económicos y regulatorios, han contribuido decisivamente a ralentizar su crecimiento en nuestro país. Centrémonos, así pues, en este punto.

Comenzando por los factores de carácter económico, cabría apuntar, en primer lugar, a las características específicas de la economía española y, en particular, al limitado recorrido de un proceso que resulta decisivo en el desarrollo de este nuevo tipo de actividad económica en otros países: la polarización del empleo hacia buenos y malos puestos de trabajo (*lovely and lousy jobs*)¹⁰. En España, sin embargo, el cambio en esta dirección ha sido muy limitado por dos motivos principales. De un lado, resulta determinante el bajo nivel de industrialización de una estructura productiva, la española, fuertemente terciarizada. De otro, aún más decisivo es que en buena medida esa polarización ya existe aquí, como prueba la abundancia (exceso) de empleo de baja y muy baja cualificación, sin parangón en el espacio europeo occidental¹¹.

Desde esta misma perspectiva económica, hay que señalar que un factor de naturaleza más coyuntural también ha contribuido a frenar la expansión de estos nuevos modelos de negocio a través de plataformas virtuales (‘uberizados’): los

¹⁰ La expresión es tomada por B.PALIER (“Numerique, travail et protection sociale”, *Nouvelle forme du travail et de la protection des actifs*, abril 2016) del siguiente trabajo: Goos, M. – Manning, A. “Lovely and lousy Jobs: The rising polarization of work in Britain”, *Review of Economics and Statistics*, vol. 89, nº 1, 2007, pp. 113 ss. Supone que la cantidad de puestos de trabajo de alta y de baja cualificación crecen al tiempo que desaparecen los empleos de cualificación intermedia generalmente vinculados a actividades industriales ‘clásicas’ que se ven afectadas por el proceso de terciarización de la economía y la transformación tecnológica.

¹¹ Con todo, nótese que este rasgo de baja calidad del empleo es en buena medida compartido por los países del Sur de Europa. Además del atípico (por extraordinario) caso griego, Italia y Portugal comparten con España algunos rasgos del mercado de trabajo que favorecen esa polarización. Así, según Eurostat (<http://ec.europa.eu/eurostat>), España e Italia tienen la segunda y cuarta tasa de desempleo más alta, respectivamente, de la Unión Europea, y la cuarta y segunda tasa de empleo más baja. Además, España y Portugal son los países con una tasa de temporalidad más alta, solo por detrás de Polonia; al tiempo que Italia y, de nuevo, España tienen la segunda y tercera tasa más alta, respectivamente, de trabajo a tiempo parcial involuntario.

efectos de la crisis económica y de las políticas de austeridad a ultranza. El altísimo nivel de desempleo (todavía en el 16% en 2017 tras haber alcanzado el 27% al inicio de 2013) y la caída de la actividad económica (que sólo repunta a partir de 2014) no propiciaron un clima favorable a la expansión de la nueva economía como sucedió en otros países. Téngase en cuenta que el desarrollo de este novedoso tipo de actividad empresarial empieza a producirse en el entorno temporal de 2010 y que, a diferencia de otros países, España sufrió una doble recesión que supuso que hubiera que esperar hasta 2015 para alcanzar unas tasas notables de crecimiento económico y con ello lograr una capacidad real de impulsar nuevas iniciativas de emprendimiento en este campo.

Por otro lado, también hay dos factores relevantes de naturaleza jurídica que explican la menor fuerza con la que la economía de plataformas digitales ('uberizada') ha irrumpido en España. Una es la flexibilidad de la regulación laboral. Pese a la idea extendida que denuncia las fuertes rigideces de nuestro mercado de trabajo, la realidad presenta una cara bien distinta desde hace décadas, aunque con serio agravamiento en el último lustro, como consecuencia de la combinación de una normativa fuertemente desregulada en 2012 y de un incumplimiento generalizado (o aplicación distorsionada) de aquélla. En concreto, el resultado es que la flexibilidad preside el mundo de las relaciones laborales en nuestro país a través del consentimiento de una utilización fraudulenta de la contratación temporal; de la aceptación de un recurso intensivo de los despidos como mecanismo de ajuste de la producción; y de otras manifestaciones directa o indirectamente ligadas a las anteriores como la rotación laboral o el trabajo a tiempo parcial involuntario.

El otro aspecto a tener en cuenta es que la actividad de las plataformas digitales ha encontrado también algunos obstáculos de naturaleza jurídica que han dificultado su expansión. Por un lado, algunas de las iniciativas más emblemáticas –por sus protagonistas– en este ámbito (Uber y el transporte de personas) afectan a actividades reguladas lo que ha suscitado problemas desde la perspectiva del Derecho de la competencia. Por otro, aunque ha sido excepcional hasta la fecha, se ha producido también alguna intervención de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para corregir excesos en la forma de articulación de las relaciones jurídicas de colaboración. Merece la pena detenerse, brevemente siquiera, en los aspectos concretos de estas dos circunstancias.

En relación con el primer supuesto, no cabe duda de que la cuestión prejudicial planteada por una asociación de taxistas de Barcelona contra Uber se ha convertido en un caso emblemático que ha condicionado la trayectoria de esta empresa en España y que, a la vista del fallo de la STJUE 20 de diciembre de 2017, *Asociación Profesional Élite Taxi v. Uber Systems Spain* (C-434/15), va a influir también decisivamente en todo el marco europeo. La principal cuestión suscitada en este asunto es si la actividad desarrollada por la compañía puede considerarse un 'servicio de la sociedad de la información' a la luz de la Directiva

de comercio electrónico¹² o si, por el contrario, se trata de un “servicio en el ámbito de los transportes” en el sentido de la Directiva 2006/123¹³. La aclaración de este punto era decisiva para determinar si la prestación del servicio de transporte podía realizarse sin la obtención previa de una autorización administrativa sin que ello supusiera una vulneración de la *Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal*¹⁴; no se refería, por tanto, a la naturaleza del vínculo contractual. Pero el modo en el que se resolviera la cuestión podría resultar decisivo a la hora de interpretar si la relación establecida entre Uber y los conductores es laboral o no.

En este sentido, y a pesar de que la sentencia se circunscribe a la determinación de la naturaleza de la actividad¹⁵ (servicio de transporte o de la sociedad de la información), se hace referencia colateralmente a aspectos que podrían ser muy relevantes a la hora de apreciar la laboralidad de la relación entre Uber y los conductores. Algo que implícitamente refuerza las apreciaciones realizadas por el Abogado General en sus Conclusiones al caso por mucho que no se reproduzcan en la sentencia (*vid. infra*).

Por lo que se refiere a las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cabe llamar la atención sobre tres casos. El primero de ellos es ilustrativo de la influencia que estos controles han podido ejercer en el impulso de iniciativas de este tipo cuando la viabilidad de los términos en los que los promotores diseñaban el negocio dependía en buena medida de la reducción de costes empresariales y, fundamentalmente, del ahorro en cotizaciones a la Seguridad Social. Por eso, no es de extrañar que la amenaza de intervención de la Inspección haya podido ‘asustar’ y frenar iniciativas concretas¹⁶.

¹² Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, cuyo artículo 2(a) se refiere a la definición (de servicio de la sociedad de la información) contenido en el artículo 1.2 de la Directiva 98/34/CE como “... todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios”.

¹³ Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior [artículo 2.2, d)].

¹⁴ Véanse los artículos 4, 5 y 15 de la citada Ley referidos, respectivamente, al comportamiento profesional contrario a las normas de buena fe, a las prácticas engañosas y la infracción de las normas relativas a la actividad concurrencial que confiera una ventaja competencial en el mercado. Téngase en cuenta, además, el artículo 99 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres.

¹⁵ Más allá de las posibles implicaciones en el plano laboral, el fallo podía tener también incidencia en la caracterización de otras actividades relacionadas con el transporte que se desarrollan a través de plataforma digital. Es el caso, por ejemplo, de Blablacar. Cabe recordar que la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid 30/2017, de 2 de febrero de 2017, descarta la existencia de un caso de competencia desleal por vulneración de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre al considerar que la actividad que realiza Blablacar no es de transporte sino propia de un servicio de la sociedad de la información.

¹⁶ El caso de la puesta en marcha y posterior cierre de la ‘startup’ EsLife en Valencia resulta muy significativo en este sentido. Véase al respecto: <http://valenciaplaza.com/el-cierre-de-eslife-y-las-fronteras-de-la-economia-colaborativa>

En esta misma línea crítica, hay que situar otros dos casos más recientes. Uno es el que ha afectado a la actividad de Factoo como cooperativa de trabajo asociado. La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Valencia ha llevado a que el Ministerio de Empleo y Seguridad Social haya finalmente resuelto descalificarla como tal¹⁷, un resultado que en absoluto puede considerarse sorprendente¹⁸. El otro, con gran impacto mediático, es el de los repartidores (*'riders'*) de Deliveroo. Las actuaciones de la Inspección (de Valencia, nuevamente, y de Madrid, hasta la fecha) han servido para poner de manifiesto con detalle y “rigurosidad”¹⁹ que los contratos de prestación de servicios que la citada plataforma digital suscribe con los repartidores carecen de naturaleza mercantil. Concurrían, a su juicio, los presupuestos sustantivos de una relación laboral, con la consiguiente obligación de darse de alta y cotizar en el Régimen General de Seguridad Social²⁰.

3. EL TRABAJO A DEMANDA A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES Y EL DERECHO LABORAL: TAN LEJOS Y TAN CERCA

Antes de entrar a analizar el impacto que los nuevos trabajos a demanda a través de plataformas digitales tienen para el sistema de Seguridad Social, resulta imprescindible hacer algunas consideraciones acerca de dos grandes cuestiones que sirven de presupuesto para la articulación de esa protección social. Dado el esquema profesional sobre el que se erige el sistema, es necesario conocer, primero, cuál es el tratamiento dispensado por el ordenamiento jurídico (laboral) español a este tipo de prestaciones de servicios articulados vía plataformas. Y también, segundo, valorar en qué medida la actual regulación jurídica tiene capa-

¹⁷ Véase la nota de prensa del MESS, con fecha 17 de agosto de 2017: <http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/laboral/detalle/3111>.

¹⁸ Recuérdese que el artículo 80 de la Ley 27/1999 define las cooperativas de trabajo asociado como aquellas “... que tienen por objeto proporcionar a sus socios puestos de trabajo, mediante su esfuerzo personal y directo, a tiempo parcial o completo, a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros”. Difícil encaje puede tener en esta caracterización la práctica desarrollada por Factoo en la que un cliente (“socio trabajador”), firmaba un contrato de adhesión a la cooperativa que le servía de cobertura para el desarrollo de actividades por cuenta propia con el alta puntual en el Régimen General de la Seguridad Social. Sobre esta práctica fraudulenta: Todolí, A. “Cooperativas de facturación y los riesgos de sanción para quienes las utiliza”, 5 de abril de 2017 (<https://adriantodoli.com/2017/04/05/cooperativas-de-facturacion-y-los-riesgos-de-sancion-para-quienes-las-utilizan/>). Espín Sáez, M. “¿Por qué lo llaman “cooperativa” cuando quieren decir “optimización de la precariedad”?”, 21 de julio de 2017 (<http://economistasfrentealacrisis.com/porque-lo-llaman-cooperativa-cuando-quieren-decir-optimizacion-de-la-precariedad/>)

¹⁹ Así lo califica el profesor E. Rojo Torrecilla en su exhaustivo análisis del caso: “El Caso Deliveroo Valencia. Importa la realidad (trabajo asalariado), no el nombre (trabajo autónomo). Notas y análisis del Acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”, 21 de diciembre de 2017 (<http://www.eduardorjotorrecilla.es/2017/12/el-caso-deliveroo-valencia-importa-la.html>).

²⁰ La actuación de la ITSS de Valencia dio lugar a la formulación de un acta de liquidación de deudas por cuotas no abonadas que asciende a 160.815 euros. Téngase en cuenta también que UGT denuncia a Deliveroo, Glovo, UberEats y Stuart por relación laboral encubierta (https://elpais.com/economia/2017/12/21/actualidad/1513846080_627815.html).

cidad para garantizar que esa prestación de servicios, más allá de su calificación, se realice en condiciones de trabajo decentes²¹.

Hasta la fecha, la atención de los y las laboristas en España se ha centrado principalmente en la primera de estas cuestiones. Como en otros países, aunque aquí con cierto retraso, el debate ha girado principalmente en torno a la calificación jurídica de la actividad desempeñada mediante plataformas digitales. Se trata, sin duda, de un aspecto clave en la medida en que las garantías laborales y de Seguridad Social solo se aplican en el supuesto de que la relación del prestador de servicios con la plataforma sea laboral. Da la impresión, sin embargo, de que no se repara suficientemente en que incluso dentro de un marco de trabajo asalariado estas nuevas actividades se enfrentan a retos y dificultades de gran calado como mejor expresión de un trabajo ‘*just in time*’ que está llamado a convertirse en una relevante modalidad de trabajo (asalariado) atípico (*non-standard employment*). Dicho en otras palabras, la declaración de la laboralidad de este tipo de prestación de servicios no significa ni mucho menos que los ‘colaboradores’ no se enfrenten a serios riesgos en el plano laboral y, como veremos, de Seguridad Social.

3.1. Las dudas acerca de la naturaleza jurídica del trabajo a demanda vía plataformas digitales

No por casualidad la cuestión que más atención ha recibido por parte de la doctrina es la relativa a la determinación de la naturaleza jurídica de la relación contractual que se establece entre la plataforma digital y la persona ‘colaboradora’: ¿constituye una relación laboral? El asunto tiene mucho calado porque, en verdad, nos enfrentamos a un nuevo entorno productivo en el que la caracterización ‘clásica’ de las instituciones laborales puede sufrir tensiones que amenazan con hacer saltar las costuras de ese marco jurídico y que derivan de una triple circunstancia: una intensa flexibilidad, una marcada individualización de la relación con la plataforma y unas borrosas fronteras de ésta como posible empleador.

Antes de resolver la calificación jurídica de la prestación de servicios analizada, conviene hacer una triple reflexión. Para empezar, a veces parece olvidarse que dentro del ámbito laboral siempre han existido actividades en las que la concurrencia de la nota típica de dependencia laboral puede resultar dudosa; el trabajo a distancia, antes trabajo a domicilio²², es un magnífico ejemplo. Desde esta perspectiva, es indudable que los cambios asociados a la transformación digital son mayúsculos, pero deberíamos evitar la precipitación en dar por liquidado un marco jurídico, el laboral, que ha cumplido y cumple un papel institucional de extraordinaria relevancia.

²¹ Las dos cuestiones se corresponden con lo que B. LANGILLE identifica como ámbito de aplicación y contenido del Derecho del Trabajo: “Labour Law’s Theory of Justice”, in: Davidov, G. – Langille, B. (ed.) *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

²² Véase el trabajo clásico de: De La Villa Gil, L. E. *El trabajo a domicilio*, Aranzadi, Pamplona, 1966.

En relación con este aspecto, no debería pasarse por alto, segundo, que sea cual sea el marco jurídico elegido el objetivo debería ser el mismo, garantizar (favorecer, al menos) unas condiciones dignas de prestación del servicio²³. Y para ello hay que tener en cuenta que por mucho que estemos ante un nuevo entorno productivo el conflicto entre trabajo y capital, presupuesto del nacimiento y consolidación del Derecho del Trabajo, sigue existiendo.

Esta apreciación permite enlazar con el tercer comentario introductorio relacionado con los riesgos vinculados al desarrollo de este nuevo tipo de actividades: la insuficiencia de ingresos para los ‘colaboradores’ como consecuencia del ajuste del tiempo de trabajo; la inestabilidad profesional; el ejercicio de un control y supervisión estrictos por parte de la plataforma (extraordinaria relevancia de las valoraciones de los clientes); un uso abusivo del poder disciplinario de la plataforma a través del mecanismo de desactivación; o las enormes dificultades para organizar acciones colectivas por la separación física y la competitividad entre los ‘colaboradores’ dentro de una multitud (*crowd*). Pues bien, todos estos riesgos generan en conjunto una situación de precariedad cuyos contornos quedarán perfilados en función del tratamiento ofrecido por el ordenamiento jurídico.

En principio, el marco normativo español ofrece tres posibles calificaciones de la relación establecida entre plataforma y ‘colaborador’ en función de las circunstancias concretas en las que se desarrolle la prestación de servicios. Las dos primeras soluciones (en puridad, tres) nos alejan del ámbito laboral y, por tanto, de sus garantías.

Una sería la consideración de que esa relación contractual es protagonizada por un trabajador autónomo en los términos del artículo 1.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (LETA), lo que implica que la prestación de servicios se realiza por una persona física a título lucrativo de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia (den o no ocupación a trabajadores asalariados) y fuera del ámbito de dirección y organización de la plataforma digital. Esta caracterización se encuentra muy condicionada por la regulación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social al exigir la nota de habitualidad. Lo cierto es que muchas de las actividades propias de la economía de plataformas pueden desarrollarse sin esa nota y, por tanto, por personas que no pueden considerarse trabajadoras por cuenta propia a estos efectos.

Como segunda variante dentro del trabajo autónomo, existe un creciente interés desde algunos ámbitos en entender que el ‘colaborador’ es un trabajador autó-

²³ En esta línea se ha pronunciado recientemente el Parlamento Europeo al pedir “... a la Comisión y a los Estados miembros que actúen contra el empleo precario, incluido el trabajo no declarado y el trabajo autónomo ficticio, a fin de garantizar que todos los tipos de contratos de trabajo ofrezcan condiciones de trabajo dignas con una cobertura adecuada de seguridad social, en consonancia con el Programa de Trabajo Decente de la OIT, el artículo 9 del TFUE, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión y la Carta Social Europea” [Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, sobre las condiciones laborales y el empleo precario (2016/2221(INI))].

nomo económicamente dependiente (TRADE), siempre que reúna los requisitos constitutivos de esta figura²⁴. Más allá de que la prestación de servicios a través de la plataforma se desarrolle a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y de forma predominante (75 por ciento de sus ingresos) para una persona física o jurídica (artículo 11.1 LETA)²⁵, lo más controvertido –como obstáculo en la práctica– es la exigencia del reconocimiento como TRADE por parte de ese cliente principal a través de una comunicación fehaciente que dé lugar a la formalización de un contrato como tal o de un pronunciamiento del órgano del orden social correspondiente al respecto (artículo 11bis LETA). Lo relevante ahora es que, como es bien sabido, la condición de TRADE supone el reconocimiento de algunas garantías profesionales que acercan (tímidamente) el régimen jurídico al de trabajador asalariado.

La última de las calificaciones posibles es, lógicamente, el reconocimiento de la laboralidad de la relación contractual por entender que se trata de un trabajador asalariado en los términos previstos por el artículo 1.1 ET, con el refuerzo que supone la presunción del artículo 8.1 ET²⁶.

Hasta el momento –y con el matiz que se introducirá enseguida–, el lanzamiento y consolidación de este tipo de negocios empresariales a través de plataformas digitales se ha basado en la actuación de los ‘colaboradores’, prestadores de servicios como trabajadores autónomos. Pero dado que en nuestro ordenamiento la calificación jurídica de la relación contractual no se rige por un principio dispositivo, sino que viene determinado por las características concretas de esa relación y de la concurrencia o no de los rasgos configuradores de la relación laboral²⁷, se hace necesaria una valoración de los indicios existentes en un sentido u otro. Y cuando se lleva a cabo esta tarea, todo parece indicar que como regla general la calificación resultante es otra. Así se pone de manifiesto, al menos, en

²⁴ Véanse las reflexiones acerca de los ‘microautónomos’ por: Mercader Uguina, J.R. *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

²⁵ No está de más recordar otros requisitos exigidos que pueden tener relevancia a la hora dilucidar su cumplimiento o no. Se trata de “(n)o tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes” [artículo 11.2, a) LETA]; “... no ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente [letra b)]; “(d)isponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente” [c)]; (d)esarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente” [d)]; y (p)ercibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquélla [e)].

²⁶ En línea con este precepto, véase el párrafo 9 del Convenio nº 198 de la OIT (2006) sobre la relación de trabajo.

²⁷ Como ilustración véanse las SsTS 25 de enero de 2000, 20 de julio de 2010 (rec. 3344/09) y 902/2017, 16 de noviembre.

otras experiencias comparadas²⁸ que podrían inspirar (en verdad, ya lo hace) su aplicación en el ámbito español.

Para empezar, incluso si se aceptara –algo ciertamente discutible, como veremos– la inexistencia de laboralidad, en muchos casos no procedería la identificación del ‘colaborador’ de la plataforma digital como trabajador autónomo ‘ordinario’, sino que cabría apreciar la concurrencia de los requisitos que caracterizan la figura de los TRADEs como una solución intermedia llamada a tutelar, al menos sobre el papel, los intereses de las dos partes: flexibilidad y menores costes para la plataforma digital y mínimas garantías profesionales para los prestadores de servicios. Pero la solución es insatisfactoria desde tres puntos de vista.

En primer lugar, no es exagerado afirmar que la introducción de esta figura, una de las principales novedades incorporadas por la Ley 20/2007, ha resultado un fracaso como consecuencia principalmente de la dificultad a la hora de establecer una regulación adecuada sobre el reconocimiento/obtención de la condición de TRADE. Pese a que la regulación vigente es mucho más garantista²⁹, los resultados son paupérrimos: actualmente solo hay 10.099 TRADEs³⁰, lo que representa un 0,5% del total.

Cabría pensar, en segundo lugar, que el crecimiento de la economía de plataforma podría suponer un fuerte impulso (¿oportunidad?) para el lanzamiento de esta figura contractual. Tal parece ser la estrategia seguida recientemente por una empresa emblemática de la nueva economía de plataforma como Deliveroo con sus ‘riders’ a los que ahora reconoce como TRADEs. Una medida con la que persiguen un cierto equilibrio: a cambio de algunas garantías para esos ‘riders’, logran una importante reducción de costes laborales y, sobre todo, de Seguridad Social. Cosa distinta es si son verdaderos TRADEs.

Tal es precisamente la tercera de las objeciones. Existe, como problema estructural, un serio riesgo de que esta solución ‘intermedia’ sea utilizada para encu-

²⁸ El pronunciamiento más relevante en el ámbito europeo es la sentencia del Tribunal de Empleo de Londres Central, de 28 de octubre de 2016, del caso *Mr. Y. Aslam, Mr. J. Farrar and Others v. Uber* (<https://www.judiciary.gov.uk/judgments/mr-y-aslam-mr-j-farrar-and-others-v-uber/>), confirmada por la sentencia del Tribunal de Apelación de Empleo de 10 de noviembre de 2017 (https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a046b06e5274a0ee5a1f171/Uber_B.V._and_Others_v_Mr_Y_Aslam_and_Others_UKEAT_0056_17_DA.pdf). También en Francia: sentencia de la Cour d’appel Paris de 13 de diciembre de 2017 sobre Lecab; aunque la sentencia del mismo órgano de 9 de noviembre de 2017 había desestimado la reclamación de laboralidad de un ‘rider’ de Deliveroo.

²⁹ Recuérdese que el citado artículo 11 bis LETA prevé que, si se reúnen los requisitos del artículo 11 LETA, puede solicitarse al cliente (principal) “... la formalización de un contrato de TRADE a través de una comunicación fehaciente”. Y como garantía se establece que en el caso de que el cliente se niegue o transcurra un mes desde la comunicación, el autónomo afectado puede acudir a los órganos jurisdiccionales del orden social para reclamar tal condición. Y añade, como prevención, que el reconocimiento judicial de la condición de TRADE solo producirá efectos “... desde el momento en que se hubiere recibido por el cliente la comunicación (...) [y] no tendrá ningún efecto sobre la relación contractual entre las partes anterior [a ese] momento”.

³⁰ Tal es el número de inscritos en el registro de TRADEs del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, un trámite obligatorio conforme al artículo 12 LETA.

brir verdaderas relaciones laborales³¹. El debate ya se planteó con intensidad en el momento de creación de esta figura con ocasión de la aprobación del Estatuto del Trabajo Autónomo. La particularidad ahora tiene que ver con el contexto, en la medida en que tal solución puede ser abrazada por algunos como una vía de adaptación al nuevo entorno productivo en el que el marco jurídico laboral no resulta, en principio, plenamente satisfactorio; y por otros como un ‘mal menor’ que evita una desprotección social más grave en el novedoso mundo digital.

3.2. El previsible reconocimiento del carácter laboral de la relación del colaborador con la plataforma digital: ¿una victoria pírrica?

La constatación de que esta última solución, el reconocimiento de la condición de TRADE, resulta igualmente insatisfactoria nos devuelve de algún modo a la casilla de salida: se hace necesario valorar los indicios que podrían conducirnos a la apreciación del carácter laboral de la relación de la plataforma digital con los ‘colaboradores’ presenciales (*off-line*).

Sin ignorar otros problemas, el debate gira en torno a la concurrencia o no de la nota de dependencia concretada en lo que, desde la perspectiva anglosajona, se identifica como doble dimensión de la misma³²: la subordinación a la autoridad de un tercero y la dependencia económica.

Tomando como modelo de referencia actividades como las desarrolladas por Uber o Deliveroo, hay, qué duda cabe, indicios de la falta de concurrencia de los rasgos que definen la relación de laboralidad en nuestro ordenamiento. Como mero apunte³³, cabe encontrar rasgos de independencia (y/o ajeneidad; en general, no laboralidad) en la capacidad del ‘colaborador’ para fijar sus horas de disponibilidad sin arreglo a jornadas ni horarios preestablecidos; la capacidad para rechazar encargos (prestaciones de servicios); la no exigencia de exclusividad; la posibilidad de ser sustituido en el marco de la misma relación contractual³⁴; el carácter complementario de los ingresos obtenidos por la actividad respecto de otra fuente principal vinculada a un trabajo asalariado o por cuenta propia; la no compensación de los gastos relacionados con el desempeño de las tareas encomendadas; o la disposición de medios que conformen una organización productiva propia.

³¹ A propósito del escepticismo sobre las bondades de este tipo de figuras intermedia: De Stefano, V. “The rise of the «just-in-time workforce»: On-demand work, crowdwork and labour protection in the «gig-economy»”, *Conditions of Work and Employment Series*, No. 71, ILO, 2016, p. 20.

³² Davidov, G. “The three axes of employment relationships: A characterization of workers in need of protection”, *University of Toronto Law Journal*, 52 (2002), p. 365.

³³ Ampliamente sobre esta materia Todolí Signes, A. *El trabajo...*, op. cit., pp. 63 ss.

³⁴ Este rasgo se ha convertido en un elemento clave a la vista de la trascendencia que se le ha atribuido en la resolución del Central Arbitration Committee, de 14 de noviembre de 2017, Independent Workers’ Union of Great Britain (IWGB) and RooFoods Limited T/A Deliveroo.

En sentido diverso –esto es, como rasgo de dependencia y, por tanto, de laboralidad– cabe apuntar otro tipo de rasgos concurrentes: la existencia de un proceso de selección de los ‘colaboradores’ de la plataforma digital; el carácter personalísimo de la prestación; la obligación de seguir en el desempeño del encargo las indicaciones de la plataforma; la fijación de los precios de los servicios por ésta; el ejercicio de un poder disciplinario a través de la ‘desactivación’ del ‘colaborador’; la canalización de la relación con el cliente a través de la plataforma.

La resolución de esta confrontación de indicios en uno y otro sentido debe hacerse de forma juiciosa, teniendo muy presentes los riesgos, pero también los efectos positivos asociados a este tipo de actividades: ofrecen flexibilidad a los trabajadores (asalariados o no) que hacen compatible su actividad profesional con cuidados personales, estudios, etc.; constituye una vía para la obtención de ingresos adicionales; facilitan la inserción laboral de aquellos colectivos con especiales dificultades, especialmente cuando responde a problemas de salud o discapacidades; y podrían suponer una vía efectiva para la reducción de la economía sumergida.

Dicho lo cual, en el debate acerca de la laboralidad o no de los ‘colaboradores’ de plataformas digitales a veces parece olvidarse la ‘ductilidad’ –en su acepción positiva– del marco jurídico laboral. Quiere ello decir que la búsqueda de un grado de flexibilidad razonable como condición necesaria para el desarrollo de estas nuevas actividades puede lograrse también –en buena medida, al menos– dentro de la esfera laboral. Quizá no sea tan atractiva desde una perspectiva empresarial excesivamente centrada en la maximización de los beneficios, pero sí es mucho más respetuosa con los derechos de los trabajadores, un aspecto clave para la sostenibilidad de la propia iniciativa empresarial.

Desde esta perspectiva, resulta extraordinariamente interesante el repaso de las consideraciones realizadas por el Abogado General Szpunar en sus Conclusiones en el caso Asociación Profesional Elite Taxi v. Uber. Ciertamente es que la sentencia que finalmente vio la luz, la ya aludida STJUE 20 de diciembre de 2017 (C-434/15), no se pronuncia expresamente sobre la laboralidad de la relación entre los conductores de Uber y esta plataforma³⁵. Ahora bien, es indudable que los elementos que el Tribunal tiene en cuenta a la hora de calificar la actividad desarrollada por Uber como un servicio de transporte y no como un servicio de la sociedad de la información habían sido apuntados por el Abogado General y, lo que aquí es más relevante, resultarían decisivos a la hora de enjuiciar la laboralidad de la relación contractual.

La clave estaría, a su juicio, en que Uber “... ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones...” de prestación del servicio por los conductores (párrafos 35-36); en la medida en que la actividad de la plataforma, lejos de limitarse

³⁵ De hecho, se esfuerza en no prejuzgar el juicio de laboralidad. Como reconoce, el repaso de hechos que realiza “... no significa que los conductores de Uber deban necesariamente ser considerados trabajadores suyos. Esta sociedad puede perfectamente realizar sus prestaciones recurriendo a trabajadores autónomos, que actúen en su nombre en calidad de subcontratistas” (párr. 54).

meramente a "... intermediar entre oferta (de transporte urbano) y demanda...", consiste en crear esa oferta para lo cual "... regula sus características esenciales y organiza su funcionamiento" (párr. 43)³⁶. Esta contundente afirmación parece encontrarse bien fundamentada si atendemos a las circunstancias que el Abogado General apunta en sus Conclusiones y que, en buena medida, son recogidas en la misma STJUE 20 de diciembre de 2017.

Por un lado, algunos aspectos ponen de manifiesto que la prestación se realiza dentro del ámbito de organización y dirección de Uber, en la medida que esta establece "... múltiples..." requisitos que "... se refieren tanto al acceso a la actividad como a su desarrollo, incluido el comportamiento de los conductores al realizar sus prestaciones..." (párr. 44).

Concretamente, tales requisitos tienen que ver, primero, con las condiciones de acceso a la plataforma y la posibilidad de ser colaborador de Uber, dado que para ello se exige disponer de un coche con determinadas características (tamaño, antigüedad, seguro), contar con el correspondiente permiso de conducir y carecer de antecedentes penales (párr. 45-46).

Una segunda muestra de subordinación es el control que la plataforma ejerce en la calidad de la prestación de servicio de transporte, incluyendo el propio comportamiento del conductor, a través de una función de evaluación del transporte por los pasajeros (párr. 48). El hecho de que no se trate de una supervisión directa por parte de la plataforma no parece relevante, dado que a partir de esas valoraciones Uber puede excluir ('desactivar') al conductor de la plataforma hasta el punto de que cabe entender que el control de su desempeño es más estricto que en una relación laboral típica (párr. 52).

Y, tercero, pese a que en la regulación de la prestación de servicios no hay previsiones concretas sobre el tiempo de trabajo, el Abogado General aprecia que Uber tiene capacidad para "... adaptar su oferta a la fluctuación de la demanda..." (párr. 47) a través de diversos instrumentos como la recompensa económica por realizar un determinado número de trayectos o la indicación de los periodos más favorables de actividad. En este mismo sentido, la teórica posibilidad de combinar esta actividad con otras no es tal en la práctica, puesto que la mayoría de los conductores prestan servicios exclusiva o principalmente para Uber.

Por otro lado, el examen de la actividad de esta plataforma realizado por el Abogado General también permite identificar indicios de dependencia económica (ajeneidad) de los conductores. Para empezar, considera "... difícilmente discutible que Uber determina el precio del trayecto" (párr. 50) a pesar de que teóricamente los conductores pueden rebajarlo. Igualmente, observa que el transporte

³⁶ El párrafo 39 de la STJUE 20 de diciembre de 2017 afirma que "... el servicio de intermediación de Uber se basa en la selección de conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, a los que esta sociedad proporciona una aplicación sin la cual, por un lado, estos conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte y, por otro, las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados conductores".

se presta a través de una aplicación para teléfonos inteligentes que pertenece a Uber; de manera que ante los usuarios el “... servicio se presta bien por Uber, bien en su nombre” cuyas “... funcionalidades y cierta calidad (...) que garantiza...” dicha plataforma (párr. 53). Por último, Spuznar no considera relevante que la plataforma no sea propietaria del vehículo de transporte, al entender que “... no ejercen una actividad propia que exista de manera independiente”, sino que “(a) l contrario, esta actividad únicamente puede existir gracias a la plataforma, sin la que no tendría ningún sentido” (párr. 56).

A la vista de lo anterior, no debe extrañar que el Abogado General Spuznar concluya que “Uber controla los factores económicamente pertinentes del servicio de transporte ofrecido en su plataforma” (párr. 51)³⁷. Tal apreciación da pie a hacer dos comentarios adicionales.

De un lado, hay que insistir en que, si bien la STJUE 20 de diciembre de 2017 circunscribe su análisis a las circunstancias relevantes para resolver si se trata o no de un servicio de transporte, la argumentación y el fallo son perfectamente coherentes con el planteamiento del Abogado General que se ha expuesto. Desde esta perspectiva, por mucho que éste advierta que sus consideraciones no prejuzgan la laboralidad de la relación de la plataforma digital con los conductores, parece lógico pensar que tales características llevarían a los órganos jurisdiccionales (españoles, en este caso) a reconocer el carácter laboral de esa relación contractual. Y, sin embargo, las condiciones (profesionales) para la prestación del servicio no están, ni siquiera en este caso, satisfactoriamente garantizadas.

3.3. Punto y seguido: la vulnerabilidad de los trabajadores de las plataformas digitales

Más allá de cuál sea la calificación jurídica de la relación establecida entre la plataforma digital y sus ‘colaboradores’, puede afirmarse que este tipo de prestación de servicio se ha convertido en una nueva modalidad de trabajo atípico. Como tal, deberíamos tener claro que hay un riesgo muy serio de precariedad en las condiciones de realización de la actividad en todos los casos.

Es ciertamente importante que se corrija la práctica extendida de articular este tipo de vínculo al margen de la legislación laboral. Así, las novedosas características del desarrollo de las nuevas actividades ligadas al proceso de digitalización de la economía tensan las costuras del marco laboral. Pero, como señala CRUZ VILLALÓN³⁸,

³⁷ A modo de recapitulación, en el mismo párrafo 51 de las Conclusiones señala: “Uber controla todos los aspectos pertinentes de un servicio de transporte urbano: el precio, evidentemente, pero también los requisitos mínimos de seguridad —a través de la imposición de exigencias previas relativas a los conductores y los vehículos—, la accesibilidad de la oferta de transporte (al incitar a los conductores a ejercer su actividad en los momentos y lugares de mayor demanda), el comportamiento de los conductores, mediante el sistema de evaluación, y por último, la posibilidad de expulsión de la plataforma”.

³⁸ “Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía”, *Temas Laborales*, n° 137, 2017, p. 15.

ello en absoluto significa la inutilidad de este tipo de normativa –ni como variante, exige un cambio legislativo radical–. Lo cual no quiere decir que no sea necesaria una relectura de la caracterización clásica de las relaciones laborales para evitar así una huida del Derecho del Trabajo que debilite la función estructural que históricamente ha desempeñado.

Un aspecto clave en este sentido es la redefinición del concepto de dependencia como rasgo configurador de la relación laboral. En el entorno digital, la tradicional subordinación del trabajador a la organización empresarial se lleva a cabo de un modo distinto, incluso muy distinto, pero no necesariamente menos efectivo. El novedoso papel desempeñado por clientes o terceros en esta materia con su impacto en la ‘reputación digital’ del trabajador³⁹, o la necesidad de limitar el tiempo de conexión –o de preservar un espacio para la desconexión–⁴⁰ son aspectos a tener en cuenta. Mientras que, por otra parte, seguramente se deba ahormar la interpretación de la dependencia económica (ajeneidad) para dar cabida con mayor facilidad al fenómeno de pluriactividad (en verdad, pluriempleo) para varias plataformas digitales, así como para relativizar la relevancia que a efectos de apreciar la laboralidad puede tener la propiedad del instrumental de trabajo.

Ahora bien, es importante subrayar que la preservación de la laboralidad en este tipo de actividades no es suficiente, en el sentido de que en sí misma no garantiza unas condiciones de trabajo dignas. Son, en efecto, muchos los riesgos existentes. Aquí interesan especialmente aquellos que tienen una proyección más directa sobre la Seguridad Social: los vinculados a la dinámica de prestación de servicios ‘*just-in-time*’.

El más evidente es el riesgo de que la reducción, el ajuste, del tiempo de trabajo se traduzca en dificultades para tener garantizado el grado de ocupación necesario para lograr así unos niveles de retribución suficiente⁴¹. Muchas de las nuevas actividades desarrolladas a través de plataformas digitales aspiran (al menos en teoría) a que sus ‘colaboradores’ tengan otra ocupación principal. Pero la lógica que subyace es peligrosa en la medida en que aboca a los que en número creciente se dedican a esa actividad a tiempo completo a una situación de riesgo de pobreza laboral.

Relacionado con este mismo aspecto, pero desde una perspectiva distinta, el hecho de que la remuneración pueda resultar insuficiente, unido a la (supuesta) libertad de ‘activación’, podría generar un riesgo de (auto)explotación. Así, la

³⁹ Prassl, J. – Risak, M. “Uber, Taskrabbit, and co.: Platforms as employers? Rethinking the legal analysis of crowdwork”, *Comparative Labour Law and Policy Journal*, Vol. 37, Issue 3, p. 625.

⁴⁰ Vid. Vallecillo Gámez, M^a.R. “El derecho a la desconexión: ¿‘Novedad digital’ o esnobismo del ‘viejo’ derecho al descanso?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n^o 408, 2017, pp. 168 ss.

⁴¹ Un estudio realizado por la OIT entre trabajadores, ‘colaboradores’, de plataformas (cierto que incluyendo actividades *on-line* y *off-line*) en 2015 ponía de manifiesto preocupación entre los miembros de este colectivo por las bajas retribuciones y la insuficiente cantidad de trabajo (ILO, *Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects*, ILO, Ginebra, 2016).

posibilidad de trabajar para varias plataformas sin necesidad de desplazamiento a un centro de trabajo concreto puede acabar convirtiéndose en una trampa, en la medida en que las garantías laborales de descanso, por ejemplo, ‘facilitan’ la diversificación de actividades. Pero no como decisión voluntaria, sino como manifestación de la precariedad de ingresos.

La ‘derivada’ de este debilitamiento de la posición de los colaboradores (trabajadores), y del consiguiente refuerzo de la posición empresarial de la plataforma digital, es que existen enormes dificultades para hacer frente a este creciente desequilibrio a través de los sujetos y acciones de dimensión colectiva característicos del Derecho Laboral. El componente claramente individualista⁴² de este tipo de prestaciones de servicios basado generalmente en la disponibilidad de un número amplio e indefinido de trabajadores amenaza con limitar seriamente la dimensión colectiva necesaria para nivelar la posición de las partes implicadas.

Por último, no debe dejar de mencionarse por su relativa novedad la creciente inestabilidad de la posición empresarial. Ello tiene que ver con la proliferación de un tipo de negocio (*start-up*) basado en inversiones limitadas y una estructura empresarial pequeña⁴³ cuya pervivencia en el tiempo es incierta y que, por tal razón, agrava la precariedad de los trabajadores.

El repaso de estos riesgos pone de manifiesto la necesidad de ajustar o adaptar la normativa laboral y sus instituciones a este nuevo entorno productivo con el fin de preservar su histórica función de corrección de las asimetrías existentes entre las partes. Se trataría, en definitiva, de establecer un marco jurídico que ofreciera la flexibilidad que necesitan las plataformas digitales, al tiempo que preservara suficientes garantías profesionales para las personas ‘colaboradoras’.

Para afrontar este reto de envergadura en la esfera laboral (a un lado se deja la apuesta por una reconducción de este tipo de actividades al ámbito de los TRADEs), cabría, como primera opción, la creación de una nueva relación especial de trabajo para prestadores de servicios a través de plataformas digitales⁴⁴. De este modo, la relación contractual se mantendría dentro del ámbito laboral, si bien sujeta a una regulación singular que reflejara las especificidades propias de la actividad. Sin embargo, también cabe plantear dos objeciones.

La primera es que, a la vista de la orientación de las relaciones especiales existentes, no parece disparatado pensar que esa regulación tendería a reforzar la búsqueda de flexibilidad mencionada con los correspondientes sacrificios para los trabajadores. Nos estaríamos acercando, así pues, a la solución (dudosa) del TRADE. Y en esta línea, como segunda objeción, convendría reparar en que

⁴² FUDGE, J. “Labour as a ‘Fictive Commodity’”, en: Davidov, G. – Langille, B. (ed.). *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 124.

⁴³ Sobre este asunto: Cruz Villalón, J. “El futuro del trabajo y su gobernanza”, *Temas Laborales*, nº 137, 2017, pp. 17 ss.

⁴⁴ Véase al respecto: Todolí Signes, A. *El trabajo...*, *op. cit.*, pp. 71 ss.

una solución de este tipo podría tener efectos nocivos en el largo plazo –incluso también en un horizonte temporal no tan lejano– para el ordenamiento jurídico laboral si, como parece previsible, este tipo de modelo de negocio incrementa sustancialmente su peso en el conjunto de la actividad económica. Se abriría así una vía que podría favorecer un significativo debilitamiento de las garantías y derechos laborales.

Por todo ello, parece más razonable plantear como solución alternativa la adaptación de la normativa laboral ordinaria (el Estatuto de los Trabajadores) a las características concretas de las nuevas actividades que así lo exijan, limitando de esta forma las previsiones que se separan de la regulación común. Se trataría, en suma, de seguir el ejemplo del vigente artículo 13 ET relativo al trabajo a distancia; o, más bien, de consagrar su consideración como tal con la incorporación de las especificidades (estrictamente) necesarias en este supuesto que tendrían que ver con el tiempo de trabajo (jornada, horario y descansos), la retribución y el control de la prestación de servicios, como aspectos más destacables. Téngase en cuenta, en todo caso, que la casuística puede ser muy amplia, con los problemas e incertidumbres que ello podría generar.

4. EL IMPACTO DE LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS DIGITALES EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL: UN CAMBIO DE ENVERGADURA EN UN MOMENTO CRÍTICO

La mayor parte de los estudios realizados por la doctrina laboralista, dentro y fuera de nuestras fronteras, en torno a los efectos derivados del desarrollo de la economía de plataformas digitales se han centrado en el plano laboral, relegando las importantísimas consecuencias que este tipo de actividad tiene en el sistema de Seguridad Social⁴⁵. Como se comprobará, el impacto puede ser particularmente intenso en modelos como el español de corte bismarckiano-mediterráneo en los que la relación jurídica con la Seguridad Social a efectos de acción protectora y de financiación se articula a través de las cotizaciones sociales, principalmente. Téngase en cuenta, en este sentido, que las reformas que se han llevado en España y, en general en el resto de países europeos, en los últimos años han perseguido un reforzamiento del principio de contributividad a través de una mayor proporcionalidad entre cotizaciones y prestaciones. Los efectos que se derivan para este tipo de actividades pueden ser muy relevantes.

Como punto de partida, cabría sintetizar las dudas suscitadas en torno a esta materia en cuatro grandes preguntas. ¿Qué tratamiento ofrece el ordenamiento de Seguridad Social a las nuevas formas de trabajo articuladas a través de plata-

⁴⁵ La principal excepción es el trabajo publicado por el PARLAMENTO EUROPEO: *The Social Protection of Workers in the Platform Economy*, IP/A/EMPL/2016-11, NOVEMBER 2017. de B. Palier ya mencionado. Véase igualmente: Rogers, B. “The Social Costs of Uber”, *The University of Chicago Law Review Dialogue*, N 82:85, 2015.

formas digitales a efectos de encuadramiento en el sistema? ¿Tiene capacidad la Seguridad Social en su actual configuración para garantizar una protección social adecuada? ¿Qué impacto tiene el auge de este tipo de nueva economía en la financiación de la Seguridad Social y en su futura sostenibilidad? ¿Cabe pensar que el desarrollo de este nuevo tipo de actividades económicas fuerce un cambio en el modo de articulación del modelo de protección social?

4.1. El encuadramiento en la Seguridad Social de los trabajadores en plataformas digitales

El primer aspecto, de carácter formal, es extraordinariamente relevante. La protección social de los ‘colaboradores’ va a variar de forma significativa en función del encuadramiento que corresponda, en su caso, en el sistema de Seguridad Social, el cual va a venir determinado por las características propia de la actividad desempeñada. Tres son las posibilidades existentes.

En primer lugar, en el poco probable caso (hasta la fecha) de que se reconozca la existencia de una relación laboral entre la plataforma digital, como empleadora, y la persona ‘colaboradora’ que presta el servicio surgiría la obligación de aquélla de dar de alta a éste en el Régimen General de la Seguridad Social, sin importar la duración de la jornada⁴⁶. Evidentemente ello implica un incremento de los costes laborales, aunque bien es cierto que en la parte correspondiente a las cotizaciones sociales ese crecimiento puede serlo más en términos relativos que absolutos si la actividad es marginal. Por esta razón, para explicar las reticencias de las plataformas digitales a reconocer la laboralidad de la relación quizá no sea más determinante este factor que las implicaciones que lógicamente también tiene en el ámbito estrictamente laboral.

Sea como fuere, debe recordarse que el vigente artículo 7.5 LGSS sigue contemplando que “... el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Empleo y Seguridad Social y oídos las organizaciones sindicales más representativas o el colegio oficial competente, podrá, a instancia de los interesados, excluir del campo de aplicación del régimen de la Seguridad Social correspondiente, a las personas cuyo trabajo por cuenta ajena, en atención a su jornada o a su retribución, pueda considerarse marginal y no constitutivo de medio fundamental de vida”. Esta facultad está casi inédita⁴⁷, pero además parece perder sentido en el nuevo entorno

⁴⁶ Recuerda C. Aragón que una primera versión de la Disposición Adicional 7ª.3 LGSS/1994 contemplaba una cotización reducida para estos trabajos asalariados marginales. La posterior corrección se ha mantenido y hoy se cotiza en los mismos términos que si se tratara de una jornada ordinaria. (“Propuesta de reforma legislativa para hacer emerger el trabajo autónomo irregular”, *Documentación Laboral*, nº 107, 2016, pp. 110).

⁴⁷ Como histórica excepción, el Decreto 1382/1972, de 6 de mayo excluyó por la marginalidad de su actividad a determinados trabajadores de la empresa “Sociedad de Fomento de la Cría Caballar en España”, con la particularidad que no afectaba a la protección frente a accidentes de trabajo. Cabe igualmente referirse a la STS 26 de febrero de 1981 (RJ 1165) en la que se estimaba que el trabajo

productivo en el que el ajuste del tiempo de trabajo y la irregularidad del mismo están llamadas a ser notas mucho más habituales y, en consecuencias, generadoras de situaciones de vulnerabilidad. Desde esta perspectiva, no debe pasarse por alto que la previsible cotización en la condición de trabajador/a a tiempo parcial se realiza en función del número de horas, algo que quizá en algunos (¿muchos?) casos no se adapta del todo a tareas –más típicas de la actividad *on-line*– que se realizan durante minutos provocando desajustes que puede ser necesario tener en cuenta.

Las otras dos opciones, con sus variantes, nos sitúan en el ámbito del trabajo autónomo. Para empezar, la condición de trabajador por cuenta propia en los términos del artículo 305.1 LGSS [también la de TRADE *ex* artículo 305.2, f) LGSS] llevaría, en principio, al encuadramiento obligatorio en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos con las obligaciones correspondientes. Pero los requisitos plasmados en el citado precepto no siempre son satisfechos; en particular, es previsible que en muchos casos la prestación del servicio se realice de una manera esporádica o residual. Ello nos permite diferenciar los dos supuestos anunciados.

Cabe, por un lado, que el rasgo de marginalidad desvirtúe la exigencia de ‘habitualidad’ prevista en el citado precepto. El citado artículo 305.1 LGSS prevé la inclusión obligatoria en el RETA cuando una persona física mayores de 18 años realiza una actividad económica o profesional a título lucrativo de forma personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, siempre que también concorra esa nota de ‘habitualidad’ como prueba de que tal actividad constituye un medio de vida, siquiera complementario.

Fronte al criterio original que atendía a la duración normal de la actividad por cuenta propia⁴⁸, una jurisprudencia consolidada identifica como habitual aquella que genera unos ingresos para el individuo equivalentes al menos a la cuantía del Salario Mínimo Interprofesional⁴⁹. Buena parte de la doctrina considera que la solución es poco satisfactoria⁵⁰ por su incierta aplicación⁵¹. Este juicio crítico se agrava al aplicar este criterio a las nuevas actividades desarrolladas a través de plataformas digitales en las que precisamente puede resultar mucho más sencillo la medición

“... esporádico de reparar y zurcir sacos...” merecía la consideración “... en razón de su jornada y forma de realización...” de “... marginal y no constitutivo de medio fundamental de vida y por tanto excluido del Régimen General...”.

⁴⁸ De hecho, así lo consagra todavía el artículo 2.2 del *Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos*.

⁴⁹ Véanse las SsTS 29 de octubre de 1997 (rec. 406/1997) y 20 de marzo de 2007 (rec. 5006/2005). En 2018, el SMI mensual asciende a 735,90 euros.

⁵⁰ Desdentado-Tejerina P. 61. Cervilla Garzón p.2

⁵¹ Entre los problemas de interpretación específicos hay que determinar qué ingresos (y gastos) se tienen en cuenta. Al respecto, se ha entendido que han de computarse los ingresos netos (STSJ-Comunidad Valenciana 21 de junio de 2000).

del tiempo de trabajo⁵². Probablemente ello explica que la reciente Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo inste a reflexionar acerca de este concepto con el fin de determinar su contenido⁵³. Téngase en cuenta que la previsión que contempla la posibilidad de que el trabajo autónomo se realice a tiempo parcial –con la consiguiente inclusión en el RETA– ha de entrar en vigor, si no vuelve a suspenderse, el 1 de enero de 2019⁵⁴. Es evidente que en el marco regulador resultante el actual criterio (de ingresos) resultaría inadecuado⁵⁵.

Lo importante es tener claro que, a la espera de alguna modificación normativa, la falta de habitualidad en el desarrollo de la actividad implica la exclusión del RETA con dos consecuencias: la ausencia de obligación de cotizar y, consiguientemente, la falta de protección por parte del sistema de Seguridad Social.

Esto último apunta directamente a uno de los problemas que se plantean en aquellos casos en los que la actividad sí se realiza de forma habitual. Como segunda posible solución en el caso de ‘colaboradores’ de plataformas con condición de autónomos, el alta obligada en el RETA genera una carga que puede llegar a ser muy pesada para esos trabajadores, algo que a menudo dar lugar a situaciones de fraude, especialmente en un país como España con un importante volumen de economía irregular. En realidad, esta apreciación podría ser interpretada como una señal de dependencia económica y, como tal, de laboralidad y, en todo caso, llama la atención sobre la necesidad de integrar dentro del sistema de Seguridad Social este tipo

⁵² En este sentido, TODOLÍ SIGNES, A. *El trabajo...*, *op. cit.*, p. 98.

⁵³ “En el ámbito de la Subcomisión para el estudio de la reforma del Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos constituida en el Congreso de los Diputados, y oídos los representantes de los trabajadores autónomos, se procederá a la determinación de los diferentes elementos que condicionan el concepto de habitualidad a efectos de la incorporación a dicho régimen. En particular, se prestará especial atención a los trabajadores por cuenta propia cuyos ingresos íntegros no superen la cuantía del salario mínimo interprofesional, en cómputo anual”.

⁵⁴ La previsión del trabajo autónomo a tiempo parcial fue introducida por la Ley 27/2011. Se concreta en el artículo 1.1 LETA (la “... actividad autónoma o por cuenta propia podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial”), en el artículo 24 LETA (“... trabajadores por cuenta propia que ejerzan su actividad a tiempo parcial estarán incluidos, en los supuestos y conforme a las condiciones reglamentariamente establecidas, en el [RETA]”) y artículo 25 LETA [“(c)onsiderando los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera, la Ley podrá establecer un sistema de cotización a tiempo parcial para los trabajadores autónomos, para determinadas actividades o colectivos y durante determinados periodos de su vida laboral”]. Ha sido la Disposición Final 17.1 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2017 la que ha fijado la fecha de entrada en vigor en 2019, al tiempo que ha eliminado la coetilla que complementaba esta última previsión señalando que “(e)n su defecto, se aplicarán la disposición adicional séptima del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social sobre normas aplicables a los trabajadores contratados a tiempo parcial”. Casi en paralelo, la Disposición Adicional 5ª de la Ley 6/2017 prevé que en el marco de la Subcomisión para el estudio de la reforma del RETA se lleve a cabo el “... desarrollo reglamentario del artículo 25 [LETA] para las actividades o colectivos que se consideren, y en todo caso vinculado a periodos concretos de su vida laboral”.

⁵⁵ Téngase en cuenta, igualmente, que ya hoy se contempla una cotización inferior a la base mínima ordinaria para el RETA en el caso de trabajadores por cuenta propia dedicados a la venta ambulante (incluidos los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado) a domicilio “... en los términos y condiciones que determine la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada ejercicio”. Véase el artículo 116.Cinco LPGE para 2017 (Ley 3/2017) y artículo 15.6, 7, 8 y .11 de la *Orden ESS/106/2017, de 9 de febrero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2017*.

de actividades ‘marginales’ (parciales) que, ligadas a la profundización de la digitalización de la economía, están llamadas a tener un peso mucho más relevante⁵⁶.

Por último, un apunte específico merecen los supuestos (previsiblemente más frecuentes) de pluriactividad y de pluriempleo⁵⁷. En ambos casos, pueden darse sobre el papel dos tipos de situaciones. Una primera es aquella en la que el trabajo realizado para la plataforma digital constituye la principal actividad desarrollada y, por tanto, la principal fuente de ingresos. No cabe duda de la vulnerabilidad de este tipo de trabajadores (sean autónomos o asalariados), de ahí la importancia de garantizar su inclusión en el sistema de Seguridad Social, algo que hoy no sucede si se trata de autónomos sin ‘habitualidad’.

Algo diferente parecerían, en principio, aquellos otros casos en los que el trabajo para las plataformas digitales tiene un carácter suplementario de otra actividad que se realiza con plena dedicación: podría tratarse, por ejemplo, de un trabajo asalariado desarrollado de lunes a viernes, o del seguimiento de estudios universitarios o de formación profesional. Aquí la actividad digital se presentaría como una forma ¿sencilla? para lograr unos ingresos adicionales que, en principio, no serían imprescindibles para garantizar unas determinadas condiciones de vida. De hecho, este es el ‘reclamo’ con el que a menudo muchas plataformas digitales tratan de captar colaboradores. Y precisamente por ello se ha ser consciente del efecto negativo que la generalización de este planteamiento –dar por hecho que los ‘colaboradores’ se encuentran en esta situación– puede tener para el conjunto de trabajadores en plataformas. Desde esta perspectiva, conviene insistir en la necesidad de que en todos estos supuestos, sea cual sea el tiempo de trabajo y la remuneración, se contemple la obligación de cotizar en el régimen correspondiente de la Seguridad Social⁵⁸. De nuevo, si la carga debe ser asumida por los ‘colaboradores’ existe un serio riesgo de fraude⁵⁹, lo cual vuelve a poner de manifiesto la necesidad de apreciar el carácter laboral de la relación.

4.2. Los riesgos de insuficiencia protectora

⁵⁶ Sobre el creciente peso que este tipo de actividades tienen dentro del denominado ‘trabajo atípico’ (non-standard employment), véase el interesante trabajo de: Spasova, S. – Bouget, D. - Ghailani, D. – Vanhercke, B. *Access to social protection for people working on non-standard contracts and as self-employed in Europe. A study of national policies*, European Social Policy Network (ESPN), European Commission, Bruselas, 2017.

⁵⁷ Se han mejorado las condiciones para el desempeño de varias actividades en los últimos años. Véase: See: Ballester Pastor, I. *Trabajo y protección social del autónomo. Un estudio sobre su precariedad*, Atelier, Barcelona, 2016, p. 136. En este sentido se sitúa la nueva previsión de la Ley 6/2017 que modifica el artículo 313 LGSS en relación con el rescate de una parte de las cotizaciones realizadas por cuenta propia en casos de pluriactividad.

⁵⁸ Véase en el caso francés: Amar, N. – Viossat, L.c. “Les plateformes collaboratives, l’emploi et la protection sociale”, Inspection Général des Affaires Sociales, IGAS- Rapport, No. 2015-121R, p. 98

⁵⁹ En este sentido, la previsión de recibir la devolución de las cotizaciones abonadas al RETA, reforzada por la Ley 6/2017, puede ser una medida que, al menos, no repercuta negativamente en términos de acción protectora. (Vid. la previsión del vigente artículo 313.1 LGSS, en virtud del cual, se reconoce “... el derecho al reintegro del 50 por ciento del exceso en que sus cotizaciones superen la cuantía que se establezca a tal efecto por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada ejercicio, con el tope del 50 por ciento de las cuotas ingresadas en este régimen especial”. Tal cuantía se fijó en 12.739,08 euros por el artículo 106.Cinco de la Ley 3/2017).

A partir de la determinación de la naturaleza jurídica de la relación contractual entre la plataforma digital y la persona ‘colaboradora’, con el consiguiente encuadramiento dentro del sistema de Seguridad Social, se plantean dos tipos de riesgos respecto de la acción protectora: una desprotección total, por la exclusión del sistema, o parcial, por la falta de cobertura de alguna contingencia; y una protección insuficiente, inadecuada por la precariedad de las condiciones de trabajo (asalariado o por cuenta propia) y su proyección en un sistema contributivo como el nuestro. Vayamos por partes.

Cabe, en primer lugar, que la falta de habitualidad implique la exclusión del sistema y, por tanto, la falta de protección ante cualquiera de los riesgos que el resto de la población ocupada sí tiene cubiertos, incluso cuando se trata de trabajos por cuenta ajena con jornadas muy reducidas. Tal circunstancia no es irrelevante en un país en el que la economía sumergida tiene un peso alarmante si lo comparamos con el entorno europeo: la ausencia de obligación de alta para el desempeño de estas actividades parece favorecer, desde esta perspectiva, que la integración en el sistema no se produzca en la medida en que supone un ahorro para la empresa principalmente (si fuera laboral) o para el propio trabajador (si fuera autónomo, falso o no).

Un segundo escalón en la insuficiencia protectora afecta a quienes tienen la condición de trabajadores autónomos (ordinarios o TRADEs) dentro del RETA. Hay que tener en cuenta que, pese a la progresiva convergencia en la delimitación de las contingencias protegidas respecto del Régimen General, persisten todavía diferencias entre regímenes⁶⁰. En particular, en el RETA la protección por contingencias profesionales y por cese de actividad –prestación alternativa al desempleo– sigue siendo voluntaria para todos los autónomos, salvo para los TRADEs y aquellos que realicen actividades que presentan un mayor riesgo de siniestralidad⁶¹, lo que supone que en la práctica cinco de cada seis no tienen cobertura; solo pueden acceder a la jubilación anticipada en la modalidad voluntaria, no en aquella en la que el cese en la actividad es involuntario⁶²; y la jubilación parcial sigue pendiente desde 2007 de desarrollo reglamentario⁶³. Téngase también

⁶⁰ Ciertamente es que, en términos comparados, el nivel de cobertura de los autónomos en España es aceptable. *Vid.* Spasova, S. – Bouget, D. – Ghailani, D. – Vanhercke, B. *Access to...*, *op. cit.*.

⁶¹ Véanse los artículos 316 (cuyo apartado 2 ahora contempla la protección del accidente *in itinere*), 327 y 333 TRLGSS. Por su parte, la Disposición Adicional 3ª LETA se refiere al supuesto de protección obligatoria ante situaciones con mayor riesgo de actividad. Hay que lamentar que la previsión de ampliación de la cobertura por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a todos los regímenes prevista por la Ley 27/2011 no llegara a entrar en vigor y fuera derogada por la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015.

⁶² *Vid.* artículo 318, d) LGSS

⁶³ Así lo prevé hoy el artículo 318, d) LGSS (antes Disposición Adicional 8ª.4 LGSS/1994). De nuevo la Disposición Adicional 6ª de la Ley 6/2017 insta, a modo de una proposición no de ley, a regular “... el acceso a la jubilación parcial de los trabajadores del citado régimen, incluida la posibilidad

en cuenta que las dificultades para acumular largos periodos de cotización (las carreras profesionales son, con carácter general, más cortas)⁶⁴ repercute no solo en la cuantía, como en seguida veremos, sino en el acceso a prestaciones que exigen un periodo mínimo de cotización, como la pensión de jubilación o la prestación por desempleo.

Por último, dentro de este plano jurídico-material se plantea también un serio problema de inadecuación de las prestaciones, entendida como un nivel de protección insuficiente. En un sistema contributivo como el nuestro, este riesgo de ‘infraprotección’ deriva de un bajo nivel de cotizaciones previas, una circunstancia que puede venir asociada a dos situaciones. Por un lado, el trabajo para plataformas digitales suele caracterizarse, como hemos visto, por rasgos de intermitencia y de reducción del tiempo de trabajo en la medida en que se trata de prestaciones de servicios ‘a llamada’; y ello al margen de la naturaleza contractual, laboral o no. Por otro, las particularidades propias del diseño del RETA –básicamente la voluntariedad en la elección de la base de cotización y las posibles dificultades que puede encontrar determinado tipo de autónomos para asumir la carga de las cotizaciones– parecen condicionar en muchos casos esfuerzos contributivos limitados⁶⁵.

Como reflexión general de cierre de este apartado, se observa que se desdibujan algunos de los presupuestos que han servido históricamente para el desarrollo y consolidación de los modelos de lógica contributiva, una circunstancia que pone en cuestión la eficacia del sistema de Seguridad Social o, al menos, exige algún tipo de respuesta para evitar que las desigualdades y los fallos de cobertura deslegitimen el sistema. Así, junto a la necesidad de garantizar unas condiciones de trabajo dignas en las emergentes actividades económicas a través de plataformas digitales, se hace cada vez más imprescindible el establecimiento (o reforzamiento) de mecanismos de naturaleza no contributiva que sirvan para compensar la inestabilidad de las carreras profesionales y de cotización. Solo por esta vía podría evitarse una reducción significativa de la cuantía media de las prestaciones y de la pensión de jubilación, en particular.

Desde esta perspectiva, puede anticiparse que la trayectoria profesional de este tipo de trabajadores de plataformas se habrá de parecer a la característica hoy de muchas mujeres trabajadoras que sufren una discriminación estructural,

de contratar parcialmente o por tiempo completo a un nuevo trabajador para garantizar el relevo generacional en los supuestos de trabajadores autónomos que no cuentan con ningún empleado”.

⁶⁴ Si atendemos a las nuevas altas, constatamos que casi el 73% ha cotizado al menos 35 años en el Régimen General, mientras que apenas supera el 61% en el RETA. En este régimen especial, alrededor del 30% de las nuevas altas acceden a la pensión habiendo cotizado menos de 30 años. Téngase en cuenta, además, que el 86% de los autónomos cotizan por la base mínima (Fuente: Ministerio de Empleo y Seguridad Social).

⁶⁵ La base media de cotización en el RETA es sólo un 61% de la base media en el Régimen General de la Seguridad Social (MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, *Informe económico-financiero a los Presupuestos de la Seguridad Social 2017*, MESS, 2017, pp. 117 ss.).

primero, en el mercado de trabajo y, después, en el sistema de Seguridad Social: la combinación de interrupciones en la carrera profesional, trabajos a tiempo parcial y niveles bajos de remuneración nos ha de conducir peligrosamente a la consolidación de una nueva categoría de ‘trabajadores atípicos’ cuyos derechos en la Seguridad Social habrán de resentirse en términos de adecuación.

En relación con este aspecto, la orientación de los cambios normativos de los últimos años –en España, pero también en otros países europeos– dirigidos a reforzar el principio contributivo parece también obviar el impacto negativo en términos de protección que el nuevo marco normativo ha de tener para los trabajadores más vulnerables y, en particular, los de la economía digital. Es el caso significativo de la reforma paramétrica de pensiones de 2011 que al endurecer los requisitos de acceso a la pensión de jubilación (retraso de edad ordinaria, ampliación de los años exigidos para el disfrute de una pensión plena) incrementa la relación de proporcionalidad entre las cotizaciones realizadas a lo largo de la vida profesional y las prestaciones disfrutadas posteriormente con los consiguientes riesgos⁶⁶. O es el caso de la protección por desempleo que también se vio negativamente afectada por un endurecimiento de la contributividad, particularmente en el caso de los trabajadores a tiempo parcial⁶⁷.

4.3. Los retos para la financiación del sistema

Hay que anotar como tercer problema para la Seguridad Social el impacto negativo que las características de esta actividad económica a través de plataformas digitales han de producir en la financiación del sistema y en su futura sostenibilidad. El actual diseño de corte bismarckiano de las fuentes de ingresos descansa fundamentalmente en las cotizaciones sociales, que representan poco menos del 90% del total de recursos del sistema. Ello significa que el progresivo crecimiento de este tipo de economía amenaza con limitar la recaudación por cotizaciones en la medida en que, como se ha visto, las nuevas actividades no dan siempre lugar al encuadramiento en la Seguridad Social y en supuestos de alta suelen llevar aparejados niveles de cotización más bajos de los habituales por el número de horas trabajadas y las bajas remuneraciones.

Las consecuencias son preocupantes en un doble sentido. De un lado, este deterioro de las cotizaciones sociales como fuente de financiación resulta alarmante en una coyuntura tan desfavorable como la actual, marcada por un persistente y

⁶⁶ Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. La orientación de la reforma de 2013 (Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social) va más allá del reforzamiento de la contributividad: impone el equilibrio presupuestario a costa, previsiblemente, de reducir sustancialmente la cuantía de las pensiones.

⁶⁷ Véase el *Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad* (artículo 17).

creciente desequilibrio presupuestario –superior al 1% del PIB desde 2012, en el entorno del 1,7% en 2017– que, unido a otras decisiones políticas cuestionables, ha obligado a prácticamente agotar el Fondo de Reserva (apenas quedan 8.000 millones de euros) y a pedir un préstamo de más de 10.000 millones para el pago de las prestaciones del último ejercicio.

Y, de otro, no hay visos de que la situación vaya a corregirse, ni siquiera en el medio plazo, como consecuencia de la poco vigorosa recuperación de los ingresos⁶⁸ (mucho más lenta que la de creación de empleo)⁶⁹; y, sobre todo, de la previsible intensificación del crecimiento de los niveles de gasto a consecuencia de la jubilación de las primeras cohortes de la generación del *baby boom* que empezará a manifestarse a partir de mediados de la próxima década.

Este conjunto de circunstancias y su incidencia en el sistema de Seguridad Social parecen forzar, antes o después, la introducción de cambios en el diseño de las fuentes de financiación de aquél. Vista la debilidad estructural a la que parecen abocados los ingresos por cotizaciones sociales, es razonable plantear un reequilibrio del modelo financiero que permita incrementar la aportación del Estado vía presupuestos. Con dos posibles orientaciones de capital importancia en la medida en que habrán de conducir al sistema de Seguridad Social por caminos bien distintos en función del nivel de recursos finalmente disponibles.

En uno de ellos, el aumento de la aportación de recursos por el Estado favorecería una reducción (limitación) de los ingresos por cotizaciones sociales. Este cambio podría constituir un primer paso hacia la progresiva transformación de nuestra Seguridad Social en un modelo de corte *beveridgeano* centrado fundamentalmente en la reducción de la pobreza a través de prestaciones de naturaleza asistencial. En tal caso, la participación en instrumentos privados de protección social complementaria –planes de pensiones, señaladamente, de naturaleza empresarial o individual– resultaría imprescindible para el mantenimiento del nivel de vida de los trabajadores, lo cual podría ser muy problemático para todos los trabajadores atípicos (los de plataforma incluidos) a la vista de la precariedad existente. No parece por ello una opción atractiva salvo que, como alternativa, ello sirviera para impulsar la propuesta de una renta básica universal, una vieja idea con la que se trata de dar respuesta a los problemas de creciente desigualdad e inestabilidad laboral, y a la posible destrucción de puestos de trabajo por la

⁶⁸ Pese a que se apreciar cierta recuperación en el último año, hay que tener en cuenta lo siguiente. En 2016 el número medio de “afiliados” (cotizantes en alta) se situó en 17.600.801 frente a los 17.433.162 de 2011, un 1% más. Sin embargo, los ingresos por cotizaciones del pasado ejercicio no pasaron de 103.640 millones de euros, frente a los 105.312 millones de 2011, un descenso del 1,6%. Y ello al tiempo que la ocupación crecía por encima del 3,4%. La pobre calidad del empleo creado es notoria.

⁶⁹ Pese a todo, queda todavía pendiente la creación de 1,7 millones de puestos de trabajo para alcanzar el nivel más alto alcanzado en 2007. Para corregir el actual desequilibrio de las cuentas se necesitarían 3,2 millones de nuevos empleos (si les correspondiera la base media de cotización presente) y 4,3 millones, si tomamos como referencia la base media de los que entran al mercado laboral.

robotización⁷⁰. Esta opción supondría un cambio radical en el esquema protector, razón por la cual, quizá, no se ha planteado seriamente en España⁷¹.

El otro camino pasaría por la preservación del sistema de Seguridad Social de corte profesional (*bismarckiano*) que hoy conocemos, y en el que las cotizaciones juegan un papel clave a efectos de la financiación del sistema y de la generosidad de las prestaciones. En concreto, este esquema de protección (y financiación) se haría compatible con un incremento significativo de la aportación del Estado proveniente de impuestos generales, de manera que sirviera para corregir una excesiva dependencia de las cotizaciones sociales en un contexto productivo y demográfico muy distinto. Se reforzaría así la estructura financiera del sistema, un aspecto clave para garantizar su sostenibilidad económica y social.

La apuesta por esta solución exige identificar los posibles instrumentos impositivos que podrían utilizarse para reforzar la situación financiera del sistema. Esta cuestión excede sin duda el objeto de análisis de este trabajo. Pero algún comentario sí parece oportuno sobre una de las propuestas que empiezan a barajarse como solución: la creación de un impuesto sobre los robots (*robot tax*). Con carácter general, parece lógico pensar que el impacto de la digitalización en la economía con la consiguiente pérdida de peso del trabajo como factor productivo ha de llevar a un profundo replanteamiento del sistema fiscal que ya hoy resulta manifiestamente insatisfactorio en España. Concretamente, la preservación del equilibrio de las rentas del trabajo y las rentas de capital en el reparto de la riqueza nacional nos ha de llevar a gravar más estas últimas como vía para la realización de la función redistributiva propia de los sistemas de Seguridad Social a través del reconocimiento de prestaciones adecuadas. Desde esta perspectiva, más que apostar por la imposición de una cotización adicional ligada al proceso de cambio tecnológico, podría tener más sentido la creación de un impuesto finalista que sirviera para garantizar una sólida estructura de financiación del sistema. Sea como fuere, se trata de que el incremento del peso de la aportación estatal en la financiación se utilice para reforzar los mecanismos de solidaridad del modelo, algo imprescindible para hacer frente a la creciente precariedad laboral y profesional.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

La digitalización de la economía y, de forma particular, la prestación de servicios a través de plataformas digitales (‘uberización’) ponen de manifiesto la crisis que sufre el estatuto salarial característico de la *société de semblables* de la que hablaba el sociólogo francés R. CASTEL. Este emergente entorno económico

⁷⁰ OECD, “Basic income as a policy option: Can it add up?”, *Policy Brief on the Future of Work*, 2017 (<https://www.oecd.org/els/emp/Basic-Income-Policy-Option-2017.pdf>).

⁷¹ El debate en nuestro país sigue centrado –con relativo poco éxito– en la creación de una renta mínima garantizada cuyo presupuesto es la acreditación de la falta de ingresos.

marcado por la ‘liquidez’ del trabajo amenaza con provocar el derrumbamiento del marco normativo de garantías sociolaborales minando así los presupuestos políticos, jurídicos y económicos de los Estados de bienestar. Las dos manifestaciones más evidentes son el cuestionamiento de la centralidad de la clase trabajadora (asalariada), y la quiebra del pacto social entre trabajo y capital. Al mismo tiempo, se da la paradoja de que la acción protectora pública se convierte en algo aún más necesario ante la precariedad de las condiciones de trabajo y la extensión del riesgo de ausencia o insuficiencia de ingresos.

Por ello, siguiendo a D. MEDA⁷² –quien ha advertido de las graves consecuencias que esta transformación podría tener en términos de desigualdad y de debilitamiento de la cohesión social–, conviene hacer frente a este nuevo escenario adaptando los mecanismos de reequilibrio y de redistribución propios de las instituciones de un Estado de bienestar, en particular, el ordenamiento jurídico laboral y la Seguridad Social, a los condicionantes derivados de un trabajo (en cierto sentido) diferente. Dicho en otras palabras, lejos de renunciar a las instituciones que configuran el Estado de bienestar, el desafío pasa por adaptar los mecanismos redistributivos propios de éste a los nuevos tiempos.

En concreto, se han de atajar dos grandes problemas. Uno es que ante el creciente peso de las nuevas formas de trabajo atípico (entre las que hay que incluir las ligadas a la economía de plataformas digitales) la articulación de una lógica protectora basada en la estrecha vinculación con la trayectoria profesional da lugar a una reconfiguración de los riesgos económicos con dos marcadas tendencias de individualización y de polarización social. Pero, además, hay un segundo problema derivado de este tipo de trabajo tan endeble cual es que el sistema de Seguridad Social se habrá de enfrentar con una cantidad menguante de recursos provenientes de cotizaciones sociales el reto mayúsculo que supondrá el importantísimo crecimiento del número de pensionistas por el envejecimiento de la población.

A lo largo del presente trabajo se han ido analizando la diversidad de problemas concretos que el auge de la economía de plataformas digitales está generando, o ha de generar en un futuro cercano, en nuestro país. Cabría reseñar las siguientes conclusiones.

Primero, hay que resolver las dificultades generadas por la clasificación legal de la relación establecida entre las plataformas digitales y los ‘colaboradores’. Ello exige la realización de algunos ajustes en el marco jurídico laboral que sirvan para preservar el estatuto laboral en los casos (habituales) de subordinación económica. Hay que rechazar, por tanto, las propuestas que plantean un reforzamiento del régimen jurídico de los TRADEs; tampoco resulta convincente la creación de una relación especial de trabajo. La respuesta debe articularse dentro del Estatuto de los Trabajadores, quizá a través de una reforma del artículo 13 ET

⁷² MEDA, D. (2013) *Réinventer le travail*, Puf, Paris.

relativo al trabajo a distancia.

En segundo término, resulta imprescindible que cualquier tipo de prestación de servicios profesional, sea como trabajo asalariado o como trabajo por cuenta propia, dé lugar al alta y al nacimiento de las correspondientes obligaciones de cotización como presupuesto para el disfrute posterior de prestaciones sociales. En el caso del trabajo autónomo, especialmente del marginal, es evidente que un cambio de esta naturaleza debe venir de la mano de una reforma profunda del modelo de financiación por cotizaciones sociales, desterrando la voluntariedad e imponiendo un criterio basado en los ingresos obtenidos; en definitiva, un esquema similar al de los trabajadores asalariados en el Régimen General.

En tercer lugar, el trabajo desarrollado en el ámbito de la economía de plataformas digitales como manifestación destacada de un empleo 'atípico' pone al descubierto las contradicciones y peligros del reforzamiento de la lógica contributiva del sistema de Seguridad Social⁷³. A la vista del tipo de carreras profesionales características del entorno económico emergente, parece evidente que la precariedad laboral no solo está llamada a proyectarse en el sistema de Seguridad Social, sino que, aún peor, se ha agravado como consecuencia de ese principio de contributividad siempre que este no sea compensado a través de mecanismos redistributivos inspirados en una lógica solidaria.

Y, por último, hay que ser conscientes de la necesidad de adaptar la estructura financiera del sistema de Seguridad Social a un entorno productivo distinto en el que el creciente peso del capital como factor de producción y la extensión del trabajo *just-in time* castigan una excesiva dependencia de las cotizaciones sociales. La diversificación de fuentes y, en concreto, la atribución de un papel más destacado al Estado a través de la política impositiva parece el camino indicado. Y aunque cabe pensar en muy diversas opciones para incrementar la aportación estatal, la introducción de un impuesto finalista que grave la riqueza y las rentas de capital merece ser seriamente considerada.

⁷³ En esta línea se ha de situar la propuesta surgida en el entorno del sector financiero de convertir nuestro modelo de pensiones en un sistema de cuentas notariales.

EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN LAS RELACIONES DE TRABAJO ATÍPICAS: APUNTES SOBRE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA*

CRISTINA ALESSI

Profesora Titular de Derecho del Trabajo
Universidad Autónoma de Madrid

EXTRACTO

Palabras Clave: Contrato temporal, Igualdad, no discriminación directa ni indirecta, TJUE

El ensayo analiza la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el principio de igualdad de trato de los trabajadores atípicos y de los trabajadores *standard* y el impacto sobre la regulación italiana del trabajo atípico. Para ello se reconstruye la estructura de la prohibición de la discriminación como discriminación directa, que, sin embargo, de acuerdo con las directivas, puede estar justificada. A continuación, se pregunta si la prohibición de discriminación también incluye la prohibición de la discriminación indirecta. Aunque se trata de una prohibición formulada de manera diferente, la respuesta positiva puede deducirse del TJUE.

La prohibición de la discriminación indirecta por razón de sexo (u otros factores, como la edad) puede ser útil para proteger a los trabajadores atípicos cuando la comparación con los trabajadores *standard* no revela un trato desigual. De ahí que el análisis pase a analizar cuestiones relacionadas con la antigüedad, que ha provocado una litigiosidad considerable en Italia.

Se concluye que la prohibición de discriminación es el único instrumento de protección contra la flexibilidad del trabajo. Por ese motivo se ha ampliado el alcance del principio de no discriminación, aunque a veces tenga resultados cuestionables, como ha ocurrido en materia de prestaciones de los sistemas públicos de seguridad social.

ABSTRACT

Key Words: Temporary contract, equality, non-discrimination direct or indirect, ECJ

The article analyses the case law of the Court of Justice of the European Union on the principle of equal treatment of atypical workers and the workers standard and the impact on the Italian Regulation of atypical work. This is rebuilt the structure of the prohibition of discrimination as direct discrimination, which, according to the guidelines, however, may be justified. Then, asked whether the prohibition of discrimination also includes the prohibition of indirect discrimination. Although it's a prohibition formulated differently, the positive response can be deduced from ECJ. The prohibition of indirect discrimination on grounds of sex (or other factors) as the age can be useful to protect atypical workers when the comparison with the workers standard does not reveal unequal treatment. Hence the analysis pass to analyze issues related to antiquity, which has provoked a considerable litigation in Italy.

It is concluded that the prohibition of discrimination is the only instrument of flexibility of labour protection. That is why is has expanded the scope of the principle of non-discrimination, although it sometimes has questionable results, as it has happened in the field of public systems of social security benefits.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN ENTRE DERECHO EUROPEO Y NACIONAL
2. LA ESTRUCTURA DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LOS TRABAJADORES ATÍPICOS Y LA CUESTIÓN DE LAS JUSTIFICACIONES
3. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DEL TIPO DE CONTRATO Y DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO
4. TRABAJO ATÍPICO Y EFECTOS SOBRE LA VIDA LABORAL: LA CUESTIÓN DE LA ANTIGÜEDAD
5. TRABAJO ATÍPICO, FLEXIBILIDAD E INTERESES DE LA EMPRESA
6. EL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

1. INTRODUCCIÓN. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN ENTRE DERECHO EUROPEO Y NACIONAL

En el marco europeo sobre relaciones de trabajo atípico, la prohibición de discriminación reviste especial importancia; aunque con algunas diferencias, que se discutirán a continuación, las directivas 99/70/CE sobre el trabajo de duración determinada, 97/81/CE sobre el trabajo a tiempo parcial y 2008/104/CE sobre el trabajo a través de empresas de trabajo temporal, es el principal instrumento de protección de los trabajadores que forman parte de una relación *non standard*¹. A esta prohibición se añaden, en la directiva sobre contratos de duración determinada y en la directiva sobre trabajo mediante empresas de trabajo temporal, las medidas para prevenir los abusos, que requieren la intervención del Estado, mientras que el principio de no discriminación, como se establece en la cláusula 4 de la directiva 97/81/CE y de la directiva 99/70/CE, está colocado dentro de las previsiones *self executing*².

La interpretación ofrecida por el Tribunal de Justicia a la prohibición de discriminación ha contribuido a reforzar tanto su alcance como su ámbito de aplicación, con importantes repercusiones en la legislación interna de los Estados miembros. Desde esta perspectiva, el principio de no discriminación se ha convertido en el verdadero eje de las directivas mencionadas, debido también a la débil estructura de las medidas para prevenir los abusos que, como se verá, han

¹ La literatura sobre el tema es considerable. Véanse, entre muchos, Aimo 2012; Alessi 2012, p. 88 y sucesivas.; Zappalà 2012, espec. p. 162 y sucesivas.; Corazza 2013; Ferrara 2012, espec. p. 138 y sucesivas.

² Es una posición jurisprudencial bien conocida del Tribunal. Véase, por último, en relación con la directiva sobre el trabajo de duración determinada, STJUE de 9 de febrero de 2017 (ord.), C-443/16, *Rodrigo Sanz*, apartado 55; para el trabajo a tiempo parcial STJUE 22 de abril de 2010, C-486/08, *Zentralbetriebsrat*, apartado 24 y 25. Véanse además STJUE de 7 de setiembre de 2006, C-180/04, *Vassallo*, apartado 35 y ss.; STJUE de 15 de abril de 2008, C-286/06, *Impact*, apartado 78 y ss.

sido debilitadas por el Tribunal de Justicia, a pesar de haber dado lugar a juicios de gran importancia mediática³.

La prohibición de discriminación también se considera una medida general de protección también en el *Pilar europeo de derechos sociales* adoptado recientemente por la Comisión Europea⁴, que «amplía la garantía de igualdad de trato más allá de las tres formas de relaciones laborales actualmente cubiertas por el acervo de la Unión (trabajo de duración determinada, a tiempo parcial y trabajo a través de empresas de trabajo temporal) y establece un trato igual para los trabajadores, independientemente del tipo de relación laboral». Sin embargo, una aclaración, unas líneas más adelante, ensombrece tal afirmación; en ella se indica que dicho *Pilar* permite a los empresarios la flexibilidad necesaria para adaptarse a los cambios en el contexto económico, y estas adaptaciones pueden incluir «el trato diferenciado justificado por factores objetivos». Se volverá sobre este tema más adelante; sin embargo, se puede anticipar que, si bien las directivas mencionadas ya prevén la posibilidad de diferenciar el trato de los trabajadores atípicos por de razones objetivas (desde este punto de vista, por lo tanto, el *Pilar* no parece añadir novedades), la interpretación del Tribunal de Justicia es de todo menos permisiva. Sin embargo, el aspecto más significativo del *Social Pillar* es el equilibrio entre el reconocimiento de protección de los trabajadores no *standard* y la apertura hacia necesidades de flexibilidad por parte de las empresas⁵, un equilibrio que se deriva, como se tratará de demostrar, también por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Por último, en el marco del ordenamiento que se describe, podría tener un impacto de bastante importancia la evaluación Refit⁶ de las directivas sobre el trabajo de duración determinada y sobre el trabajo a tiempo parcial, anunciada por el Pilar de los derechos sociales y prevista para finales de 2017, de la cual,

³ La referencia se atiene a la famosa sentencia sobre los precarios de la escuela italiana, que no resulta particularmente innovadora desde el punto de vista del contenido; por el contrario, es más interesante el diálogo que se establece, gracias a eso litigio, entre el Tribunal Constitucional italiano y el Tribunal de Justicia. Véase STJUE de 26 de noviembre de 2014, C-22/13, C-61-63/13, C-418/13, *Mascolo e altri c. MIUR*, en *RIDL*, 2015, II, p. 309 y ss., así como también el comentario de Calafà 2015a.; C. cost. de 20 de julio de 2016, n.º 187, en *RGL*, 2017, II, p. 4 y ss. y el comentario de Aimò 2017.

⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales*, 26 de abril de 2017, COM (2017) 250 final. En el Pilar véase también el documento de trabajo de los servicios de la Comisión que acompaña el citado documento, 26 de abril de 2017, SWD (2017) 201 final.

⁵ En el Capítulo II, titulado «Condiciones de trabajo justas», se afirma que «deberá garantizarse la flexibilidad necesaria para que los empresarios puedan adaptarse con rapidez a los cambios en el contexto económico».

⁶ El programa Refit (*Regulatory Fitness and Performance Programme*) fue lanzado por la Comisión Europea en diciembre de 2012 [COM(2012) 746], con el objetivo de comprobar la idoneidad y eficacia de la legislación europea y proponer, en su caso, las adaptaciones oportunas. El programa de trabajo sobre las 10 prioridades de la Comisión se encuentra disponible en el sitio web de la Comisión Europea (<https://ec.europa.eu/>).

sin embargo, no se puede encontrar rastro en el programa de trabajo del 25 de octubre de 2016⁷.

Volviendo a la prohibición de discriminación de los trabajadores atípicos, cabe decir que varios países europeos la incluyeron en sus propias leyes antes de la adopción de las directivas sobre la materia; sin embargo, la disposición expresa de la prohibición en las directivas le ha otorgado una base y amplitud inexpugnables que, como demostrará la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, difícilmente puede ser limitada por parte de los Estados miembros. Esto se aplica a las directivas sobre el trabajo a tiempo parcial y de duración determinada, mientras que para el trabajo temporal la cuestión se plantea de forma parcialmente diferente, tanto por el fundamento jurídico de la Directiva 2008/104/CE⁸, como por la formulación de la misma prohibición, que puede estar sujeta a excepciones por parte de los Estados miembros cuando se plantean las condiciones establecidas en el artículo 5 de la Directiva.

En Italia, hasta el año 2000, el principio de igualdad estaba previsto explícitamente para el trabajo de duración determinada⁹, mientras que el de tiempo parcial podría derivarse de las disposiciones legales¹⁰. Para el trabajo a través de empresas de trabajo temporal, el derecho a un trato económico y en las condiciones de trabajo que, en conjunto, no sea inferior al de los trabajadores del usuario, ha sido reconocido explícitamente solo por el Decreto Legislativo n° 276/2003; durante la vigencia del «Paquete Treu», la ley parecía reconocer solo el derecho al mismo trato salarial¹¹. El proceso que ha conducido a la formulación actual de la prohibición de discriminación contra los trabajadores atípicos ha visto, después de la aprobación de las directivas de 1997 y 1999, una sucesión ininterrumpida de reformas del trabajo atípico, destinadas mucho más a introducir dosis adicionales de flexibilidad en el marco legal que a intervenir en el principio

⁷ Véase el anexo II del Programa de trabajo de la Comisión para 2017, *Realizar una Europa que proteja, capacite y vele por la seguridad*, COM(2016) 710 final.

⁸ La directiva 2008/104/CE fue adoptada según el artículo 251 del Tratado de la CE (actualmente artículo 294 del TFUE), que regula el procedimiento legislativo ordinario, tras el fracaso de una larga negociación iniciada en los años 90 en virtud del Protocolo sobre política social anexo al Tratado de Maastricht. Esto dio lugar a una fase de negociaciones, también larga, entre los Estados miembros, precisamente con el fin, entre otras cosas, de disponer el principio de igualdad de trato. En estos aspectos, véase Ferrara 2014, espec. p. 114 y ss.

⁹ Lo preveía el artículo 5 de la ley n° 230/1962, con una formulación muy amplia: «Al trabajador con contrato de duración determinada se le concederán las vacaciones y la prima de Navidad o paga extra así como cualquier otro trato habitual en la empresa para los trabajadores con contratos por tiempo indefinido, en proporción al período de trabajo, siempre que no sea objetivamente incompatible con la naturaleza del contrato de duración determinada».

¹⁰ En particular, las disposiciones en materia de remuneración por hora contenidas en el artículo 5 de la ley n° 863/84.

¹¹ La ley n° 196/1997 (el denominado Paquete Treu), que introdujo por primera vez en el sistema legal italiano el trabajo a través de empresas de trabajo temporal, en el art. 4 reconocía el derecho del trabajador puesto a disposición al mismo salario que los empleados del usuario. En la literatura se debatió sobre extender este derecho a todas las condiciones de trabajo.

de igualdad de trato, que de hecho no se ha tocado hasta la última reforma a la que se refiere el Decreto Legislativo (D. Lgs.) n.º 81/2015, uno de los decretos legislativos de aplicación del *Jobs Act*¹².

En la reforma de contratos atípicos, el legislador también aprovechó la oportunidad para reescribir algunas de las disposiciones sobre igualdad de trato, en particular para el trabajo a tiempo parcial (art.7, D. Lgs. n.º 81/2015), para el contrato de duración determinada (art. 25, D. Lgs. n.º 81/2015), para el trabajo con contrato intermitente (art. 17, D. Lgs. n.º 81/2015) y para el trabajo a través de empresas de trabajo temporal (art. 35, D. Lgs. n.º 81/2015).

La derivación de la prohibición de discriminación de los trabajadores atípicos desde las directivas previamente mencionadas, de hecho, impone que veamos la legislación interna a través de los lentes del Tribunal de Justicia europeo también en materia de discriminación por razón de sexo¹³, porque algunos conceptos y algunas estructuras son ciertamente tomados de la jurisprudencia aluvial del tribunal en esta materia, como se verá más adelante.

2. LA ESTRUCTURA DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LOS TRABAJADORES ATÍPICOS Y LA CUESTIÓN DE LAS JUSTIFICACIONES

De las disposiciones de las directivas en materia de trabajo atípico y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se deduce en primer lugar que la estructura de la prohibición de discriminación contra los trabajadores atípicos es la de la discriminación *directa*. En otras palabras, los trabajadores atípicos no pueden ser tratados de manera menos favorable que los trabajadores *standard* comparables, simplemente, por el hecho de ser parte de un contrato de trabajo atípico. Esto es cierto para los trabajadores con contrato de duración determinada y los trabajadores a tiempo parcial, para quienes el contenido de la cláusula 4 de las dos directivas (99/70/CE y 97/81/CE) es casi idéntico; para los trabajadores cedidos por una empresa de trabajo temporal, la cuestión se plantea en términos algo diferentes, ya que para ellos la igualdad solo se plantea en relación a las «condiciones laborales y de empleo básicas» y la Directiva 2008/104/CE permite a los Estados miembros, en determinadas condiciones, para «establecer formas alternativas de trabajo y de condiciones de empleo que constituyan excepciones al principio» de no discriminación¹⁴. Cabe decir, sin embargo, que el sistema

¹² El término «Job Acts» se refiere a la ley de delegación n.º 183/2014, que permitió lanzar, en Italia, una de las reformas más profundas del mercado del trabajo y de las relaciones laborales de los últimos 20 años. De hecho, basándose en la ley de delegación, el Gobierno (Renzi) emitió 8 decretos legislativos en 2015, incluido el decreto legislativo n.º 81/2015, que revisó la legislación sobre trabajo atípico.

¹³ Un enfoque de este tipo se encuentra en De Simone 2004.

¹⁴ Aimo 2015, p. 643 y ss.

jurídico italiano no ha hecho uso de esta posibilidad de excepción, por lo que desde este punto de vista las prohibiciones siguen teniendo la misma estructura y el mismo ámbito de aplicación y, como se verá en breve, un alcance reforzado respecto a las directivas.

Sin embargo, cualquier trato diferenciado de los trabajadores atípicos puede justificarse sobre la base de *razones objetivas*. Para el trabajo a través de empresas de trabajo temporal, esta aclaración en la directiva no se reproduce, pero la prohibición es derogable, como acabamos de ver.

La predicción de la posibilidad de justificar las diferencias de trato basadas directamente en el tipo de contrato de trabajo constituye un elemento diferencial con respecto a la reconstrucción clásica de discriminación directa (basada en el sexo) como noción no susceptible de justificación, pero con respecto a la cual se pueden hacer excepciones¹⁵. En realidad, no se trata de una gran novedad, desde el momento en que incluso la prohibición de discriminación (directa) por razón de edad prevé la posibilidad de justificación¹⁶, pero sin duda se trata de un aspecto muy delicado; no es una casualidad que el Tribunal de Justicia observe con gran atención las razones aducidas para justificar las diferencias de trato entre los trabajadores *standard* y los atípicos. En concreto, en sus sentencias en materia de igualdad de trato de los trabajadores atípicos, el Tribunal aclaró el concepto de «razones objetivas», realizando una valoración muy similar a la que el mismo Tribunal hace cuando decide sobre la conformidad al derecho de la UE de las excepciones a la prohibición de discriminación directa por razones de sexo. Con arreglo a una fórmula que es ahora una especie de *mantra* en las sentencias del Tribunal, la diferencia de trato entre los trabajadores atípicos y los trabajadores *standard* solo puede justificarse «por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto»¹⁷.

La cuestión es, como hemos dicho, muy delicada precisamente porque el concepto de razones objetivas es parámetro para medir la fuerza y al alcance de la protección de los trabajadores atípicos ofrecida por el derecho europeo y nacional; en otras palabras, es precisamente la posibilidad de justificar las desviaciones del principio de igualdad lo que puede atentar contra la efectividad de la protección de los trabajadores atípicos, que tan laborioso ha resultado construir. De hecho, como

¹⁵ Barbera 1991, p. 201 y ss.; Izzi 2005, p. 37 ss.; Guaglianone 2007, p. 272 y ss.

¹⁶ Véase Bonardi 2007.

¹⁷ Véase, entre otros, STJUE de 8 de septiembre de 2011, C-177/10, *Rosado Santana*, apartado 73, para un contrato de duración determinada; en términos similares STJUE de 1 de marzo de 2012, C-393/10, *O'Brien*, apartado 64, para el contrato de trabajo a tiempo parcial.

intentaremos demostrar, en la perspectiva del derecho europeo, la prohibición de discriminación es la principal (si no la única) forma de protección efectiva, en comparación con el débil conjunto de medidas destinadas a evitar la utilización abusiva, dejadas a la amplia discreción de los Estados miembros y que, además, se ofrecen únicamente para las relaciones atípicas caracterizadas por la duración determinada del contrato y de otras formas de protección «menores», como el principio de voluntariedad en el trabajo a tiempo parcial¹⁸.

Como ya se mencionó, el Tribunal de Justicia (no solo desde ahora) ha considerado con particular rigor las excepciones al principio de igualdad entre trabajadores atípicos y trabajadores *standard*. En numerosas sentencias, el Tribunal señaló que las razones objetivas «pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro»¹⁹; en este sentido también el Tribunal descartó que fuera suficiente para justificar la diferencia de trato que esta sea prevista «por una norma nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo»²⁰. También las justificaciones basadas en razones de política social o económica deben ser consideradas con mucho cuidado, ya que el Tribunal de Justicia hace tiempo que ha empezado a decir, con respecto a la discriminación por razón de sexo, que las meras generalizaciones relativas de la idoneidad de una disposición específica para aumentar el empleo no pueden considerarse adecuadas para permitir excepciones a la prohibición de la discriminación²¹. Un asunto de esta naturaleza solo puede tomarse con referencia a la discriminación basada en el tipo de contrato; casi no es necesario recordar que es justamente el objetivo de aumentar el acceso al empleo (especialmente de los jóvenes) el que utiliza a menudo (también) el legislador italiano como justificación para la reducción de los niveles de protección²². El Tribunal de Justicia ya se está moviendo en este sentido, también en relación con el trabajo atípico. En un caso en el que el trato

¹⁸ El alcance de este principio, valorado por la literatura (véanse Delfino 2004, Calvellini 2016), ha sido muy limitado por el Tribunal de Justicia en la única sentencia que ha tratado específicamente el tema. Véase STJUE 15 de octubre de 2014, C-221/13, *Mascellani*, en *RIDL*, 2015, II, p. 357 y ss., con nota de Delfino 2015, a la que cabe remitirse para obtener más detalles.

¹⁹ STJUE de 9 de julio de 2015, c-177/14, *Regojo Dans*, apartado 55.

²⁰ STJUE de 8 de septiembre de 2011, c-177/11, *Rosado Santana*, apartado 72; finalmente STJUE de 9 de febrero de 2017 (ord.), C-443/16, *Rodrigo Sanz*, apartado 42; STJUE de 14 de septiembre de 2016, C-596/14, *De Diego Porras*, apartado 46. STJUE de 20 de diciembre 2017, C-158/16, *Vega Gonzales*, apartado 47.

²¹ STJUE de 9 de febrero de 1999, C-167/97, *Seymour-Smith*, apartado 76: «meras generalizaciones relativas a la idoneidad de una medida determinada para promover la contratación no bastan para deducir que el objetivo de la norma controvertida es ajeno a cualquier discriminación por razón de sexo ni para aportar elementos que permitan estimar razonablemente que los medios escogidos eran adecuados para la consecución de dicho objetivo».

²² En este punto, se remite a Alessi 2015, p. 307 y ss. y de allí a más referencias.

desigual de los trabajadores con contrato de duración determinada con respecto a los trabajadores *standard* se justificaba por razones económicas, relacionadas con «la aplicación del imperativo de gestión rigurosa del personal», el Tribunal no dudó en censurar la legislación nacional por violación de la cláusula 4 del acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada²³. Además, según el Tribunal de Justicia, la mera referencia a la temporalidad de la relación de trabajo del personal de la administración pública no puede considerarse una razón objetiva, tal como había alegado el Gobierno español en la causa relativa a una trabajadora empleada varias veces con contratos de «interinidad». En ese caso, el Tribunal señaló (de forma correcta) que no puede deducirse ninguna diferencia entre el contrato de duración determinada y el contrato indefinido por el hecho de que este último tiene una duración y una expectativa de estabilidad que el primero no tiene; si se pudiera justificar un trato desigual en este sentido, esto «equivaldría a perpetuar el mantenimiento de una situación desfavorable para los trabajadores con contrato de duración determinada»²⁴.

La ley italiana, sin embargo, ha adoptado una formulación estricta de las prohibiciones de discriminación por razón de tipo de contrato de trabajo (artículos 7, 17, 25 y 35 del Decreto Legislativo nº 81/2015), que no prevé la posibilidad de excepción (ni siquiera para las empresas de trabajo temporal) por razones objetivas. La única disposición explícita es la relativa a la adecuación de trato relacionado con la duración del trabajo o la reducción del horario; en otras palabras, la aplicación del principio *pro-rata temporis* que, sin embargo, constituye expresión del principio de igualdad²⁵, aun cuando el Tribunal de Justicia lo sitúa entre los motivos objetivos que justifican un trato diferenciado²⁶. Podría argumentarse que el concepto de discriminación, tal como se deduce de las directivas europeas en materia de trabajo atípico, incluye en sí mismo la posibilidad de justificar las excepciones, incluso cuando hay ausencia de disposiciones específicas en la legislación de transposición. En verdad, es precisamente la ausencia de referencia expresa en la ley nacional lo que podría considerarse una indicación de que el Estado miembro pretendía excluir esta posibilidad, introduciendo así una regulación más favorable respecto a las disposiciones de las directivas.

Por estos motivos, se puede considerar que en Italia no es admisible la excepción al principio de no discriminación, ni siquiera mediante la negociación colectiva; una conclusión similar también se aplica a la contratación “por proximidad” a la que se refiere el art. 8 del decreto legislativo 138/2011, incorporado sucesivamente en la Ley nº 148/2011, que establece que los convenios de empresa son eficaces

²³ STJUE de 22 de abril de 2010, C-486/08, *Zentralbetriebsrat*, apartados 43 y 44.

²⁴ STJUE de 14 de septiembre de 2016, C-596/14, *De Diego Porras*, apartados 47 a 50.

²⁵ Véase, en relación con el trabajo a tiempo parcial, Altimari 2016, p. 73

²⁶ Véase, como ejemplo, STJUE de 13 de junio de 2013, C-415/12, *Brandes*, apartado 31; STJUE de 8 de noviembre de 2012, C-229/11 y C-230/11, *Heimann e Toltschin*, apartado 34.

para todo el personal y pueden establecer un régimen contrario *in pejus* a las disposiciones de otros convenios e incluso a las normas legales, incluidos a las normas sobre trabajo atípico.

3. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZON DEL TIPO DE CONTRATO Y DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

Como hemos visto, la estructura de la prohibición de discriminación contra los trabajadores atípicos es la de la discriminación directa, con el «correctivo» ofrecido por la posible justificación del trato desigual por razones objetivas. Una primera cuestión que puede plantearse es si la prohibición incluye también las discriminaciones *indirectas* por razón de tipo de contrato.

Las discriminaciones de este tipo pueden ciertamente ocurrir, por ejemplo, cuando se utilizan criterios como la antigüedad o la duración del tiempo de trabajo para determinar el trato de los trabajadores. Que la prohibición de discriminación comprende también discriminaciones indirectas se puede deducir sin problemas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que ha reconstruido el concepto de discriminación indirecta a partir de la prohibición general de discriminación, jurisprudencia que condujo a la introducción del concepto antes mencionado en la directivas más recientes acerca del derecho antidiscriminatorio²⁷. Las directivas sobre el trabajo atípico parecen referirse solo a la discriminación directa porque la redacción de la prohibición de discriminación es muy diferente, ya que la prohibición se deriva de la imposición de la obligación de reservar a los trabajadores atípicos el mismo trato (o un trato no inferior) que el de los trabajadores *standard*. En otras palabras, es un concepto construido *a partir* de la aplicación del principio de igualdad de trato y no al contrario, como ocurre en los otros casos. Sin embargo, esto no quita que valga la misma protección para el trabajo atípico que para todos los otros tipos de discriminación, como lo demuestra, entre otras cosas, el mismo Tribunal de Justicia, que utilizó, para la discriminación por razón del tipo de contrato, la herencia de muchos años de jurisprudencia construida sobre la discriminación en razón del sexo²⁸.

Si es así, por lo tanto, también cabe plantearse si la prohibición de discriminación indirecta trae consigo la posibilidad de justificación de las diferencias de trato basadas indirectamente sobre el tipo de contrato. En otras palabras, el uso de un criterio como la antigüedad (para los contratos de duración determinada) o la cantidad total de horas de trabajo (para el trabajo a tiempo parcial), ¿pueden justificarse por una razón objetiva? Si miramos la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la discriminación indirecta, la respuesta debe ser positiva, ya

²⁷ Véase la sentencia que constituye una especie de *leading case* de la jurisprudencia del tribunal: STJUE CE 31 de marzo de 1981, C-96/80, *Jenkins*. En la literatura Barbera 1991, p. 103 y ss.; Izzi 2005, p. 25 y ss.; Guaglianone 2007, p. 267 y ss.

²⁸ En el sentido opuesto, Brameshuber 2016, p. 53.

que el Tribunal siempre ha sostenido que el concepto de discriminación indirecta contiene también la posibilidad de justificar con una razón objetiva el impacto diferenciado de un criterio, práctica o disposición aparentemente neutros²⁹. Sin embargo, debe subrayarse que estas razones, como ya hemos visto anteriormente, no deben ser genéricas, ya que deben presentar las características de necesidad y proporcionalidad así como también de idoneidad para lograr el objetivo. Desde el punto de vista de la *naturaleza* de las justificaciones, es importante aclarar que las razones que el Tribunal una vez consideró adecuadas para justificar un trato diferente entre trabajadores atípicos y *standard*, con el objetivo de desalentar el trabajo a tiempo parcial³⁰ o, por el contrario, para que fuera más atractivo para los empleadores³¹, hoy en día ciertamente no pueden considerarse aceptables, precisamente a la luz de la prohibición expresa de discriminación por razón del tipo de contrato. Las sentencias mencionadas se refieren a un período en el que no existía tal prohibición y el Tribunal llegaba a censurar las decisiones nacionales o las medidas de los empleadores relativas a los trabajadores atípicos solo cuando se podía hallar una violación de la prohibición de discriminación (indirecta) por razones de sexo, como fue el caso del trabajo a tiempo parcial, o en función de la nacionalidad, como sucedió con el trabajo de duración determinada de los lectores de lenguas extranjeras³².

Precisamente la disposición expresa de la prohibición ha eliminado la necesidad de recurrir, para censurar las diferencias de trato entre los trabajadores en razón del tipo de relación laboral, la prohibición de discriminación (indirecta) por razón de sexo que el Tribunal de Justicia utilizó en su totalidad en relación con el contrato de trabajo a tiempo parcial. Esto, por un lado, ayuda a incluir también, en el ámbito protegido, las relaciones de trabajo para las cuales es menos evidente (si no completamente ausente) el desequilibrio en la presencia de hombres y mujeres (como en el trabajo de duración determinada y en el trabajo a través de empresas de trabajo temporal) y, por otro lado, evita tener que recurrir a datos estadísticos, que en algunos casos el Tribunal no consideró útiles para hacer constar la existencia de discriminación entre hombres y mujeres. En el caso *Cachaldora Fernández*, por ejemplo, el Tribunal no consideró que los datos estadísticos proporcionados al juez remitente fueran pertinentes para demostrar la existencia de una discriminación indirecta basada en el sexo³³.

La cuestión sigue siendo, a la luz de las observaciones planteadas, si aún existen hipótesis en las que todavía tiene sentido recurrir a la prohibición de

²⁹ Véanse Guaglianone 2007, p. 277 y ss., que remarca que los elementos de justificación son una parte integrante del concepto de discriminación indirecta. Véase también Izzi 2005, p. 125 y ss.

³⁰ Sobre este punto, véanse las observaciones de Zappalà 2009, p. 322 y ss.

³¹ STJUE de 14 de diciembre de 1995, C-317/93, *Nolte*.

³² Sobre la cuestión de los lectores, véanse Mattone 2008 y Varvaro 2009.

³³ STJUE de 14 de abril de 2015, C-527/13, *Cachaldora Fernández*.

discriminación indirecta por razón de sexo para proteger a los trabajadores atípicos después de la disposición expresa de prohibición de discriminación por razón de tipo de contrato. No se puede excluir, de hecho, que haya situaciones en las que sea útil (si no totalmente necesario) el recurso a la prohibición de discriminación (indirecta) por razón de sexo o factores que no sean de tipología contractual, para censurar tratos desfavorables contra los trabajadores atípicos³⁴. De hecho, comienzan a aparecer enfoques similares en las sentencias del Tribunal de Justicia; en la reciente sentencia *Kleinstauber*, el Tribunal debió abordar cuestiones relativas a un supuesto trato desigual por razón de tipo de contrato, sexo y edad³⁵.

De hecho, hay casos en los cuales la comparación con trabajadores a tiempo completo y/o indefinido no permite identificar la existencia de discriminación por razón de tipo de contrato, como ocurre cuando la diferencia de trato se produce entre trabajadores que son todos titulares de contratos de trabajo atípico, por ejemplo, los trabajadores a tiempo parcial verticales y horizontales. En el caso de *Bruno y Pettini*, por ejemplo, la abogada general Sharpston señaló que la diferencia en el trato (en ese caso era el cálculo de la antigüedad) no se había dado tanto entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo, sino entre trabajadores a tiempo parcial horizontales y trabajadores a tiempo parcial verticales, e invitó al Tribunal a censurar tal diferencia no tanto en virtud de la cláusula 4 de la directiva 97/81/CE, sino sobre la base del principio general de igualdad³⁶. El Tribunal, probablemente queriendo evitar caer en la misma situación que se creó después de *Mangold*³⁷, decidió no seguir las indicaciones de la abogada general y recondujo la situación a las pistas más convencionales del art. 4, comparando el trato reservado para los trabajadores a tiempo parcial verticales con el de los trabajadores a tiempo completo, y utilizando un término de referencia diferente³⁸.

En otras sentencias, esta vez relativas al trabajo de duración determinada,

³⁴ Es lo que sostiene encarnizadamente Aimo 2015, p. 638.

³⁵ STJUE de 13 de julio de 2017, C-354/16, *Kleinstauber*.

³⁶ Conclusiones de la abogada general E. Sharpston en los asuntos acumulados C-395/08 y C-396/08, *Bruno y Pettini*, espec. apartados 119 y ss.

³⁷ En *Mangold* el Tribunal de Justicia declaró que la prohibición de discriminación por razón de edad podía aplicarse a nivel interno en los Estados miembros incluso antes de que expirase el plazo para la transposición de la Directiva 2000/78 /CE como expresión del principio general de no discriminación. Esta postura fue, sin embargo, parcialmente revisada en sentencias posteriores. Sobre esta compleja cuestión, véase Peruzzi 2009, p. 105 y ss.

³⁸ En otras palabras, el Tribunal consideró discriminatorio calcular la antigüedad, útil para fines de jubilación, basándose únicamente en las semanas efectivas trabajadas, criterio aplicado por el Instituto Nacional de Seguridad Social (INPS - Istituto Nazionale di Previdenza Sociale), en vez de en la duración de la relación laboral, incluidas las semanas no trabajadas en el contrato a tiempo parcial vertical. En este punto, se remite a las observaciones hechas en Alessi 2010, p. 975 y ss. Véase también, sobre la duración de una prestación por desempleo por los trabajadores a tiempo parcial vertical, STJUE de 9 de noviembre de 2017, C-98/15, *Espadas Recio*.

el Tribunal especificó *expressis verbis* que, en primer lugar, «los principios de igualdad de trato y no discriminación forman parte del ordenamiento jurídico de la Unión», y que, en segundo lugar, «las posibles diferencias de trato entre determinadas categorías de trabajadores con contratos de duración determinada (...) no están sujetas al principio de no discriminación consagrado en el acuerdo marco»³⁹. Afirmaciones como estas, que ahora se encuentran con frecuencia en las decisiones en materia de prohibición de discriminación, parecen ser contradictorias con la idea de que el principio de igualdad puede funcionar como una *palanca* de Arquímedes para socavar las competencias de la UE⁴⁰, al menos en relación a los trabajos atípicos. Para la discriminación en razón de factores específicamente identificados en las directivas más recientes, es cierto que el Tribunal formuló afirmaciones como las contenidas en la sentencia *Test Achats*, en la que las mismas disposiciones de una directiva fueron declaradas inválidas al contravenir lo dispuesto en los artículos 21 y 23 de la Carta⁴¹, pero la jurisprudencia en esta materia se pone a menudo ambigua e incierta, como señala la literatura⁴². En la afirmación de la existencia de una prohibición general de discriminación basada en el tipo de contrato como principio fundamental pesa, sin duda, la ausencia de una definición precisa de la prohibición mencionada, el hecho de que esta se basa en una característica no conectada a la persona del trabajador, como se verá más adelante, y la falta de inclusión explícita de la discriminación por razón del tipo de contrato en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. En cuanto a esto último perfil, sin embargo, cabe recordar que la lista de factores de discriminación es una lista abierta, enunciativa y no taxativa, ya que esta está precedida por la aclaración «en particular»⁴³. Además, la calidad de trabajador atípico tiene en común con los otros factores de discriminación la identificación de una categoría social que está poco protegida y necesita protección⁴⁴, como lo demuestra, por no decir más, la literatura sobre el tema⁴⁵. De hecho, la pertenencia a la categoría de trabajadores atípicos produce efectos de desventaja no solo en el contexto de la

³⁹ STJUE de 11 de noviembre de 2010 (ord.), C-20/10, *Vino I*, apartados 52 y 57; STJUE de 22 de junio de 2011 (ord.), C-161/11, *Vino II*, puntos 21 y 28. Para este punto, véanse también Alessi 2012, p. 156 y ss.; Bonardi 2007, p. 123.

⁴⁰ Barbera 2007, p. XL; Bonardi 2010, p. 56 y ss.

⁴¹ STJUE de 1 de marzo de 2011, C-236/09, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL*, apartados 32 y 33. Sobre la sentencia, véanse Bonardi, Calafà 2012, p. 831 y ss.

⁴² Barbera 2014, p. 388 y ss.

⁴³ Ver Barbera 2014, p. 391 y ss. Ni siquiera las explicaciones de la Carta de los Derechos Fundamentales redactadas por el *Praesidium*, que también tienen el objetivo de limitar el alcance del art. 21, parecen discutir esta interpretación.

⁴⁴ En estos aspectos, véase De La Porte, Emmenegger 2016, p. 7; Zappalà 2012, p. 165 y ss.; Berg 2016, p. 5 y ss.

⁴⁵ Véanse al menos Sennet 1999; Gallino 2014; para una perspectiva diferente, véase, entre otros, Mattina 2010.

relación laboral, sino también en la dimensión social. Piénsese en las principales dificultades para acceder al crédito y la vivienda, por ejemplo. Esta es una situación que afecta, al igual que ocurre con otros factores de discriminación, a la participación efectiva de los trabajadores precarios en la dimensión social, política y económica del Estado, en otras palabras, en la ciudadanía⁴⁶.

Este factor de discriminación, aunque peculiar por las razones que se mencionarán a continuación, tiene en común con otros el hecho de señalar a la persona que lo posee con un estigma social que afecta su dignidad; desde esta perspectiva, la inclusión del derecho a no ser discriminado por razón de tipo de contrato entre los derechos fundamentales no debería hallar dificultades.

4. TRABAJO ATÍPICO Y EFECTOS SOBRE LA VIDA LABORAL: LA CUESTIÓN DE LA ANTIGÜEDAD

La condición de trabajador atípico, como se ha mencionado, es uno de los factores de discriminación que no se basa en un elemento constitutivo de la personalidad de la persona protegida o en un atributo biológico, sino en un dato vinculado a un hecho objetivo, es decir, el hecho de ser parte de una relación laboral diferente a la *standard*. Este aspecto determina el carácter muy llamativo del factor en examen, ya que su existencia depende de varios elementos, algunos también vinculados a la elección voluntaria (que sin embargo no se puede decir así, de la mayoría de los casos)⁴⁷ del trabajador, lo que constituye una diferencia con respecto a otros factores vinculados a elecciones personales, como la orientación política o sindical, las opiniones personales, etc.⁴⁸. Esta condición es por lo tanto reversible y puede ocurrir varias veces en el curso de la vida laboral; en este sentido cabe señalar que la protección ofrecida por las directivas se proyecta sobre toda la vida laboral del sujeto y se desarrolla incluso cuando el trabajador ha sido contratado con un contrato de trabajo *standard* cada vez que su pasada condición de trabajador atípico puede ser tomada en cuenta para determinar los

⁴⁶ En este sentido, véanse las observaciones de Standing 2015. Para el hecho de que la protección antidiscriminatoria de los trabajadores atípicos sirva para remediar las desventajas que afectan a las personas en riesgo de exclusión social, véase Roccella 2006, p. 108 y ss.; Borelli 2007, p. 179 y ss.

⁴⁷ Los estudios sobre la materia muestran que un alto porcentaje de trabajadores acepta un contrato de trabajo atípico en ausencia de una solución diferente. Véase el informe de la OIT 2016, p. 57 y ss. mostrando como las tasas de empleo temporal involuntario han crecido en casi todos los países europeos considerados entre 2007 y 2014 y cómo el promedio se sitúa aún por encima del 60% del número de trabajadores (con un máximo de casi el 90 % en Chipre y Turquía). Incluso el trabajo a tiempo parcial involuntario ha crecido durante el mismo período, aunque los porcentajes son más bajos, lo que también se debe al hecho de que las mujeres a menudo escogen el trabajo a tiempo parcial para satisfacer las necesidades de cuidado (véanse los datos en las pp. 79 y ss. del informe). Sobre este tema, véase también el informe de Eurofound 2017, espec. 7 y ss.; Green, Livanos 2017, p. 180 y ss. Sobre el principio de voluntariedad en el contrato a tiempo parcial, véase Delfino 2008; Calvellini 2016.

⁴⁸ Sobre este tema, véase Aimo 2007.

tratos a los que tiene derecho el trabajador⁴⁹. Los casos más conocidos en los que se ha producido una situación de este tipo son, por ejemplo, los relativos a los efectos de calcular la antigüedad de los trabajadores con contratos de duración determinada, empleados por el mismo empleador (público generalmente) por un período indefinido, a los efectos de promoción profesional o de determinación del nivel salarial. El Tribunal de Justicia a menudo ha censurado la legislación nacional que permitía no considerar en la antigüedad de los trabajadores fijos de la función pública los períodos de trabajo anteriores realizados como trabajadores con contratos de duración determinada. En un caso relativo a Italia, por ejemplo, el Tribunal sostuvo que los períodos de servicio como trabajador con contrato por un período determinado, debían ser considerados como antigüedad del mismo trabajador cuando se colocaban sobre el papel siguiendo un procedimiento de estabilización, incluso si esto producía «discriminaciones inversas»⁵⁰ en detrimento de los trabajadores reclutados mediante oposición. De hecho, según el Tribunal, «tal exclusión total y absoluta se basa intrínsecamente en la premisa general según la cual la duración indefinida de la relación de servicio de determinados empleados públicos justifica por sí misma una diferencia de trato en relación con los empleados públicos con contrato de duración determinada, privando así de su esencia a los objetivos de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco»⁵¹.

Es evidente que en estos casos el Tribunal hace una comparación mirando no solo la situación en la que el trabajador se encuentra en el momento en que entra en consideración una diferencia de trato (el procedimiento de estabilización en comparación con la contratación mediante oposición), sino también la pasada. En la sentencia *Rosado Santana*, por ejemplo, el Tribunal de Justicia

⁴⁹ El Tribunal lo manifestó claramente en las sentencias en las que se discutió el reconocimiento de la antigüedad adquirida mediante una serie de contratos por un período determinado por parte de los trabajadores contratados para un tiempo indeterminado. El Tribunal sostuvo que «el mero hecho de que los demandantes en el procedimiento principal hubieran adquirido la condición de trabajadores fijos no excluía la posibilidad de que se valieran, bajo determinadas circunstancias, del principio de no discriminación establecido en la cláusula 4 del acuerdo marco»: véase STJUE de 18 de octubre de 2012, asuntos acumulados C-302/11 a C-305/11, *Valenza y otros*, apartado 34; véase STJUE de 8 de septiembre de 2011, C-177/10, *Rosado Santana*, apartado 41.

⁵⁰ Según la defensa del Estado italiano, la disposición que excluía del cómputo de antigüedad los períodos cubiertos con un contrato de duración determinada debía considerarse justificada con el fin de evitar el trato de desventaja de los trabajadores contratados mediante oposición que no podían beneficiarse de períodos de trabajo anteriores. La justificación es, sin embargo, inaceptable, ya que, por un lado, no está claro lo que es la discriminación sufrida por estos últimos, ya que la situación no es en absoluto la misma; en segundo lugar, cabe recordar que el principio de igualdad no excluye un trato que aporte mejoras para los trabajadores atípicos, sino que es una garantía de un trato mínimo no inferior a aquel garantizado a los trabajadores *standard*. Así que, de hecho, se deriva de las formulaciones de las directivas, que establecen que los trabajadores atípicos no deben recibir un «trato menos favorable» (art. 4 de la directiva 99/70/CE y art. 4 de la directiva 97/81/CE) o, mejor aún, que deben tener las condiciones básicas de trabajo y empleo «al menos idéntica» (art. 5 de la directiva 2008/104/CE) a las de los de trabajadores *standard*. En el caso de los trabajadores atípicos, los tratos de mejora podrían ser muy bien justificados por la necesidad de mitigar la condición de precariedad en la que se encuentran. Véase en este sentido, Borelli 2007, p. 181 y ss.

⁵¹ STJUE de 18 de octubre de 2012, asuntos acumulados C-302/11 a C-305/11, *Valenza*, apartado 62; STJUE (ord.) 4 de septiembre de 2014, C-152/14, *Autorità per l'energia elettrica e il gas*.

indicó exactamente esta consideración, en la que señaló que «el mero hecho de que el demandante en el litigio principal haya adquirido la condición de funcionario de carrera (...) no excluye la posibilidad de que éste pueda invocar en determinadas circunstancias el principio de no discriminación enunciado en la cláusula 4 del Acuerdo marco», especificando que otra estimación, «conduciría a una interpretación indebidamente restrictiva de esta cláusula contraria a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia»⁵².

Hay que compartir la conclusión ofrecida por el tribunal; además, la diferencia entre acceder a un puesto de trabajo mediante oposición y el procedimiento de estabilización hallado en la experiencia italiana no parece justificar la falta de consideración de la antigüedad previa, ya que incluso aquellos que acceden al puesto de trabajo mediante oposición, también podrían reclamar períodos de trabajo anteriores realizados como trabajadores con contrato de duración determinada. Después de todo, esta era la situación de hecho que dio lugar a la sentencia *Rosado Santana* y que se presentará en el momento de acceder al puesto de trabajo mediante oposición de los precarios de la escuela italiana. De hecho, como se recordará, tras la intervención del Tribunal de Justicia de la UE⁵³, primero, y del Tribunal Constitucional italiano⁵⁴, después, se revisó la legislación que permitía al Estado reiterar sin límite la asunción con contrato de duración determinada de los docentes para responder a las necesidades de cobertura de la docencia en el sector escolar⁵⁵. Después de las dos sentencias, la ley n.º 107/2015 previó por primera vez el límite de treinta y seis meses para la contratación de duración determinada destinada a ocupar los puestos vacantes y disponibles en la escuela y, en segundo lugar, la realización de un concurso público cada tres años para el nombramiento de los docentes. Llegados a este punto se planteará, sin duda, la cuestión del reconocimiento de la antigüedad adquirida en contratos anteriores de duración determinada, que probablemente será la prueba principal para la aplicación de los principios que acabamos de mencionar y que solo podrán resolverse mediante los mismos⁵⁶.

5. TRABAJO ATÍPICO, FLEXIBILIDAD E INTERESES DE LA EMPRESA

Otro aspecto importante de la prohibición de discriminación contra los trabajadores atípicos es su función de regulación de la competencia, tanto entre las empresas como entre los trabajadores; la prohibición impide, por lo tanto, que

⁵² STJUE de 8 de septiembre de 2011, C-177/10, *Rosado Santana*, apartados 41 y 44.

⁵³ STJUE de 26 de noviembre de 2014, C-22/13, C-61-63/13, C-418/13, *Mascolo e altri c. MIUR*. Véase el comentario de Calafà 2015a.

⁵⁴ Tribunal Constitucional de 20 de julio de 2016, n. 187, en *DRI*, 2016, 1119 y ss., con comentario de Del Frate 2016.

⁵⁵ Para más información, véase Pinto 2014, p. 921 y ss.; para este tema véase también Menghini 2012.

⁵⁶ En términos similares, Tomioli 2016, p. 564 y ss. Véanse también los comentarios de Aimo 2017.

la flexibilidad sea un instrumento utilizado al margen de las necesidades reales de las empresas, con el único fin de reducir los costes laborales, con desprecio de los derechos fundamentales de los trabajadores, en particular el derecho a no recibir un trato diferente al de aquellos que están en puestos de trabajo similares. Que el principio de igualdad también tenga esta función no es una gran novedad, ya que el art. 119 del Tratado de Roma, que prohibía las diferencias salariales entre hombres y mujeres, ya lo tenía en cuenta⁵⁷. Aunque esto es cierto, sin embargo, también cabe decir que, de conformidad con el derecho europeo y la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia, una vez respetado el principio de igualdad, el uso de la flexibilidad no se considera un hecho en sí mismo negativo, ya que a menudo se encuentra en la jurisprudencia la afirmación de que “el beneficio de la estabilidad en el empleo se concibe como un factor importante para la protección de los trabajadores”⁵⁸.

No es negativo para el trabajo a tiempo parcial, cuya directiva 97/81/CE establece la obligación de los Estados miembros de promover su difusión, obligación que ha sido tenida en cuenta en algunas sentencias del Tribunal de Justicia⁵⁹. Por supuesto, en este caso el contrato también tiene como objetivo permitir la conciliación del trabajo con las necesidades de cuidados y sirve para facilitar la entrada y permanencia en el mercado laboral, en concreto, de las mujeres⁶⁰; pero también es un instrumento que, en la mayor parte de los países europeos, no garantiza en absoluto las mismas perspectivas de desarrollo y promoción profesional que el contrato a tiempo completo. Entre otras cosas, el mismo uso masivo del trabajo a tiempo parcial por parte de las mujeres contribuye a la perpetuación de una distribución desigual de las tareas de cuidado entre los sexos, como lo demuestran numerosas encuestas en esta materia⁶¹.

Ni siquiera en el caso de trabajo de duración determinada y de trabajo temporal, puede decirse que el enfoque europeo sea de cierre, una vez que hayan proporcionado las medidas para prevenir los abusos y sanciones para las mismas. Esta declaración sonaría evidente por sí misma, salvo que en las sentencias del Tribunal de Justicia relativas a la utilización abusiva de contratos de duración determinada se puede observar una tendencia a reconocer el cumplimiento a la directiva 99/70/CE en la casi totalidad de las medidas previstas por los Estados miembros y a considerar, en general, no en conflicto con el derecho de la UE

⁵⁷ Barbera 1991, p. 121 y ss.; Roccella, Treu 2016, p. 280 y ss.

⁵⁸ T. Jus. de 23 de abril 2009, asuntos acumulados C-378 a C-380/07, *Angelidaki*, apartado 105.

⁵⁹ STJUE de 24 de abril de 2008, C-55/07 y 56/07, *Michaeler*; STJUE de 7 de abril de 2011, C-151/10, *Dai Cugini NV*.

⁶⁰ En verdad, el hecho de que el desequilibrio de género entre los trabajadores a tiempo parcial involuntarios no sea muy acusado (véase Eurofound 2017, p. 10) refleja el hecho de que muchas mujeres, al igual que los hombres, aceptan un empleo a tiempo parcial en ausencia de otras perspectivas ocupacionales.

⁶¹ Véase como ejemplo, Istat 2008, p. 19 y ss.

las normas nacionales que permiten el uso del contrato de duración determinada durante muchos años consecutivos⁶². No es posible extenderse demasiado sobre esta cuestión, porque el análisis de la jurisprudencia del Tribunal sobre medidas para prevenir los abusos va más allá del ámbito de este ensayo; sin embargo, cabe subrayar que la actitud permisiva del Tribunal en este tema quizás pueda explicar el mayor rigor con el que interviene en el principio de igualdad de trato, que por lo tanto se convierte, desde esta perspectiva, en el único antídoto contra la flexibilidad⁶³. En otras palabras, se puede afirmar que el Tribunal tiende a dar prioridad, en su interpretación, a la finalidad ocupacional de las directivas sobre el trabajo atípico, como es bastante evidente en la única sentencia pronunciada hasta ahora sobre el contenido preceptivo de la directiva en materia de trabajo mediante empresas de trabajo temporal⁶⁴, compensando las aperturas a favor de las necesidades de las empresas con una lectura estricta del principio de igualdad. Una actitud de este tipo se encuentra con una claridad inusual en la reciente sentencia de *Abercrombie & Fitch*, en el que el Tribunal de Justicia no considera que la ley italiana sobre trabajo intermitente sea contraria a la prohibición de discriminación por edad, haciendo hincapié en el objetivo de la integración en el mercado laboral de los jóvenes, alcanzado mediante «el hecho de facilitar la contratación de jóvenes trabajadores aumentando la flexibilidad de la gestión del personal»⁶⁵. En la sentencia en cuestión, sin embargo, el Tribunal valoró como adecuada para contrarrestar dicha flexibilidad, la existencia de un «determinado número de garantías», identificadas precisamente en el principio de igualdad de trato para los períodos laborales establecidos en el art. 38 del decreto legislativo n° 276/2003, actualmente reproducido en el art. 17 del decreto legislativo n° 81/2015. El Tribunal, sin embargo, olvida que el principio de igualdad solo se aplica, precisamente, para los períodos de trabajo y que en los períodos de disponibilidad, entre una llamada y la otra, el trabajador no goza de ningún tipo de protección (salvo en los casos en los que tiene que responder a la llamada). Además, el trabajador ni siquiera tenía la garantía de un mínimo de días de trabajo

⁶² STJUE de 26 de enero del 2012, C-586/10, *Kücük*, en la que el Tribunal afirmó que la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada (por una duración total, en este caso, de 13 años) por un motivo «recurrente, si no incluso permanente (...) no implica la ausencia de una razón objetiva en base a la cláusula 5, apartado 1, letra a), del acuerdo marco sobre el trabajo con contrato de duración determinada ni la existencia de un abuso en el sentido de tal cláusula. Sin embargo, en otras sentencias, el Tribunal determinó que los contratos de duración determinada no podían utilizarse para satisfacer las necesidades fijas de una empresa. Véase STJUE de jueves, 13 de marzo de 2014, C-190/13, *Márquez Samohano*, apartado 55.

⁶³ En este sentido, véanse también las observaciones de De La Porte, Emmenegger 2016, p. 7 y ss.

⁶⁴ STJUE de 17 de marzo de 2015, C-533/13, *AKV*, apartado 23, según el cual las prohibiciones o restricciones impuestas al uso del trabajo a través de empresas de trabajo temporal deben estar justificadas por razones de interés general relativas a la protección de los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal, a la seguridad y salud en el trabajo, a la necesidad de garantizar el funcionamiento adecuado del mercado de trabajo y la prevención del abuso.

⁶⁵ STJUE de 19 de julio de 2017, C-143/16, *Abercrombie & Fitch Italia*, apartado 38.

(como de hecho sucedía en el caso *Wippel*⁶⁶), siendo por el contrario necesarios un máximo de 400 días de trabajo efectivo durante tres años, bajo pena de conversión a un contrato indefinido. El equilibrio, desde este punto de vista, no parece nada justo.

6. EL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

Las consideraciones anteriores explican por qué en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y también en la escasísima jurisprudencia italiana sobre la materia, la prohibición de discriminación ha asumido tal magnitud para volver, tanto para el contrato de duración determinada como para el de tiempo parcial, en el principio regulador de la flexibilidad, el único, como hemos visto, directamente aplicable.

En lo que respecta al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, el Tribunal de Justicia todavía no ofrece indicaciones; en los casos presentados hasta el momento las cuestiones planteadas se refieren al concepto de trabajador⁶⁷, a las restricciones a la cesión de trabajadores previstas en los Estados miembros⁶⁸ y la aplicabilidad de la Directiva sobre el trabajo de duración determinada a la relación entre el trabajador y la empresa de trabajo temporal⁶⁹. Para este tipo de contrato, el principio de igualdad tiene algunos aspectos de diferenciación en comparación con las disposiciones de las directivas 99/70/CE y 97/81/CE. En primer lugar, la Directiva 2008/104/CE establece que se aplican condiciones *idénticas* a los trabajadores cedidos que a los trabajadores *standard* de la empresa usuaria, pero solo con referencia a los tratos básicos de trabajo y empleo⁷⁰; en segundo lugar, los Estados miembros pueden establecer disposiciones que constituyan excepciones al principio de igualdad en las condiciones previstas por dicha Directiva⁷¹, la que favorece con mayor intensidad que la directiva 99/70/CE el objetivo ocupacional del trabajo temporal más que la necesidad de limitación de su uso por parte de las empresas⁷². Se trata de un elemento que podría desempeñar un papel decisivo en la consideración por parte del Tribunal de Justicia de la naturaleza incondicional y suficientemente precisa del principio a efectos de su aplicabilidad directa en los Estados miembros. La jurisprudencia anterior en temas de trabajo a duración

⁶⁶ STJUE de 12 de octubre de 2004, C-313/02, *Wippel*.

⁶⁷ STJUE de 17 de noviembre de 2016, C-216/15, *Betriebsrat der Ruhrländklinik gGmbH*.

⁶⁸ STJUE de 17 de marzo de 2015, C-533/13, *Auto Ja*.

⁶⁹ STJUE de 11 de abril de 2013, C-290/12, *Della Rocca*.

⁷⁰ Según Ferrara 2014, p. 126, por otra parte, el principio de igualdad se aplica solo en los tratos explícitamente indicados en la lista mencionada en el art. 3, letra f) de la Directiva 2008/104/CE.

⁷¹ Sobre estos aspectos, véase Ferrara 2012.

⁷² Aimo 2015, espec. p. 639 y ss.

determinada y a tiempo parcial, como muestra la literatura, podría desempeñar un papel importante en la posición del Tribunal⁷³.

Cabe decir también que el Tribunal, en su elaboración, fue más allá de lo que se esperaba al determinar el alcance de la prohibición de discriminación. Esto ocurre, sobre todo, en la detección de las condiciones de trabajo, cuya igualdad debe garantizarse para los trabajadores atípicos respecto a los trabajadores *standard*. Incluso en este caso no es posible analizar completamente la jurisprudencia europea, que es muy compleja y también muy conocida. Sin embargo, debe señalarse que el punto de mayor tensión es no tanto la inclusión de la retribución en las condiciones de trabajo, sino la posterior expansión del concepto de salario hasta abarcar también las prestaciones de pensión ofrecidas por los sistemas legales de seguridad social, como ha ocurrido en los casos que han afectado el sistema italiano, tanto por las prestaciones ofrecidas por el INPDAP (Istituto Nazionale di Previdenza e Assistenza per il Dipendenti della Pubblica Amministrazione)⁷⁴, en el famosísimo caso de la edad de jubilación de las mujeres en el sector público⁷⁵, como por las provistas por el INPS, en el menos célebre caso de Alitalia⁷⁶, que continúa siendo ignorado por nuestro legislador, aunque el Tribunal Supremo italiano ya haya sostenido tal principio en numerosas sentencias⁷⁷.

Si bien para el primer aspecto me parece que la orientación del Tribunal, ahora consolidada, es incuestionable⁷⁸, en el segundo aspecto es lícito plantear más de una duda. La igualación de las prestaciones de pensión otorgadas por el sistema general de la seguridad social al salario, en definitiva, es demasiado llamativo para no ser censurado, aunque en todos los casos en los que el Tribunal ha sostenido esta interpretación, el motivo era, después de todo, comprensible.

Debo decir, sin embargo, que en su jurisprudencia más reciente el Tribunal parece retroceder un poco sobre sus propios pasos, eliminando las interpretaciones

⁷³ Y también Aimo 2015, p. 646 y ss.

⁷⁴ El INPDAP era el Instituto de seguridad social para los empleados de las administraciones públicas, ahora incorporado en el INPS (Instituto Nacional de Seguridad Social)

⁷⁵ STJUE 13 de noviembre de 2008, C-46/07, *Comisión contra República Italiana*. Sobre esta cuestión, véase Ravelli 2008.

⁷⁶ STJUE de 10 de junio de 2010, C-395/08 e C-396/08, *Inps contra Bruno e Pettini*. RGL, 2011, II, p. 263 y ss., con nota de Altamari 2011, al cual se remite para más detalles.

⁷⁷ T. Supremo de 6 de julio de 2017, n.º 16677; T. Supremo 10 de noviembre de 2016, n.º 22936, en *GD*, 2016, n.º 49-50, p. 71 y ss.; T. Supremo 3 de diciembre de 2015, n.º 24647. *FI*, 2016, I, c. 518 y ss.; sobre esta cuestión, véase Giuliani 2017.

⁷⁸ De hecho, según el Tribunal, una cosa es la fijación del nivel de los diversos elementos constitutivos de la remuneración de un trabajador, que corresponde a los Estados miembros, mientras que otra cosa es decidir «si uno de los elementos de la remuneración deber ser concedido, como condición de trabajo, a un trabajador con un contrato de duración determinada en la misma medida que a un trabajador con contrato de duración indefinida»: sobre esta cuestión, STJUE de 13 de septiembre de 2007, C-307/05, *Del Cerro Alonso*, apartados 46 y 47.

más cuestionables. En el caso de *Cachaldora Fernández*⁷⁹, relativo al cálculo de la antigüedad contributiva de los trabajadores a tiempo parcial, el Tribunal recondujo las pensiones pagadas por el INSS a las prestaciones de los sistemas legales de la seguridad social. Se adoptó la misma interpretación en *Elbal Moreno*, en la que el Tribunal declaró que el criterio de cálculo aplicado por la ley española, que impide el acceso a las prestaciones sociales a los trabajadores a tiempo parcial «menores», integraba la discriminación indirecta por razón de sexo, de conformidad con el art. 4, de la dir. 79/7 /CE⁸⁰. En *Cachaldora Fernández*, sin embargo, la conclusión fue diferente, ya que el Tribunal no consideró como discriminación (indirecta) por razón de sexo el criterio de cálculo aplicado para las prestaciones de jubilación, que penaliza a los trabajadores que en el último período han trabajado a tiempo parcial en comparación con los trabajadores que, por el contrario, han trabajado a tiempo completo, en ausencia de datos estadísticos significativos al respecto⁸¹.

Otro caso en el que la consideración de un beneficio económico como remuneración ha tenido efectos dudosos se refiere a los subsidios concedidos por los hijos a cargo; una sentencia reciente del Tribunal de Justicia los consideró una remuneración pero, al hacerlo, los sometió al criterio *pro-rata temporis*, lo que permitió reducirlos proporcionalmente a las horas de trabajo para los trabajadores a tiempo parcial⁸². La solución plantea más de una perplejidad, ya que en la motivación⁸³ (y también en las conclusiones del Abogado General⁸⁴) el Tribunal afirma que dado que la prestación retributiva es divisible, entonces también puede ser proporcional. Tal conclusión deja de considerar que la función del complemento por hijos a cargo, incluso si está previsto en el contrato colectivo y si es complementario de las prestaciones familiares de origen legal, no es para compensar la prestación laboral, sino la de responder a una necesidad del trabajador que no tiene ningún tipo de conexión con las horas trabajadas por el mismo⁸⁵. En concreto, es una función social clarísima⁸⁶. Esta resolución

⁷⁹ STJUE de 14 de abril de 2015, C-527/13, *Calchadora Fernández*.

⁸⁰ STJUE de 22 de noviembre de 2012, n. 11. *RGL*, 2013 II, 479 y ss., con nota de Alessi.

⁸¹ Esto remite a la importancia del uso de estadísticas en estos casos, un argumento para el cual me remito a la contribución de Bonardi y Meraviglia 2017.

⁸² STJUE de 5 de noviembre de 2014, C-476/12, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*

⁸³ STJUE de 5 de noviembre de 2014, C-476/12, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*., anteriormente mencionado, apartado 21.

⁸⁴ Véanse las conclusiones de la Abogada General E. Sharpston presentadas el 13 de febrero de 2014, espec. los apartados 34 y ss.

⁸⁵ Estas son las palabras de la misma Abogada General Sharpston, quien luego añade que «la existencia del hijo y la necesidad de cubrir los gastos asociados a su crianza son cuestiones independientes de que el trabajador trabaje a tiempo completo o a tiempo parcial», para concluir que, sin embargo, siendo un elemento de la remuneración, la asignación debe ser proporcional, y es oportuno aplicar el principio *pro rata temporis* cuando la prestación sea retributiva.

⁸⁶ Sobre este punto, véase Laulom 2015, p. 55.

demuestra que, para la aplicación del principio *pro rata temporis*, no basta con considerar la naturaleza económica o normativa del trato concedido al trabajador y la vinculación del mismo trato al trabajo, sino que debe tener en cuenta su función.

Así como en el tema de las prestaciones de seguridad social, como hemos visto, ha tenido algunas fluctuaciones en la jurisprudencia, en otros aspectos se puede decir que hay orientaciones totalmente consolidadas: es el caso de la antigüedad, que según el Tribunal entra dentro del concepto de remuneración y, por lo tanto, de condiciones de trabajo. Si se permite abrir un breve paréntesis, el Tribunal aborda la cuestión de la antigüedad para diferentes propósitos: por un lado, como un criterio para determinar el derecho a la prima de antigüedad, como hemos dicho; por otro, como un requisito útil para determinar el nivel salarial y la clasificación profesional del trabajador.

Por un lado, el Tribunal a menudo ha destacado que las primas de antigüedad también se deben a los trabajadores con contratos a tiempo determinado, en las mismas condiciones que para los trabajadores a tiempo indeterminado⁸⁷; por otro lado, en algunas sentencias el Tribunal ha establecido que la antigüedad adquirida en virtud de una serie de contratos de duración determinada contribuye a determinar la antigüedad total del trabajador⁸⁸, incluso si el contrato se convierte en un contrato de duración indefinida en virtud de un proceso de estabilización o de una oposición.

En particular, en un litigio relativo al Estado italiano, el Tribunal especificó que el diferente criterio de cálculo de antigüedad entre los trabajadores estabilizados y los trabajadores contratados tras haber superado una oposición no puede justificarse por la necesidad de evitar una discriminación inversa contra estos últimos⁸⁹. Esta necesidad no constituye, según el Tribunal, una «razón objetiva» en el sentido del artículo 4 de la Directiva 99/70/CE, que “excluye por completo y en cualquier circunstancia que se tomen en consideración todos los períodos de servicio prestados en el marco de contratos de trabajo de duración determinada”, lo que sugiere que tal obligación puede permitir, en todo caso, un recálculo de la antigüedad.

Como hemos visto, el alcance del principio de igualdad ahora parece ser bien definido por el Tribunal Europeo y también por los tribunales nacionales. Una limitación con respecto a su aplicación puede derivarse, en algunos casos, de la ausencia del término de referencia, es decir, el trabajador fijo con el que comparar el trato reservado para el trabajador atípico.

⁸⁷ STJUE de 13 de septiembre de 2007, C-307/05, *Del Cerro Alonso*; en el mismo sentido, véase STJUE de 9 de julio de 2015, C-177/14, *Regojo Dans*; STJUE de 18 de marzo de 2011 (ord.), C-273/10, *Montoya Medina*.

⁸⁸ STJUE de 21 de septiembre de 2016 (ord.), C-631/15, *Alvarez Santirso*.

⁸⁹ STJUE (ord.) de 4 de septiembre de 2014, C-152/14, *Autorità per l'energia elettrica e il gas*.

Un primer problema es que la prohibición de discriminación se aplica al trato de los trabajadores atípicos respecto a los trabajadores *standard* y no las diferencias de trato que puede surgir entre los mismos trabajadores atípicos, que según el Tribunal de Justicia no están cubiertas por el principio de no discriminación, como se ha podido ver. En un caso relativo a la ley francesa, entre otros, el intento de superar esta restricción a través de la prohibición de discriminación por razón de edad no tuvo éxito, en concreto en el supuesto de la no comparabilidad de la situación de los trabajadores jóvenes que celebran un contrato de duración determinada para un período comprendido dentro de sus vacaciones escolares y otros trabajadores temporales⁹⁰.

En resumen, el alcance de la prohibición de discriminación de los trabajadores atípicos podría estar limitado solo por el juicio de comparación, o porque la distinción no atañe a los sujetos previstos en la directiva, o porque, como en el famoso (y sobrevalorado) caso *Wippel*⁹¹, no es posible identificar al trabajador fijo comparable. En el caso del contrato de trabajo a tiempo parcial en función de las necesidades (que es similar al trabajo intermitente en Italia o al trabajo fijo discontinuo en España) el Tribunal, como es sabido, descartó la posibilidad de aplicar la prohibición de discriminación por la ausencia de un trabajador a tiempo completo en la empresa que tenía el mismo tipo de contrato y la misma relación laboral que la Sra. *Wippel*. Sin embargo, se trata de un caso aislado, y ciertamente no indica una tendencia por parte del Tribunal de reducir la posibilidad de realizar una comparación. En el caso *O*, por ejemplo, el Tribunal señaló que la comparabilidad de dos situaciones no requiere su identidad y que «el examen de tal comparabilidad debe llevarse a cabo no en forma global o abstracta, sino de una manera específica y concreta en referencia a la prestación de que se trate»⁹². Recientemente se hizo una consideración similar en la sentencia de *Abercrombie*⁹³, sobre el contrato de trabajo intermitente, que confirma lo que se acaba de decir.

Desde este punto de vista, por lo tanto, la prohibición de discriminación es, sin duda, la medida de protección que el Tribunal considera más eficaz para mitigar la situación de precariedad de los trabajadores atípicos, siempre que el uso de la flexibilidad pueda ser considerado no solo útil, pero también, en el caso del trabajo temporal, como un instrumento para incrementar el empleo.

En conclusión, parafraseando el título de un ensayo reciente de Caroline de la Porte y Patrick Emmenegger⁹⁴, se puede concluir que los trabajadores atípicos siguen siendo atípicos, pero al menos son iguales.

⁹⁰ STJUE de 1 de octubre de 2015, C-432/14, *O*. La cuestión se refiere al no reconocimiento de la indemnización por rescisión de contrato de los trabajadores que han firmado un contrato de duración determinada durante las vacaciones escolares o universitarias. Sobre este punto, véase Laulom 2015, p. 57.

⁹¹ STJUE 12 de octubre de 2004, C-313/02. Sobre la cuestión, véase Militello 2005; Ricci 2006.

⁹² STJUE 1 de octubre de 2015, C-432/14, *O*, punto 32 de los fundamentos.

⁹³ STJUE 19 de julio de 2017, C-143/16, *Abercrombie & Fitch Italia*, apartado 25.

⁹⁴ De La Porte, Emmenegger 2016.

Referencias bibliográficas

Aimo M. (2017), *Incostituzionalità (parziale) del sistema delle supplenze e riforma della scuola*, en RGL, II, p. 4 y ss.

Aimo M. (2015), *La nuova disciplina su lavoro a termine e somministrazione a confronto con le direttive europee: assolto il dovere di conformità?*, en DLRI, p. 635 y ss.

Aimo M. (2012), *La Corte di Giustizia e il lavoro non standard: vincoli e implicazioni negli ordinamenti nazionali*. RGL, I, p. 147 y ss.

Aimo M. (2007), *Le discriminazioni basate sulla religione e sulle convinzioni personali*, in Barbera M. (a cargo de), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milán, Giuffré, p. 43 y ss.

Alaimo A. (2001), *Commento all'art. 4*. Brolo M. (a cargo de), *Il lavoro a tempo parziale. Comentario al decreto legislativo n.º 61/2000*, Milán, Ipsoa, p. 70 y ss.

Alessi C. (2015), *Flessibilità del lavoro e giovani*, en RGL, I, p. 307 y ss.

Alessi C. (2014), *La difficile convivenza della legge e della contrattazione collettiva nella disciplina del contratto a tempo determinato*, en Carinci F., Zilio Grandi G. (a cargo de), *La politica del lavoro del Governo Renzi. Atto I*, Adapt, e-Book series n.º 30, p. 90 y ss.

Alessi C. (2012), *Flessibilità del lavoro e potere organizzativo*, Torino, Giappichelli.

Alessi C. (2010), *La Corte di Giustizia, il part-time verticale e il trattamento pensionistico*. D&L, p. 975 y ss.

Altimari M. (2016), *Il lavoro a tempo parziale tra influssi europei e ordinamento interno*, Napoli, Esi.

Altimari M. (2011), *Part-time verticale e disciplina previdenziale Inps: la Corte di Giustizia amplia la nozione di retribuzione*. RGL, II, 263 y ss.

Alvino I. (2016), *Il micro-sistema dei rinvii al contratto collettivo en el decreto legislativo n.º 81 del 2015: il nuovo modello della competizione fra i livelli della contrattazione collettiva*. RIDL, I, p. 657 y ss.

Barbera M. (2014), *Voce: Discriminazione e pari opportunità (diritto del lavoro)*, in ED (*Annali VII*), Milán, Giuffré, p. 377 y ss.

Barbera M. (2007), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in Ead. (Dir.), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milán, Giuffré, p. XIX y ss.

Bavaro V. (2015), *Il lavoro part-time dopo il d. lgs. n.º 81/2015*, in Ghera E., Garofalo D. (Dir.), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Bari, Cacucci, p. 220 y ss.

Berg J. (2016), *Non standard employment: challenges and solutions*, in *IusLabor*, n. 3, p. 1 y ss.

Bonardi O. (2010), *Da cavallo di Troia a leva di Archimede. Previdenza complementare e diritto antidiscriminatorio in Europa*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.INT, n.º 83/2010.

Bonardi O. (2007), *Le discriminazioni sulla base dell’età*, in Barbera M. (Dir.), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milán, Giuffré, p. 125 y ss.

Bonardi O., Calafà L. (2012), *I contratti di assicurazione alla prova della parità di genere: il caso Test Achats alla Corte di Giustizia UE*, in *Studium Iuris*, p. 831 y ss.

Bonardi O., Meraviglia C., Dati statistici e onere della prova nel diritto antidiscriminatorio, in Bonardi O. (Dir.), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell’era del diritto del lavoro derogabile*, Roma, Ediesse.

Borelli S. (2007), *Principi di non discriminazione e frammentazione del lavoro*, Turin, Giappichelli.

Bramshuber E. (2016), *Fixed-term work and social inclusion*, in Brollo M., Cester C., Menghini L. (Dir.), *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, Trieste, EUT, p. 43 y ss.

Brollo M. (2015), *Disciplina delle mansioni*, in F. Carinci (a cargo de), *Observaciones sobre el decreto legislativo de 15 de junio de 2015, n.º 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, Adapt, e-Book series, n. 48, p. 29 y ss.

Calafà L. (2015a), *Il dialogo multilevel tra corti e la «dialettica prevalente»: le supplenze scolastiche al vaglio della Corte di Giustizia*, en *RIDL*, II, 309 y ss.

Calafà L. (2015b), *Lavoro a tempo parziale*. F. Carinci (a cargo de), *Observaciones sobre el decreto legislativo de 15 de junio de 2015, n.º 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, adapt, e-Book series, n. 48, p. 98 y ss.

Calvellini G. (2016), *La volontarietà del part-time: un principio dimenticato da riscoprire*, en *DLRI*, p. 671 y ss

Corazza L. (2013), *Il lavoro a termine nel diritto dell’Unione Europea*. Del Punta R., Romei R. (Dir.), *I rapporti di lavoro a termine*, Milán, Giuffré, p. 1 y ss.

De La Porte C., Emmenegger P. (2016), *The Court of Justice of the European Union and fixed term workers: still fixed, but at least equal*, Working Paper ETUI 2016.01.

De Simone G. (2004), *Eguaglianza e nuove differenze nei lavori flessibili, fra diritto comunitario e diritto interno*. LD, p. 527 y ss.

Del Frate M. (2016), *La Corte costituzionale sulla vicenda dei precari della scuola: un intervento risolutivo?*, en *DRI*, p. 1119 y ss

Delfino M. (2015), *La Corte di Giustizia e la via tortuosa del consenso individuale nel «part-time»*, en *RIDL*, II, p. 357 y ss.

Delfino M. (2008), *Il lavoro part-time nella prospettiva comunitaria. Studio sul principio volontaristico*, Nápoles, Jovene.

Eurofound (2017), *Aspects of non standard employment in Europe*, Dublín, Eurofound.

Ferrara M.D. (2014), *Directiva 2008/104/CE relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal. Aspetti problematici e modelli di implementazione*. DRI, p. 111 y ss.

Ferrara M.D. (2012), *Il lavoro tramite agenzia interinale nell'esperienza europea*, Padua, Amon.

Gallino L. (2014), *Vite rinviate: lo scandalo del lavoro precario*, Bari, Laterza.

Giuliani A. (2017), *L'anzianità contributiva nel lavoro a tempo parziale verticale ciclico: linee evolutive della giurisprudenza di legittimità nazionale nella prospettiva costituzionale ed europea*. DRI, p. 188 y ss.

Green A. E., Livanos I. (2017), *Involuntary non-standard employment in Europe*, in *European Urban and Regional Studies*, n. 24, p. 175 y ss.

ILO (2016), *Non standard employment around the world*, Ginebra, ILO Publications.

Istat (2008), *Conciliare lavoro e famiglia. Una sfida quotidiana*, Roma, Istat.

Izzi D. (2005), *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Nápoles, Jovene.

Laulom S. (2015), *Actualité du droit social de l'Union Européenne 2014/2014. SSL, Supplement*, n.º 1702.

Mattina E. (2010), *Elogio della precarietà: il lavoro tra flessibilità, sussidiarietà e federalismo*, Soveria Mannelli, Rubettino.

Mattone M. (2008), *Gli ex lettori di lingua straniera nella giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità europea e la posizione dell'Italia*, in *DE*, p. 691 y ss.

Militello M. (2005), *Part-time e lavoro intermittente in due recenti pronunce della Corte di Giustizia*. DLM, p. 661 y ss.

Menghini L. (2012), *La successione dei contratti a termine con la p.a. e le supplenze scolastiche: diritto interno e diritto europeo*, en *RGL*, I, 699 y ss.

Pandolfo A., Passalacqua P. (2016), *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in Magnani M., Pandolfo A., Varesi P.A. (Dir.), *I contratti di lavoro. Commentario al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81*, Torino, Giappichelli, p. 109 ss.

Peruzzi M. (2009), *Da Mangold in poi. L'interpretazione delle direttive 2000/43/Ce e 2000/78/ce nelle pronunce pregiudiziali della Corte di Giustizia*, in Calafà L., Gottardi D. (Dir.), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Roma, Ediesse, p. 105 y ss.

Pinto V. (2014), *Il reclutamento scolastico tra abuso dei rapporti a termine e riforme organizzative*. LPA, 6, 921

Ravelli F. (2008), *Età pensionabile nel pubblico impiego e discriminazioni di sesso secondo la Corte di Giustizia*. RCDL, 1145 y ss.

Recchia G.A. (2015), *Il ruolo dell'autonomia collettiva*, in Ghera E., Garfoalo D. (a cargo de), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Bari, Cacucci, p. 117 y ss.

Ricci G. (2006), *Il lavoro a chiamata: una fattispecie «atipica» per la Corte di Giustizia*, in *FI*, V, citado previamente, 268 y ss.

Roccella M. (2006), *Le fonti e l'interpretazione nel diritto del lavoro*, in *DLM*, p. 108 y ss.

Roccella M., Treu T. (2016), *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Pádua, Cedam.

Sennet R. (1999), *L'uomo flessibile: le conseguenze del nuovo capitalismo sulla vita personale*, Milán, Feltrinelli.

Standing G. (2015), *Diventare cittadini: un manifesto del precariato*, Milán, Feltrinelli.

Tomiola C. (2016), *Le sanzioni in tema di contratti di lavoro a termine nel settore della scuola*, in Brollo M., Cester C., Menghini L. (a cargo de), *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, Trieste, EUT, p. 561 y ss.

Varvaro S. (2009), *Recenti orientamenti giurisprudenziali in materia di retribuzione di lettori e collaboratori ed esperti linguistici*. *LPA*, II, p. 393 y ss.

Zappalà L. (2012), *La tutela della persona nel lavoro a termine. Modelli di regolazione e tecniche di regolamentazione al tempo della flexicurity*, Turín, Giappichelli.

Zappalà L. (2009), *I lavori atipici*, in Sciarra S., Caruso B. (a cargo de), *Il lavoro subordinato*, in Ajani G., Benacchio G.A. (directo del), *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, vol. V, Torín, Giappichelli, p. 322 y ss.

Zappalà L. (2008), *Flessicurezza, pari opportunità e non discriminazione: i percorsi (quasi sempre) virtuosi delle politiche e del diritto sociale europeo*. *RGL*, I, p. 537 y ss.

AUTONOMÍA COLECTIVA, DENUNCIA Y ULTRAACTIVIDAD DEL CONVENIO COLECTIVO*

NORA MARÍA MARTÍNEZ YÁÑEZ

Prof. Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo

EXTRACTO

Palabras Clave: convenio colectivo; vigencia; denuncia; ultraactividad; autonomía colectiva

Las reformas laborales de 2011 y 2012 realizaron cambios de gran calado en la negociación colectiva y, particularmente, en la sucesión de convenios, hasta el punto de que casi todas las instituciones jurídicas implicadas en este ámbito han sido objeto de modificaciones. La denuncia del convenio colectivo es una de las instituciones que menos cambios directos ha experimentado y probablemente por ello, apenas se ha prestado atención a su papel en el nuevo escenario de la negociación colectiva. Sin embargo, la reforma de otras instituciones muy cercanas a ella, como la ultraactividad, así como la revisión de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la legitimación para denunciar, confieren a la denuncia una renovada dimensión en la negociación colectiva. A la vista de todo lo anterior, el presente artículo pretende detenerse en el análisis de esta institución, subrayando el papel protagonista que ha de asumir la autonomía colectiva para corregir ciertos desajustes a los que puede conducir la actual regulación legal.

ABSTRACT

Key Words: collective agreements; validity; denunciation; ultra-activity; collective autonomy

The labor reforms of 2011 and 2012 made major changes in collective bargaining and, particularly, in the succession of agreements, to the point that almost all of the legal institutions involved in this area had been subject to modifications. The denunciation of the collective agreement is one of the institutions that has experienced the least direct changes and probably because of this, little attention has been paid to its role in the new scenario of collective bargaining. However, the reform of other institutions, such as ultra-activity, as well as the review of the Supreme Court's doctrine on the legitimacy to denounce, confer to the denunciation to renewed dimension in collective bargaining. In view of all the above, this article intends to stop at the analysis of this institution, underlining the leading role that collective autonomy must assume to correct certain imbalances that the current legal regulation can lead to.

* Este trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación "Los instrumentos de protección social privada en la gestión del cambio laboral", financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, DER2014-52549-C4-2-R.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EFECTOS DE LA DENUNCIA
 - 2.1. La denuncia como desencadenante de la ultraactividad del convenio
 - 2.2. Plazos para denunciar: denuncia prematura y ultraactividad
 - 2.3. Eficacia jurídica y prueba de la denuncia
3. PARTES LEGITIMADAS PARA DENUNCIAR. EFECTOS SOBRE LA ULTRAACTIVIDAD
 - 3.1. Legitimación plena vs. legitimación inicial: el cambio de doctrina del Tribunal Supremo
 - 3.2. Revocabilidad de la denuncia
4. Denuncia y promoción de las negociaciones
 - 4.1. Denuncia, promoción de negociaciones y ultraactividad: vínculos conceptuales y funcionales
 - 4.2. Revisión *ante tempus* del convenio colectivo y denuncia. Especial referencia a la denuncia tácita

1. INTRODUCCIÓN

La sucesión entre dos convenios colectivos abre un periodo de especial incertidumbre durante el que pueden darse distintas situaciones que afectan a la regulación convencional de las relaciones de trabajo. Así, por ejemplo, puede producirse un cambio de unidad de negociación, puede abrirse un periodo de ultraactividad, puede suscribirse rápidamente el nuevo convenio o, por el contrario, pueden fracasar las negociaciones.

Las instituciones jurídicas que intervienen en este contexto –pérdida de vigencia, denuncia, ultraactividad, promoción de las negociaciones, deber de negociar, retroactividad de las disposiciones del nuevo convenio, etc.- deben ensamblarse entre sí con el fin de ofrecer un camino seguro para una serena sucesión de convenios colectivos. Pero a la vez ese ensamblaje ha de ser lo suficientemente flexible como para permitir que el proceso de sucesión sea conducido por la autonomía colectiva, auténtica razón de ser de la negociación colectiva. No sería admisible, por tanto, un intervencionismo tal que, en aras de garantizar una correcta sucesión entre convenios, limitase en exceso las posibilidades de la autonomía colectiva para dirigir en uno u otro sentido dicho proceso. Ello plantea un importante reto para el legislador, que ha de buscar el delicado equilibrio entre una regulación jurídica sólida y la concesión de espacios suficientes a la autonomía colectiva.

El presente trabajo pretende examinar la función que desempeña la denuncia en la transición entre convenios colectivos. El interés de esta institución proviene de varios factores. Por un lado, su parca regulación legal, lejos de ser un incon-

veniente, brinda a la autonomía colectiva numerosas oportunidades de asumir las riendas del proceso de sucesión de convenios que aún no han sido convenientemente exploradas. Por otro lado, su imbricación con otras instituciones más prominentes que operan en este contexto, como la ultraactividad, crea un flujo recíproco de interacciones. Así, aunque la denuncia no ha estado en el epicentro de las recientes reformas de la negociación colectiva, su papel ha mutado como consecuencia de los drásticos cambios operados en la ultraactividad. Pero, a su vez, la actuación de la autonomía colectiva sobre la denuncia puede condicionar el nacimiento, el desarrollo o los efectos de esta institución. Por último, a todo ello hay que sumar una reciente doctrina del Tribunal Supremo que sin duda obliga a replantear el lugar de la denuncia dentro del proceso de sucesión de convenios.

2. EFECTOS DE LA DENUNCIA

La denuncia es un elemento clave en la configuración de la vigencia del convenio colectivo. Y es que, aunque el convenio nazca con el ámbito temporal que hayan determinado los negociadores, su pérdida de vigencia no se produce en la fecha acordada si no media denuncia, pues el artículo 86.2 ET dispone que, salvo pacto en contrario, los convenios colectivos se prorrogarán de año en año cuando no hayan sido denunciados.

La denuncia es, por consiguiente, una manifestación de voluntad que una parte dirige a las otras interesadas para advertirles de su intención de que el convenio concluya en la fecha pactada. Y su principal efecto es que desencadena la eficacia de las normas convencionales relativas a su pérdida de vigencia y evita la tácita reconducción, es decir, la prórroga legal o convencional¹.

Regulado en estos términos desde su introducción en el ordenamiento jurídico, el régimen descrito se mantiene intacto en la actualidad. Pero, al margen del mismo, la reforma laboral de 2012 ha dotado de una nueva significación a la denuncia al atribuirle un segundo efecto de extraordinaria importancia, como es la inmediata apertura del periodo de ultraactividad.

Conforme a su finalidad de evitar vacíos reguladores, el inicio de la ultraactividad tradicionalmente se ha vinculado a la llegada de la fecha final del convenio denunciado. Así, el artículo 86.3 ET indica que “la vigencia de un convenio colectivo, una vez denunciado y concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio”. Aunque la reforma de 2012 no modifica este apartado, añade un párrafo final en el mismo precep-

¹ En cuanto a la configuración legal de la denuncia, véase Göerlich Peset, J. M., “Contenido mínimo del convenio colectivo”, en AA. VV., *El sistema de negociación colectiva en España. Su régimen jurídico*, Monereo Pérez, J. L. y Moreno Vida, M. N. (dirs.), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 433 y 434, Cámara Botía, A. y Gil Plana, J., *Denuncia y ultraactividad del convenio colectivo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 22-24 y Pastor Martínez, A., *La vigencia del convenio colectivo estatutario. Análisis jurídico de su dimensión temporal*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 234-271.

to que establece claramente que el cómputo del plazo legal de ultraactividad se iniciará en la fecha de la denuncia².

Este segundo y reciente efecto jurídico de la denuncia redimensiona su papel en el proceso de sucesión de convenios, pero a la vez despierta un inusitado interés acerca de la capacidad de la autonomía colectiva para atribuir nuevos efectos jurídicos a la denuncia, o para matizar o incluso neutralizar lo dispuesto por la ley³.

2.1. La denuncia como desencadenante de la ultraactividad del convenio

El nuevo ensamblaje de la ultraactividad con la denuncia, y no con la pérdida de vigencia del convenio, produce al menos tres importantes desajustes en la articulación de los elementos que conforman la sucesión de convenios colectivos.

En primer lugar, la práctica negocial muestra que la denuncia suele producirse con varias semanas o meses de antelación respecto de la fecha estipulada para la pérdida de vigencia del convenio. Dicha antelación -hasta hace poco incluso fomentada por la ley-, ha funcionado como una garantía de seguridad jurídica para que las partes, ante el definitivo decaimiento del convenio denunciado, adopten las estrategias que estimen más oportunas, probablemente de cara a una futura negociación⁴. Sin embargo, en estos supuestos, aunque técnicamente la denuncia no produce la pérdida de vigencia, sin duda altera la manera en que el convenio sigue vigente, al introducirlo en la fase de ultraactividad.

Buscar coherencia en este resultado es una tarea ardua, pues el convenio no puede estar a la vez en situación de vigencia ordinaria y en ultraactividad. Es cierto que en los últimos años se aprecia una tendencia a aligerar las especialidades del régimen convencional durante la ultraactividad para aproximarlos a la vigencia ordinaria o prorrogada. Así, la referencia legal a la pérdida de vigencia de las cláusulas obligacionales durante la ultraactividad se ha sustituido por la más escueta alusión a las cláusulas de renuncia a la huelga, con la consiguiente ampliación del contenido convencional que pervive en la ultraactividad⁵. Y, por otro lado, aunque una copiosa jurisprudencia excluye la aplicación de la regla de prohibición de concurrencia entre convenios durante la ultraactividad, sus efectos

² “Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo... aquel perderá, salvo pacto en contrario, vigencia” (art. 86.3 párrafo 4º ET).

³ El Tribunal Supremo ha recordado recientemente la amplia libertad de las partes que negocian el convenio colectivo para determinar los efectos de la denuncia, al señalar que “el efecto de la denuncia no depende de lo querido por quien la formula sino que deriva de lo previsto en la Ley (el Título III del ET) y el convenio a que se refiere. Quienes firman el convenio colectivo (no quienes lo denuncian) son los que tienen a su alcance determinar cuáles son los efectos de dicha actuación” (STS de 2 de diciembre de 2016, rec. 14/2016, f. j. 3º.2.A).

⁴ Cámara Botía, A. y Gil Plana, J., *Denuncia y ultraactividad del convenio colectivo*, cit., p. 48.

⁵ Reforma operada en el artículo 86.3 ET por el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.

pueden matizarse mediante la doctrina de la impermeabilización de la unidad de negociación cuando se inician las negociaciones de un nuevo convenio⁶, amén de la capacidad de las partes para dotarse de normas de concurrencia propias durante la ultraactividad⁷.

Con todo, todavía persisten diferencias relevantes entre la vigencia ultraactiva y la vigencia ordinaria, que derivan del poder de los negociadores del convenio para prever una regulación específica de algunas condiciones de trabajo en la fase de ultraactividad, o de alcanzar pactos reguladores una vez iniciado este periodo⁸. A la vista de todo ello, resulta difícil seguir sosteniendo que la denuncia no provoca la pérdida de la vigencia ordinaria del convenio, sino que ésta se produce una vez alcanzado el término pactado⁹.

En segundo lugar, otro desajuste, más controvertido aún que el anterior, tiene que ver con el cómputo temporal de la ultraactividad, pues en la configuración actual de esta institución, sujeta a un año de duración si no se dispone otra cosa, la elección de la fecha de denuncia como *dies a quo* supone acortar aún más el plazo de vigencia ultraactiva del convenio vencido cuando la denuncia se produzca semanas o meses antes de la pérdida de vigencia. Y ello porque, como ya se ha dicho, en estos casos el periodo de ultraactividad invade la última fase de vigencia del convenio.

Es posible que una de las razones por las que se ha eliminado la previsión a tenor de la cual, salvo pacto en contrario, el plazo mínimo para la denuncia debía ser de tres meses anteriores a la finalización de la vigencia del convenio, tenga que ver con la actual forma de cómputo de la ultraactividad¹⁰. De haberse mantenido esta disposición, la ley estaría alentando un significativo solapamiento del periodo de ultraactividad con la vigencia del convenio, reduciendo así el plazo de ultraactividad posterior a la pérdida de vigencia e incrementando sensiblemente la presión soportada por los negociadores para evitar las consecuencias del transcurso del periodo de ultraactividad sin acuerdo.

El tercer y último desajuste derivado del ensamblaje entre ultraactividad y

⁶ Véanse las SSTs de 10 de diciembre de 2012, rcud. 48/2012, f. j. 4, y de 24 de abril de 2012, rec. 141/2011, f. j. 2. En el ámbito doctrinal, Casas Baamonde, M. E., "Eficacia temporal de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa y ultraactividad", *Derecho de las relaciones laborales*, 5/2017, pp. 383-385.

⁷ Con rotunda claridad el Supremo afirma que "el regimen de ultraactividad en relación con la eficacia de la prohibición de concurrencia de convenios es disponible en la negociación colectiva" (STS de 10 de diciembre de 2012, rcud. 48/2012, f. j. 4).

⁸ El artículo 86.3.2º ET autoriza a las partes a adoptar acuerdos parciales para la modificación de alguno de los contenidos prorrogados con el fin de adaptarlos a las condiciones del sector o la empresa, atribuyéndoles la vigencia que las partes deseen.

⁹ No obstante, el Tribunal Supremo sigue afirmando que "la vigencia temporal del convenio denunciado será la querida por quienes lo suscribieron, sin que la denuncia pueda alterar esas previsiones originarias" (STS de 2 de diciembre de 2016, rec. 14/2016, f. j. 3º.2.A).

¹⁰ Así lo establecía el artículo 85.3.d) ET en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva. Esta disposición fue eliminada por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero.

denuncia se refiere al deber de negociar, ya que el artículo 89.1 ET señala que mientras el convenio está vigente las partes no están obligadas a negociar otro convenio. Por tanto, podría deducirse que durante el periodo posterior a la denuncia y previo a la pérdida de vigencia no hay obligación de negociar, pese a que ya haya comenzado a correr el periodo de ultraactividad. Sin embargo, una consolidada jurisprudencia permite evitar tal resultado, al subrayar que el deber de negociar nace a partir de la denuncia, siempre que una de las partes haya promovido las negociaciones¹¹.

Todas estas reflexiones permiten concluir que la vinculación del inicio de la ultraactividad con la fecha de la denuncia es poco coherente con la configuración de esta institución como manifestación de voluntad dirigida a informar a la otra parte del deseo de no prorrogar el convenio y permitir que éste decaiga al alcanzar el término pactado. Pero la solución legal tampoco es coherente con la finalidad de la ultraactividad como institución que pretende evitar periodos de vacío regulador entre dos convenios que se suceden en el tiempo. Conforme a esta finalidad, lo lógico es que la ultraactividad se active en el momento de pérdida de la vigencia y no antes, tal y como se venía considerando con anterioridad a la reforma laboral de 2012¹².

Una posible explicación sobre las razones que han llevado a variar tan drásticamente el momento de inicio de la ultraactividad vinculándolo a la denuncia es que de este modo se haya pretendido apremiar a las partes a comenzar las negociaciones cuanto antes, incluso previamente al término del convenio, bajo la amenaza de los efectos que se derivan del transcurso de la ultraactividad sin que se haya suscrito otro convenio o dictado un laudo arbitral¹³. Desde este punto de vista, el inicio de la ultraactividad antes de la pérdida de vigencia del convenio perseguiría garantizar una sucesión más compacta, con menos periodos de transitoriedad entre convenios, y por tanto, una mayor estabilidad en la regulación convencional que no implique petrificación de los contenidos negociales.

Con todo, la mayor parte de la doctrina científica ha adoptado una posición crítica hacia la actual regulación del inicio de la ultraactividad. Algunos autores, para sortear los desajustes señalados, sostienen que el periodo de ultraactividad debe comenzar a computarse una vez que el convenio denunciado pierde vigencia, dando prioridad a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 86.3 ET sobre lo regulado en su párrafo cuarto¹⁴. Sin embargo, esta propuesta se enfrenta con

¹¹ Por todas, STS de 9 de febrero de 2010, rec. 112/2009, f. j. 3º.

¹² En esta misma línea, Beltrán de Heredia Ruiz, I., “Renovación de convenio colectivo vigente y objeciones a la denuncia tácita”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, 399/2016, pp. 21 y 22.

¹³ Sempere Navarro, A. V., “La duración de los convenios tras la Reforma”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 10/2013. Citado por Westlaw BIB 2013\302, p. 2 de 7.

¹⁴ Por ejemplo, Sala Franco, T., “La duración y ultraactividad de los convenios colectivos”, *Actualidad Laboral*, 10/2013, citado en Smarteca, p. 3 de 10, Alfonso Mellado, C. L., “La reforma de

el tenor literal de la ley. Es bien sabido que la interpretación de las normas debe ajustarse a su literalidad, y solo cuando esta pudiese albergar varios sentidos, es posible recurrir a otros criterios interpretativos. No parece que sea éste el caso del párrafo cuarto del artículo 86.3 ET, que vincula claramente el inicio del periodo de ultraactividad con la denuncia del convenio colectivo. Por ello, la mayor parte de la doctrina ha asumido una postura crítica frente a este precepto, sin perjuicio de admitir su sentido literal¹⁵.

Si hasta aquí se ha expuesto el modo en que la ley ensambla y vincula las instituciones de denuncia y ultraactividad, en lo sucesivo es preciso plantearse de qué posibilidades dispone la autonomía colectiva para articular en estos u otros términos las conexiones entre denuncia, ultraactividad y pérdida de vigencia del convenio.

Por lo que se refiere a la conexión entre denuncia y pérdida de vigencia, cabe preguntarse si la exigencia de denuncia para poner en marcha el proceso de pérdida de vigencia es disponible para la autonomía colectiva. La respuesta ha de ser negativa, pues el hecho de que el artículo 85.3.d) ET incorpore entre el contenido mínimo -y por tanto imperativo- de los convenios colectivos la regulación de la forma, condiciones y plazo mínimo de la denuncia, confirma que se trata de un elemento imprescindible en la sucesión de convenios colectivos que únicamente podría no concurrir cuando la sucesión fuese el resultado de la renegociación *ante tempus* del convenio, como se verá más adelante. Ahora bien, a partir de ahí, el Estatuto de los Trabajadores no aporta ninguna regla sustantiva sobre cómo debe ser regulada la denuncia, lo cual confiere la máxima libertad a las partes negociadoras.

De hecho, el amplio margen del que dispone la autonomía colectiva ha favorecido la elaboración de regulaciones en las que el propio convenio prevé que la denuncia produzca efectos en una determinada fecha, que puede ser la que actúa como término del mismo u otra anterior¹⁶. La redacción de este tipo de cláusula

la negociación colectiva en la ley 3/2012”, *Revista Internacional de Organizaciones*, 8/2012, p. 70, Cámara Botía, A. y Gil Plana, J., *Denuncia y ultraactividad del convenio colectivo*, cit., pp. 118-122 y Benavente Torres, I., “Aportaciones al debate sobre la ultraactividad”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 171/2014, citado por Westlaw, BIB 2014\4526, p. 6 y 7 de 24.

¹⁵ Göerlich Peset, J. M., *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 30; Sempere Navarro, A., “Sobre la ultraactividad de los convenios colectivos”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 4/2013, citado por Westlaw, BIB 2013\1423, p. 2 de 10; Blasco Pellicer, Á., “Diez problemas aplicativos de la “ultraactividad” legal de los convenios colectivos”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 109/2014, p. 243; y Gorelli Hernández, J., “Sobre la eficacia de los convenios colectivos una vez agotada su vigencia”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6/2014, citado por Westlaw BIB 2014\3371, p. 8 de 11.

¹⁶ Se estima que entre 2014 y 2017 alrededor de un treinta por ciento de los convenios colectivos incluyeron cláusulas de este tenor (Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC), Estudio sobre denuncia, ultraactividad y arbitraje obligatorio-2017, p. 2 y 3. http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/cncc/B_Actuaciones/Estudios/Estudio_DyU_hasta_dic2017.pdf). En el plano doctrinal, sobre estas disposiciones, véase Estrada Alonso, O., y Rodríguez Cardo, I. A., “Reglas legales y pactadas sobre vigencia y eficacia temporal del convenio colectivo”, en AA. VV., *Cláusulas*

sulas, en las que a veces se dispone que el convenio se extinguirá sin necesidad de denuncia expresa, puede llevar a entender que se ha eliminado la denuncia¹⁷, pero otra interpretación más acorde con el ordenamiento y con la capacidad de la autonomía colectiva es que en dichos casos se ha previsto una denuncia automática¹⁸. Es decir, las partes firmantes han denunciado ya el convenio, aunque la denuncia solo surtirá efectos en la fecha posterior que se haya pactado. Concebida en estos términos, la denuncia automática reúne todas las condiciones que exige el ordenamiento jurídico, debiendo reputarse válida¹⁹.

Pero, si bien la ley traza un vínculo necesario entre denuncia y pérdida de vigencia del convenio colectivo, es preciso preguntarse si se da un vínculo semejante entre denuncia y ultraactividad o si, por el contrario, la autonomía colectiva tiene en su mano la posibilidad de conectar el inicio de la ultraactividad con el momento que se estime más oportuno, no siendo éste necesariamente el de la denuncia. En apoyo de esta tesis, que defiende parte de la doctrina²⁰, cabe mencionar la amplia libertad de que disponen los negociadores para establecer la duración del convenio colectivo²¹, para decidir prorrogarlo en los términos legales o en otros diferentes²², para precipitar su pérdida de vigencia total o parcial y, sobre todo, para determinar el régimen aplicable durante la ultraactividad²³. En consecuencia, la respuesta a la pregunta planteada no depende de la capacidad de las partes que elaboran el convenio para determinar las condiciones de la denuncia, sino de su capacidad para regular todos los aspectos del régimen de ultraactividad del convenio colectivo, incluido el momento de inicio²⁴.

Acotada así la cuestión, no hay razones que impidan sostener que la au-

sobre vigencia, descuelgues salariales y otras facultades de alteración o disposición del contenido del convenio colectivo, García Murcia, J. y Castro Argüelles, M. A. (coords.), Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2011, p. 17.

¹⁷ Goerlich Peset, J. M., “Contenido mínimo del convenio colectivo”, cit., p. 434.

¹⁸ González Ortega, S., “Vigencia y ultraactividad de los convenios colectivos”, *Temas Laborales*, 76/2004, p. 151.

¹⁹ A favor de la legalidad de la denuncia automática, Cámara Botía, A. y Gil Plana, J., *Denuncia y ultraactividad del convenio colectivo*, cit., p. 45 y Cabeza Pereiro, J., “Vigencia y ultraactividad de los convenios en España”, en AA.VV., *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*, Cruz Villalón (dir. y coord.), Cinca, Madrid, 2017.

²⁰ Sala Franco, T., “La duración y ultraactividad...”, cit., p. 3 de 10, Alfonso Mellado, C. L., *La ultraactividad del convenio colectivo: una propuesta integral*, Bomarzo, Albacete, 2015, pp. 25, 26 y Goerlich Peset, J. M., “Contenido mínimo del convenio colectivo”, cit., p. 435.

²¹ Artículos 85.3.b) ET y 86.1 ET.

²² Artículo 86.2 ET

²³ Artículo 86.3 ET.

²⁴ A juicio de Goerlich Peset, J. M., la regulación convencional del régimen de ultraactividad incluye “la forma en que se activa”, es decir “si es necesaria o no la denuncia” (Ponencia “La ultraactividad de los Convenios Colectivos”, Foro de Debate “La ultraactividad de los Convenios Colectivos”, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos y Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, Mayo de 2013, p. 6).

tonomía colectiva puede determinar el momento en que se abre el plazo de ultraactividad. El régimen de ultraactividad previsto en el artículo 86.3 ET llama constantemente a la autonomía colectiva como fuente reguladora primaria, no solo durante el proceso de elaboración del convenio colectivo, sino incluso mediante pactos posteriores a la denuncia o a la pérdida de vigencia del convenio. La polémica regla del párrafo cuarto que establece la duración anual del periodo de ultraactividad, computado a partir de la denuncia, así como los efectos que se desprenden de su conclusión sin un nuevo convenio o laudo arbitral, no es una excepción en ese contexto donde la ley solo interviene ante la inacción de la autonomía colectiva. El propio precepto manifiesta su condición de regla dispositiva que solo actúa “salvo pacto en contrario”. Hasta ahora se ha aceptado sin fisuras que dicho pacto puede versar sobre la duración del periodo de ultraactividad, pero no hay obstáculos para considerar otros posibles contenidos, como por ejemplo que las partes deseen prescindir por completo de esta institución –que, contrariamente a lo que sucede con la denuncia, no es de Derecho necesario-, o anudar el inicio de este periodo a otro momento distinto a la denuncia²⁵.

Esta interpretación atenta al papel de la autonomía colectiva en la regulación de la ultraactividad, y concretamente de su momento de inicio, es sumamente interesante porque diluye la pretendida antinomia entre los párrafos primero y cuarto del artículo 86.3 ET que tanto rechazo ha causado en la doctrina, al considerar que el último es en su integridad una norma dispositiva que se aplica en defecto de pacto colectivo. Desde esta perspectiva, la ultraactividad solo daría inicio en la fecha de denuncia si no se ha dispuesto otra cosa. En cuanto a las alternativas con las que cuenta la autonomía colectiva, descuella entre todas la fecha que opera como término de la vigencia del convenio, al ser plenamente conforme con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 86.3 ET, estar en consonancia con la tradición jurídica anterior a la reforma laboral de 2012 y ser coherente con la función de la ultraactividad como instrumento de cobertura de vacíos.

Más problemática resulta la vinculación del inicio de la ultraactividad con acontecimientos futuros que no tienen por qué concurrir necesariamente en el proceso de pérdida de vigencia o que, de hacerlo, nada garantiza su coincidencia temporal con el fin de la vigencia del convenio, como por ejemplo, la constitución de la mesa negociadora. La incertidumbre que rodea este tipo de circunstancias podría ser un obstáculo insalvable para poder vincular a ellas el inicio de la ultraactividad²⁶.

²⁵ En esta misma línea, Alfonso Mellado, C. L., *La ultraactividad del convenio colectivo: una propuesta integral*, cit., p. 25 y Gorelli Hernández, J., “Sobre la eficacia de los convenios colectivos...”, cit., pp. 7 de 11.

²⁶ No lo cree así Alfonso Mellado, C. L., *La ultraactividad del convenio colectivo: una propuesta integral*, cit., p. 26). Desde luego, dicha incertidumbre se reduce si se entiende que la constitución de la mesa negociadora y el inicio de negociaciones es requisito indispensable para que el convenio entre en ultraactividad, cuestión que será analizada más adelante.

2.2. Plazos para denunciar: denuncia prematura y ultraactividad

La opción del legislador de 2012 de desconectar pérdida de vigencia e inicio de la ultraactividad, ensamblando esta última con la denuncia, puede dar lugar a situaciones ciertamente inusuales que a veces han sido convalidadas por los tribunales al ser compatibles con el tenor literal de la ley. Así, recientemente el Tribunal Supremo ha admitido que la denuncia se efectúe y produzca efectos el mismo día de la firma del convenio colectivo y, por tanto, antes de su registro y publicación, ocurriendo no solo que el convenio ya nace en ultraactividad, sino que además, si no se ha dispuesto otra cosa, transcurrido un año desde dicha denuncia sin nuevo convenio o laudo arbitral, se aplica el convenio colectivo de ámbito superior²⁷.

Es verdad que en el caso analizado por el Tribunal Supremo, la complejidad de las negociaciones determinó que la firma del convenio -y su simultánea denuncia- se produjese a escasas semanas de la fecha que los negociadores habían acordado para la conclusión de su vigencia ordinaria, de modo que no se trata en puridad de un supuesto de denuncia prematura. Sin embargo, la interpretación del Tribunal Supremo, que no presta demasiada atención a esta circunstancia, sino que se centra únicamente en resolver las aparentes contradicciones entre denuncia previa a registro y publicación del convenio, no parece impedir la formulación de denuncias muy anteriores a la pérdida de vigencia del convenio. Este tipo de situaciones tiene una trascendencia desconocida a partir de la reforma laboral de 2012, no solo porque la denuncia prematura provoca el inicio del periodo de ultraactividad, sino también porque éste podría concluir antes de alcanzarse el fin de la vigencia ordinaria, precipitando la desaparición precoz del convenio colectivo²⁸. Esta posibilidad vuelve a poner de manifiesto la tensión entre los párrafos primero y cuarto del artículo 86.3 ET.

Aunque la doctrina científica ha manifestado su recelo ante este tipo de maniobras²⁹, los tribunales han aceptado la validez de las denuncias anticipadas, incluso teniendo en cuenta los efectos que se desprenden de ellas con la actual normativa³⁰.

²⁷ STS de 3 de febrero de 2015, rec. 318/2013, que convalida la solución aportada a este supuesto por la SAN de 28 de junio de 2013, rec. 202/2013.

²⁸ En sentido crítico sobre esta posibilidad, Martínez Moreno, C., *Eficacia temporal de los convenios colectivos: soluciones al fin de la ultraactividad*, Francis Lefevre, Madrid, 2015, p. 53 y Cámara Botía, A. y Gil Plana, J., *Denuncia y ultraactividad del convenio colectivo*, cit., p. 119.

²⁹ Las califica como fraude de ley Martínez Moreno, C., *Eficacia temporal de los convenios colectivos: soluciones al fin de la ultraactividad*, cit., p. 54. Otra consideración merecerían los supuestos en los que la denuncia anticipada procede de un acuerdo de todas las partes, según Sala Franco, T., "La duración y ultraactividad...", cit., p. 2 de 10.

³⁰ Por ejemplo, la STSJ de Galicia de 9 de junio de 2014, rec. 1465/2014, no ve razón para rechazar la validez de una denuncia efectuada con nueve meses de antelación, cuando el plazo mínimo previsto en el convenio colectivo era de dos meses, sin que se hubiese previsto plazo máximo. Se da la circunstancia, además, de que el periodo de ultraactividad transcurrió sin que se firmase un

Todo esto pone de relieve la conveniencia de que el convenio colectivo regule de manera rigurosa los plazos para la denuncia³¹. Como ya se ha indicado, el artículo 85.3.d) ET obliga a precisar el plazo mínimo, es decir, la antelación con que debe emitirse la denuncia respecto de la fecha de término, de manera que, superado dicho plazo sin que ésta se produzca, se entiende que el convenio se prorrogará. Sin embargo, el plazo mínimo no impide las denuncias prematuras. Por ello, los negociadores deberían plantearse si desean incorporar también un plazo máximo, esto es, una fecha antes de la cual no sea posible realizar una denuncia válida. La conjunción de los dos plazos, mínimo y máximo, equivaldría a trazar un intervalo temporal durante el que exclusivamente cabría denunciar el convenio.

Estas opciones reguladoras de la denuncia no son nuevas en la negociación colectiva³², lo que sucede es que ahora son más necesarias, puesto que la denuncia cursada en cualquier momento puede abrir el periodo de ultraactividad con todas sus consecuencias, a no ser que se haya señalado otro *dies a quo* para el mismo, como se ha sugerido en el epígrafe anterior. Aunque podría considerarse que este tipo de cláusulas limitan la libertad sindical de los legitimados para denunciar el convenio, en especial si se tiene en cuenta que estos no son solo los firmantes, cabe argumentar a su favor la necesidad de proteger la estabilidad y el cumplimiento de lo pactado para garantizar el correcto ejercicio del derecho a la negociación colectiva. En todo caso, el respeto a la autonomía colectiva se impone sobre la aplicación de estas cláusulas cuando hay consenso entre las partes interesadas en poner fin de forma sobrevenida a la vigencia del convenio³³.

2.3. Eficacia jurídica y prueba de la denuncia

La vinculación legal del inicio de la ultraactividad con la denuncia redimensiona igualmente otras cuestiones que no han tenido excesiva trascendencia práctica hasta ahora, como son la determinación del momento preciso en que la denuncia despliega su eficacia jurídica, y que ha de funcionar como *dies a quo*

nuevo convenio, pasando a aplicarse el convenio colectivo superior. En sentido similar, la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 3 de diciembre de 2004, rec. 3376/2004.

³¹ Advierte de ello Martínez Moreno, C., *Eficacia temporal de los convenios colectivos: soluciones al fin de la ultraactividad*, cit., p. 61.

³² Pastor Martínez, A., *La vigencia del convenio colectivo estatutario. Análisis jurídico de su dimensión temporal*, cit., pp. 251-256.

³³ De todos modos, los tribunales han otorgado validez a la denuncia efectuada antes del plazo máximo indicado en el convenio colectivo, al considerar decisivos los acontecimientos subsiguientes a dicha denuncia extemporánea, de los que se deduce que las partes aceptan el decaimiento del convenio colectivo y por tanto la validez de la denuncia. Ejemplo de ello es la STSJ de Andalucía, Granada, de 14 enero de 2016, rec. 2685/2015, f. j. 2.º, que cita a su vez sentencias anteriores del mismo orden territorial. Entre la doctrina, a favor de esta línea, González Ortega, S., “Vigencia y ultraactividad...”, cit., p. 153 y Beltrán de Heredia Ruiz, I., “Renovación de convenio colectivo vigente y objeciones...”, cit., p. 28.

en el cómputo de la ultraactividad, así como la prueba de que efectivamente el convenio colectivo ha sido denunciado.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, podrían barajarse varias alternativas, pues es posible que no coincidan temporalmente el momento en que se emite la denuncia, el momento en que ésta llega a la parte o partes receptoras y el momento en que se inscribe en el registro de convenios colectivos³⁴. Entre todas ellas, la última opción ha de ser descartada, ya que el Tribunal Supremo ha dejado claro que la obligación de comunicar la denuncia del convenio al organismo competente no tiene más proyección que la registral y publicitaria, sin que sea un requisito *ad solemnitatem* que pueda afectar a la eficacia de la denuncia planteada³⁵. Por lo tanto, la disyuntiva recae entre el momento de emisión o el momento de recepción por la parte o partes interesadas. Desde una perspectiva funcional, centrada en la finalidad principal de la denuncia, que no es otra que dar a conocer a la otra parte el decaimiento de las normas que prorrogan el convenio colectivo y por tanto su pérdida de vigencia una vez alcanzado el término, cabría inclinarse por la segunda alternativa³⁶. Y es que no tendría mucho sentido aceptar que la denuncia despliega efectos jurídicos desde su emisión, pasando por alto la comunicación de esa declaración de voluntad a sus destinatarios, si se tiene en cuenta que ésta altera sustancialmente la vigencia del convenio, y que sus consecuencias son fundamentales para definir la actuación inmediata de las partes interesadas en el proceso de sucesión de convenios que se abre a continuación.

Todo ello refuerza las exigencias de la prueba relativa a la existencia de la denuncia y al momento en que se produce³⁷. Si el convenio colectivo impone requisitos de forma y plazo, habrá que estar en condiciones de demostrar que éstos se han cumplido. Ahora bien, si el convenio no dice nada, aunque la ley no imponga requisitos de forma, la parte que ha denunciado debería poder probar que se emitió la correspondiente declaración de voluntad con claridad suficiente y que se hizo llegar a las partes interesadas.

³⁴ Obligación de inscripción regulada en el artículo 2.2 del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, de registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo.

³⁵ STS de 30 de septiembre de 2013, rec. 97/2012, f. j. 3º.1.

³⁶ Así lo entiende la Audiencia Nacional, que señala que “la denuncia es un negocio jurídico unilateral, aunque recepticio, cuya eficacia requiere inexcusablemente la comunicación a la otra parte. No basta con que una de las partes tenga la voluntad de que el convenio colectivo pierda vigencia al llegar a su término pactado (o a la finalización de cualquiera de sus prórrogas), sino que es preciso también que dicha voluntad sea puesta en conocimiento de la otra parte” (SAN de 4 de septiembre de 2014, rec. 153/2014, f. j. 6º).

³⁷ La Audiencia Nacional lo pone de manifiesto diciendo que “a la vista de los efectos que la Ley atribuye hoy a la denuncia, poniendo fin a la vigencia de un convenio colectivo con todo lo que ello puede implicar, la prueba de la existencia de la denuncia ha de ser especialmente rigurosa” (SAN de 4 de septiembre de 2014, rec. 153/2014). En el mismo sentido, entre la doctrina, véase Martínez Moreno, C., *Eficacia temporal de los convenios colectivos: soluciones al fin de la ultraactividad*, cit., p. 49.

3. PARTES LEGITIMADAS PARA DENUNCIAR. EFECTOS SOBRE LA ULTRAATIVIDAD

3.1. Legitimación plena vs. legitimación inicial: el cambio de doctrina del Tribunal Supremo

La determinación de quiénes están legitimados para denunciar un convenio colectivo no se desprende de forma diáfana de la normativa ya que, una vez más, el Estatuto de los Trabajadores resulta sumamente parco al respecto. “Las partes” a las que alude el artículo 86.2 ET podrían ser tanto las que han suscrito el convenio, como las que reúnen la legitimación plena para negociar el siguiente o las que únicamente cuentan con legitimación inicial. Cada una de estas tres opciones encaja en el tenor literal de la ley³⁸.

La incertidumbre que alberga la ley en esta materia fue despejada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de mayo de 1997³⁹, en la que, valiéndose de criterios sistemáticos y finalistas, concluyó que solo podían denunciar válidamente el convenio quienes en dicho momento pudiesen acreditar legitimación plena, descartando así las otras opciones interpretativas. En realidad, la argumentación del Tribunal Supremo parte de un particular enfoque de la sucesión de convenios colectivos en el que, si bien se distingue conceptualmente entre el acto de denuncia y el de promoción de las negociaciones, se aprecia una fuerte vinculación funcional entre ambos de la que se desprende que solo pueda denunciar quien tenga capacidad para promover las siguientes negociaciones y participar en ellas⁴⁰. En este sentido, la exigencia de legitimación plena para denunciar supone una garantía del cumplimiento de las condiciones mínimas para emprender una nueva negociación. Aunque la escasa litigiosidad en esta materia impidió que el Tribunal confirmase su doctrina en sentencias posteriores, ésta fue asumida por los tribunales, manteniéndose pacífica durante largo tiempo.

Sin embargo, dicha doctrina ha sido recientemente rectificada por la sentencia de 2 de diciembre de 2016⁴¹. En ella el alto tribunal realiza una nueva lectura de los preceptos legales que regulan la pérdida de vigencia de los convenios colectivos basándose en los criterios interpretativos ordinarios, pero también en

³⁸ Respecto de las tres alternativas, véase Cámara Botía, A. y Gil Plana, J., *Denuncia y ultraactividad del convenio colectivo*, cit., pp. 55 y ss.

³⁹ Rec. 3312/1996.

⁴⁰ Según el Tribunal, “el proceso de elaboración del convenio colectivo de eficacia general requiere, de acuerdo con el art. 89 ET, que la iniciación de las negociaciones tenga lugar, una vez acreditada por la parte que la promueve la legitimación plena o quórum de mayoría que permitiría en su caso la conclusión del convenio. No es compatible con el art. 89 ET una denuncia, y consiguiente iniciación de negociaciones mediante la formación de la comisión negociadora, formulada por quien, sin alcanzar la legitimación plena, ostenta simplemente legitimación inicial o derecho a participar en la mesa de negociaciones” (f. j. 4°).

⁴¹ Rec. 14/2016.

el examen del derecho a la libertad sindical en este contexto. Como resultado de ello, el Supremo opta por una interpretación más amplia del artículo 86.2 ET, a tenor de la cual están facultados para denunciar el convenio quienes en el momento de la denuncia cuenten con legitimación inicial, aunque no reúnan la mayoría necesaria para promover las negociaciones de otro convenio estatutario. Al contrario de lo que sucede en la sentencia de 1997, en esta resolución el Tribunal Supremo parte de una límpida separación tanto conceptual como funcional entre denuncia y promoción de las negociaciones de un nuevo convenio⁴². Es precisamente esta desvinculación funcional, apuntalada por una serie de apreciaciones sobre la libertad sindical de quienes solo reúnen legitimación inicial, la que propicia el cambio de doctrina⁴³.

Sin duda, la nueva doctrina del Tribunal Supremo responde al deseo presente en las últimas reformas de evitar la petrificación de los convenios colectivos y promover su ajuste dinámico a las circunstancias empresariales y productivas, pues al ampliar los sujetos que pueden denunciar el convenio también se amplían las oportunidades de denuncia⁴⁴.

Por otra parte, la elección del criterio de legitimación inicial para efectuar la denuncia refuerza su papel de mero elemento desencadenante de la pérdida de vigencia del convenio y de la apertura del periodo de ultraactividad, desconectando esta acción de un hipotético proceso negociador posterior⁴⁵. Pero sería erróneo

⁴² F. j. 3º.2.D).

⁴³ Para el Supremo “impedir a un sindicato legitimado para negociar que active la denuncia casa mal con el reconocimiento representativo que se le atribuye y con la defensa de los intereses de sus representados (art. 7 CE). La activación de la denuncia, desde esa perspectiva, constituye una manifestación de la actividad sindical que solo debe restringirse si existe una justificación seria para ello (...) El pluralismo sindical queda indirectamente socavado si se impone una unidad de acción para un acto cuyos efectos no son directamente normativos y cuyo alcance puede venir condicionado por el convenio a que se refiere. En suma: solo si los términos legales son inequívocos habríamos de restringir la legitimación para denunciar el convenio a quienes poseen legitimación plena para negociar. Y las previsiones normativas, lejos de ser inequívocas en tal dirección más bien abocan al resultado contrario” (f. j. 4º.1.D).

⁴⁴ El Tribunal lo reconoce expresamente al declarar que “esta interpretación permite resolver sin necesidad de crear excepciones o de construir argumentos específicos los supuestos en los que la denuncia podría ser sumamente dificultosa, o incluso imposible, como consecuencia de que los sujetos colectivos existentes no reúnen la mayoría preceptiva” (f. j. 4º.2). Precisamente, esta era una de las críticas que se habían dirigido contra la doctrina que exigía legitimación plena para denunciar, calificándola como excesivamente restrictiva (Pastor Martínez, A., *La vigencia del convenio colectivo estatutario. Análisis jurídico de su dimensión temporal*, cit., pp. 245, 246).

⁴⁵ Según el Supremo, “no se trata de que si un sujeto colectivo con legitimación inicial denuncia el convenio esté obligando a los demás legitimados a sumarse a tal acto, sino de que -por sí misma- tal decisión despliega sus efectos. A partir de ella se reunirá, o no, la legitimación ampliada que es imprescindible para promover la renegociación” (f. j. 4º.2). Ya en 2004 González Ortega, S., exponía los defectos de esta opción indicando que “supone poner en manos de quien no tiene la facultad legal de acordar convenios de eficacia general la capacidad de poner en marcha un mecanismo complejo que, además de abrir la negociación, tiene efectos colaterales tan relevantes como determinar el fin efectivo de la vigencia de un convenio que, a lo mejor, la mayoría de esa representación desea dejar activo; como también supone generar un proceso ya irreversible de fin de vigencia y de prórroga excepcional o provisional que sólo puede finalizar por acuerdo suscrito por quienes ostentan legitimación plena. Precisamente quienes no se han manifestado a favor de la denuncia” (“Vigencia y ultraactividad...”, cit., p. 152).

pensar que la nueva doctrina del Supremo rompe todo nexo entre pérdida de vigencia del convenio denunciado y negociación de un nuevo convenio colectivo. Lo que sucede es que, si antes ese nexo se encontraba en la exigencia de la misma legitimación para denunciar y negociar, en la actualidad reside en el apremiante régimen jurídico de la ultraactividad que comienza a aplicarse a partir de la denuncia.

En efecto, suele decirse que la reforma de la ultraactividad en 2012 alteró los equilibrios de las partes en el proceso de negociación de los convenios colectivos. Si la ultraactividad indefinida favorecía las pretensiones del banco social, la limitación temporal de la ultraactividad supone una ventaja para el banco empresarial, ya que se negocia bajo la amenaza inminente de decadencia definitiva del convenio y de una posible contractualización de las condiciones de trabajo si no hubiese convenio superior aplicable⁴⁶. En este sentido, la nueva doctrina del Supremo sobre la legitimación para denunciar puede suponer una vuelta de tuerca en el complejo escenario resultante de la reforma de 2012 que desestabiliza aún más la posición del banco social, al despojar a quienes ostentan la legitimación plena del control sobre la decisión estratégica de denunciar el convenio de cara a la apertura de negociaciones⁴⁷.

De hecho, dadas las nuevas condiciones de duración de la ultraactividad y las consecuencias de su transcurso infructuoso, era razonable pensar en el mantenimiento de la legitimación plena para denunciar el convenio como garantía de un cierto consenso para asumir y afrontar las negociaciones en un escenario de gran incertidumbre⁴⁸. Sin embargo, el Tribunal Supremo se ha posicionado en el extremo opuesto, favoreciendo una negociación colectiva quizás más dinámica, pero sin duda menos responsable, sosegada y reflexiva.

Por último, el Supremo blinda su interpretación dotándola expresamente de carácter imperativo. Ya desde las primeras consideraciones el tribunal advierte de que las normas del Estatuto de los Trabajadores sobre legitimación en materia de convenios colectivos son de orden público y no pueden ser alteradas por la autonomía colectiva, ni para endurecerlas ni para flexibilizarlas⁴⁹. En apoyo de esta afirmación invoca una sentencia del Tribunal Constitucional que, aunque señala el carácter indisponible de las reglas de legitimación para negociar convenios colectivos del artículo 87 ET, no se refiere en absoluto a la legitimación para

⁴⁶ Görlich Peset, J. M., *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, cit., 26 y Alfonso Mellado, C. L., *La ultraactividad de los convenios colectivos: una propuesta integral*, cit., p. 24.

⁴⁷ Se ha dicho que la doctrina del Tribunal Supremo sobre la denuncia se inscribe en las políticas de devaluación interna iniciadas por la reforma laboral de 2012 (Trillo Párraga, F., “La denuncia del convenio colectivo. Comentario a la STS 5619/2016, de 2 de diciembre”, *Revista de Derecho Social*, 78/2017, p. 171).

⁴⁸ Cámara Botía, A. y Gil Plana, J., *Denuncia y ultraactividad del convenio colectivo*, cit., p. 78.

⁴⁹ F. j. 3º.1.A.

denunciarlos, lo que difícilmente permite extender sus conclusiones al contexto del artículo 86 ET⁵⁰. Resulta paradójico que justo cuando el Tribunal Supremo traza una distinción tan neta entre el acto de la denuncia y la promoción de las negociaciones –y correlativamente entre legitimación para denunciar y legitimación para negociar-, se valga de esta sentencia para imponer a la autonomía colectiva su interpretación sobre la legitimación para la denuncia.

Ante la debilidad de este fundamento jurídico, el Tribunal se ve obligado a buscar otro argumento a mayores para justificar el carácter imperativo de su interpretación. Ello le lleva a conectar la legitimación para denunciar –y el propio acto de la denuncia- con el derecho fundamental a la libertad sindical y con el papel que la Constitución atribuye a los sindicatos. Solo si se acepta que cualquier otra solución que no sea la elegida por el Supremo es incompatible con la libertad sindical y el pluralismo sindical, resulta razonable que dicha interpretación tenga carácter imperativo, escapando así al poder de disposición de la autonomía colectiva. De lo contrario, la imposición del Tribunal Supremo de su fórmula interpretativa sobre la legitimación para denunciar podría entrañar un intervencionismo judicial excesivo o injustificado⁵¹.

En todo caso, una breve mirada a los convenios colectivos publicados tras la sentencia citada muestra que esta doctrina va a tener que enfrentarse a una apreciable inercia a favor tanto de la regulación en el convenio de la legitimación para denunciar, como de la opción interpretativa que el Tribunal Supremo avaló durante casi veinte años, pues no es difícil encontrar convenios que restringen la capacidad para denunciar a las partes dotadas de legitimación plena⁵². Según indica la sentencia de 2 de diciembre de 2016, estas cláusulas convencionales deberán inaplicarse⁵³.

Por último, solo queda referirse a algunas cuestiones que no aclara la sentencia del Tribunal Supremo. La primera de ellas versa sobre la legitimidad para denunciar de las organizaciones empresariales. Aunque éstas no son titulares del derecho de libertad sindical, en el que se apoya en gran medida la opción por la

⁵⁰ STC 73/1984, de 27 junio.

⁵¹ Así lo han sugerido Rojo Torrecilla, E., “Sobre las diferencias entre el trámite de denuncia un convenio colectivo y el inicio de las negociaciones del nuevo convenio. ¿Protección de la libertad sindical de los sindicatos minoritarios y/o intervencionismo judicial en la negociación? Una nota a la sentencia del TS de 2 de diciembre de 2016”, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/01/sobre-las-diferencias-entre-el-tramite.html> y Trillo Párraga, F., “La denuncia del convenio colectivo...”, cit., pp. 181, 182.

⁵² Véanse, entre otros, el artículo 5 del II Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías, BOE de 12 de agosto de 2017, el artículo 5 del Segundo Convenio Colectivo Estatal del Sector de Radiodifusión Comercial Sonora, BOE de 13 de diciembre de 2017, el artículo 3 del II Convenio Colectivo de Icono Enterprise, SL, BOE de 1 de diciembre de 2017, o el artículo 7 del II Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center, BOE de 12 de julio de 2017. Cabe destacar que aunque la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2016 se dicta en relación con el convenio colectivo del sector de contact center, la nueva versión de este convenio no ha variado la antigua regla de legitimación plena.

⁵³ F. j. 3º.1.A.

legitimación inicial, parece que también debe bastar este tipo de legitimación para que las organizaciones empresariales puedan denunciar el convenio colectivo. Y es que no tendría justificación exigir legitimación plena a la parte empresarial, mientras que a la parte social le basta con la legitimación inicial. Ello produciría un desequilibrio sin fundamento en la posición que ambas partes ocupan en la negociación colectiva.

Otra cuestión que podría verse afectada por el pronunciamiento es la determinación de la legitimación pasiva, es decir, a quiénes debe comunicarse la denuncia del convenio colectivo. El asunto no es baladí, teniendo en cuenta que, como se ha dicho antes, la denuncia es una declaración de voluntad recepticia, dirigida por lo tanto a alguien⁵⁴. Con anterioridad a la sentencia de 2016, doctrina científica y judicial apuntaban que la comunicación debería dirigirse a las partes firmantes y a las que ostenten legitimación plena en el momento de la denuncia⁵⁵. Pero, a la vista de la reciente sentencia del Tribunal Supremo, parece que la comunicación debería dirigirse a todos los sujetos que cuenten con legitimación inicial, por si quisiesen sumarse a la denuncia, ejerciendo así su derecho a denunciar el convenio.

3.2. Revocabilidad de la denuncia

Puesto que la denuncia del convenio colectivo tiene trascendentales consecuencias respecto de su vigencia y ultraactividad, es preciso aclarar si, una vez efectuada, ésta puede ser neutralizada, bien por el resto de las partes legitimadas para denunciar, bien por la propia parte que la ha formulado.

En el primero de los supuestos se trata de determinar si las partes que no han denunciado el convenio pueden pactar su prórroga ordinaria, evitando que pierda vigencia y que entre en juego la ultraactividad⁵⁶. Esta hipótesis podría parecer razonable si existiese un amplio consenso tanto en el banco social como en el empresarial a favor de la prórroga, especialmente si las partes reuniesen legitimación plena. Cabría pensar que si tienen capacidad para suscribir un nuevo convenio en esa unidad de negociación, también podrían ser capaces de decidir la prórroga del convenio anterior. Sin embargo, la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 2 de diciembre de 2016 veda claramente esta posibilidad, pues se declara de manera expresa el objetivo de facilitar la acción sindical de quienes no

⁵⁴ El Tribunal Supremo en la sentencia que se está examinando así lo indica al exponer que “la “denuncia” alude a una expresa manifestación de voluntad que se exterioriza y hace llegar a alguien” (f. j. 3º.2.A), aunque el tribunal no aclara quién es ese “alguien”.

⁵⁵ Cámara Botía, A. y Gil Plana, J., *Denuncia y ultraactividad del convenio colectivo*, cit., p. 65. En su sentencia de 4 de septiembre de 2014, rec. 153/2014, la Audiencia Nacional asume implícitamente que la comunicación se realiza entre quienes ostentan legitimación plena, pues se refiere a las dos partes interesadas.

⁵⁶ A favor de esta posibilidad, Cabeza Pereiro, J., “Vigencia y ultraactividad de los convenios en España”, cit.

reúnan legitimación plena, facilitando la denuncia en tales supuestos⁵⁷. Con todo, hay que destacar la extrañeza de la situación resultante, en la que las partes con legitimación plena pueden adoptar acuerdos para adaptar el contenido del convenio ultraactivo a las necesidades del sector⁵⁸, pueden pactar de forma sobrevenida la duración indefinida del periodo de ultraactividad para dar la máxima continuidad al convenio ultraactivo⁵⁹, pueden negociar un nuevo convenio e incluso aprobar un convenio idéntico al vencido, pero no pueden decidir prorrogarlo una vez que ha sido denunciado.

El segundo de los supuestos antes apuntados se refiere a la posibilidad de que quien ha denunciado el convenio pueda revocar con posterioridad dicho acto. La tesis de la revocabilidad es acorde con el respeto a la autonomía colectiva, pues tras la denuncia podría surgir alguna circunstancia nueva -como la constatación de un profundo desacuerdo respecto de las futuras negociaciones o el consenso para revisar parcialmente el convenio sin necesidad de llevar a cabo su completa sustitución- que incitase a la parte o partes denunciante a replantearse su decisión. Desde esta perspectiva no tendría demasiado sentido afirmar la irreversibilidad de un acto que las partes interesadas ya no desean.

En una única sentencia sobre esta cuestión dictada en 2008, el Tribunal Supremo ha aceptado la posibilidad de que se produzca un desistimiento tácito de la denuncia, con la consiguiente activación de la prórroga ordinaria del convenio⁶⁰. Para alcanzar esta conclusión el tribunal, invocando el artículo 1282 del Código Civil, se centra en el análisis de una serie de hechos posteriores a las denuncias -una automática y la otra expresa- que evidencian la intención de las partes de entender prorrogado el convenio. Concretamente, se tuvo en cuenta la aceptación durante varios años de la prórroga del convenio colectivo con todos sus efectos, así como la ausencia de negociaciones de un nuevo convenio, a pesar de que se llegó a constituir la mesa negociadora.

En definitiva, el pronunciamiento abre la puerta a que la actuación posterior de las partes denunciante neutralice los efectos de la denuncia. Ahora bien, las conclusiones del Supremo han de ser matizadas a la luz de la doctrina acuñada en la sentencia de 2 de diciembre de 2016 en un doble sentido. En primer lugar, la ausencia de negociaciones no podría ser considerada ya como un elemento revelador del desistimiento de la denuncia, pues el Tribunal Supremo ha deslindado tajantemente denuncia y promoción de negociaciones, presentándolos como actos bien diferenciados con efectos independientes. Y, en segundo lugar, conforme a la nueva interpretación del artículo 86.2 ET, no bastaría con fijarse en los actos de

⁵⁷ F. j. 4.º.2.

⁵⁸ Artículo 86.3.2º ET.

⁵⁹ El Tribunal Supremo ha optado por una interpretación amplia de la expresión “salvo pacto en contrario”, del artículo 86.3 *in fine* ET en su sentencia de 17 de marzo de 2015, rec. 233/2013.

⁶⁰ STS de 16 junio de 2008, rec. 114/2007, f. j. 2º.

quienes ostentan legitimación plena, sino que habría que examinar la actuación de todos los que estén dotados de legitimación inicial. Se impone, por tanto, un mayor consenso en la actuación de las partes legitimadas para denunciar para poder apreciar el desistimiento tácito de la denuncia.

Además, como la sentencia relativa al desistimiento tácito es anterior a la reforma laboral de 2012, no se plantea los efectos de esta situación sobre el cómputo de la ultraactividad, cuestión que hoy adquiere una especial trascendencia. Cabe pensar que, aunque la denuncia abre el periodo de ultraactividad—si no se ha dispuesto otra cosa—, el desistimiento pone fin al cómputo del mismo, de modo que, si más tarde el convenio vuelve a ser denunciado, se iniciaría *ex novo* otro periodo de ultraactividad.

La aceptación por parte del Supremo del desistimiento tácito de la denuncia despeja el camino para admitir su revocación expresa, que ofrece mayores garantías de seguridad jurídica. Ello conduce a plantearse cómo y cuándo se podría revocar dicho acto.

En cuanto a la forma, teniendo en cuenta que la denuncia ha de ser expresa, comunicada a las otras partes y convenientemente registrada, es posible sostener que la revocación también debería cumplir unos requisitos formales mínimos similares a los que se exigen para su formulación, aunque en este caso el contenido de la declaración sea justamente el opuesto⁶¹. Ahora bien, ya que el Supremo admite el desistimiento tácito, resulta claro que dichos requisitos de forma no tendrían carácter constitutivo, sino que simplemente aportarían una mayor seguridad jurídica.

Otro aspecto probablemente más relevante es hasta qué momento la parte que ha interpuesto la denuncia puede revocarla de forma expresa. Parece claro que la revocación debería producirse antes de que la denuncia surta efectos sobre la vigencia del convenio, evitando su prórroga ordinaria y provocando su decadencia definitiva. Por consiguiente, la fecha tope sería el término del convenio. Ahora bien, una revocación demasiado próxima a esta fecha podría limitar o hacer inviable el ejercicio del derecho de acción sindical de las otras partes interesadas si no deja margen suficiente para que éstas puedan efectuar una nueva denuncia y evitar la prórroga del convenio. Piénsese que las otras partes han podido optar por no denunciar el convenio al estar ya denunciado, actuando conforme a la expectativa de su próxima pérdida de vigencia. Puesto que, según el Tribunal Supremo, la activación de la denuncia constituye una manifestación de la actividad sindical que no tolera restricciones injustificadas⁶², cabe exigir, como requisito adicional, que la revocación se produzca con antelación suficiente para que las otras partes puedan efectuar una nueva denuncia si así lo desean.

⁶¹ Así lo entienden Cámara Botía, A. y Gil Plana, J., *Denuncia y ultraactividad del convenio colectivo*, cit., p. 28.

⁶² STS de 2 de diciembre de 2016, rec. 14/2016, f. j. 4º.1.B).

Pero quizás la situación más delicada se produce en la hipótesis de que la revocación de la denuncia concurre con la promoción de negociaciones. La doctrina del Tribunal Supremo que parte de la desvinculación conceptual y funcional entre denuncia y negociación de un nuevo convenio obliga a mantener la revocabilidad de la denuncia aunque ya se hayan iniciado negociaciones. Pero los posibles escenarios que pueden darse en la práctica son ciertamente complejos. Piénsese, por ejemplo, en la denuncia formulada por una parte con legitimación inicial, que la revoca una vez constituida una mesa negociadora en la que no participa. A ello hay que añadir que, aunque la revocación de la denuncia no afecta a la posibilidad de continuar las negociaciones, las condiciones de negociación se alteran profundamente, pues vuelven a operar las cláusulas de paz y decae el deber de negociar, ya que el convenio permanece vigente y se extingue la ultraactividad. La clave que permite sortear todas estas dificultades reside de nuevo en la posibilidad de que las partes negociadoras puedan efectuar una nueva denuncia que evite la prórroga ordinaria del convenio.

4. DENUNCIA Y PROMOCIÓN DE LAS NEGOCIACIONES

4.1. Denuncia, promoción de negociaciones y ultraactividad: vínculos conceptuales y funcionales

Denuncia y promoción de las negociaciones son instituciones estrechamente vinculadas, pues ambas desempeñan funciones relevantes y en cierto modo complementarias en el complejo proceso de sucesión de convenios colectivos. Puesto que la denuncia precipita la pérdida de vigencia del convenio, es habitual que contemporáneamente se plantee la necesidad de elaborar otro que lo sustituya. Por esta razón la doctrina con frecuencia ha entendido que la denuncia entraña una manifestación de la voluntad de iniciar nuevas negociaciones, poniendo fin para ello a la vigencia del convenio colectivo⁶³. En breves palabras, desde esta perspectiva, “se denuncia para negociar”⁶⁴.

Esta tesis pareció obtener refrendo legal cuando el Real Decreto-Ley 7/2011 añadió un inciso en el artículo 89.1 ET, según el cual, “en el supuesto de que la promoción sea el resultado de la denuncia de un convenio colectivo vigente, la comunicación deberá efectuarse simultáneamente con el acto de la denuncia”.

⁶³ Así, se ha dicho que la denuncia es “una relevante manifestación de voluntad por parte de quien la formula de su deseo de renegociar el convenio” (Martínez Moreno, C., *Eficacia temporal de los convenios colectivos: soluciones al fin de la ultraactividad*, cit., p. 47); que en “caso de denuncia, se abre el proceso negociador” (Gorelli Hernández, J., “El proceso de reformas de la negociación colectiva en España”, *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, 68/2012, p. 222); o bien que “la denuncia constituye la llave de paso para que los distintos sujetos con legitimación negociadora puedan desarrollar el derecho a la negociación colectiva” (Pastor Martínez, A., *La vigencia del convenio colectivo estatutario. Análisis jurídico de su dimensión temporal*, cit., p. 242).

⁶⁴ Cámara Botía, A. y Gil Plana, J., *Denuncia y ultraactividad del convenio colectivo*, cit., p. 30.

Aunque algunos sectores asumieron que de esta manera se reforzaba el vínculo entre denuncia y negociación, el Tribunal Supremo ha rechazado esta conclusión.

A su modo de ver, el hecho de que el artículo 89.1 ET se refiera al “supuesto de que” la promoción sea el resultado de la denuncia, indica precisamente que puede darse el supuesto contrario, esto es, que se promuevan negociaciones sin denuncia previa, bien porque se trate de una negociación *ante tempus*, o bien porque se pretenda abrir una nueva unidad de negociación⁶⁵. Y a su vez la denuncia no tiene por qué conducir a la promoción de negociaciones, entre otras cosas porque quizás la parte denunciante no tenga legitimación suficiente para ello. Pero el Supremo va incluso más allá al sugerir que “es posible que quien promueve la denuncia del convenio ni siquiera desee su renegociación, sino que esté interesado en activar su decadencia y, en el caso, ulterior entrada en juego del convenio de ámbito superior”⁶⁶. Es decir, se reconoce que la denuncia puede tener por única finalidad empujar al convenio colectivo a un periodo de ultraactividad baldío, marcado por la ausencia de negociación, a la espera de que se desencadenen las consecuencias de la post-ultraactividad, que oscilan entre la aplicación del convenio colectivo superior y la contractualización de las condiciones de trabajo si no hay convenio superior aplicable⁶⁷.

La tajante separación funcional entre la denuncia y la promoción de las negociaciones que mantiene el Tribunal Supremo se sitúa a contracorriente de una tendencia que impulsaba a los negociadores a incluir en el convenio colectivo compromisos de inicio de las siguientes negociaciones tras la denuncia. Es importante subrayar que la postura del Supremo no impide a la autonomía colectiva seguir concluyendo este tipo de acuerdos mediante los que se es posible restablecer la vinculación entre denuncia y compromiso de negociar, a fin de propiciar una sucesión de convenios colectivos lo más ágil posible en la misma unidad de negociación⁶⁸. Ahora bien, conforme a la actual doctrina sobre legitimación para denunciar, estas cláusulas ya no pueden atribuir a la parte denunciante el deber de promover negociaciones, pues podría no estar legitimada para ello. Salvando esta circunstancia no hay inconveniente para que la autonomía colectiva restablezca la conexión entre denuncia y promoción de negociaciones.

⁶⁵ Esta interpretación ya había sido apuntada por la doctrina. Véase Benavente Torres, I., “Aportaciones al debate...”, cit., p. 4 de 24.

⁶⁶ STS de 2 de diciembre de 2016, rec. 14/2016, f. j. 4º.2. Esta idea ya había aparecido en el fundamento jurídico anterior, en el que se señalaba que “la separación de esas dos decisiones (denunciar, promover la negociación) resulta respetuosa ... con la acción sindical (que bien pudiera promover el término del convenio para propiciar su desaparición e integración en el de ámbito superior, conforme prevé el art. 86.3 in fine ET)” (f. j. 3º.2.D).

⁶⁷ STS de 22 de diciembre de 2014, rec. 264/2014.

⁶⁸ Véanse, entre otros, el artículo 4 del XVIII Convenio colectivo general de la industria química, BOE de 19 de agosto de 2015, artículo 10 del II Convenio colectivo estatal de notarios y personal empleado, BOE de 6 de octubre de 2017, artículo 1.4 del Convenio colectivo para la industria fotográfica (2017-2018-2019), BOE de 22 de agosto de 2017, o artículo 5 del Convenio Colectivo del Sector de Industrias de Pastas Alimenticias, BOE de 12 de febrero de 2018.

Pero probablemente el mayor problema de la tesis del Supremo es que presenta evidentes puntos de fricción con la tradicional interpretación de las relaciones entre ultraactividad y negociación de un nuevo convenio colectivo. Dicha interpretación arranca del art. 86.3 ET, que, en su primera referencia a la ultraactividad, indica que “durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo, en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia”. A partir de aquí se plantea la cuestión de si la celebración de negociaciones es un requisito necesario para la aplicación del régimen de ultraactividad. El tenor literal del precepto así parece exigirlo, al presentar la ultraactividad como un mecanismo netamente interino para la cobertura de vacíos de regulación que opera solo en tanto no esté suscrito el nuevo convenio.

La afianzada jurisprudencia sobre la concurrencia de convenios colectivos durante la ultraactividad se sitúa en esta línea, pues aunque parte de la inaplicación de la prohibición del artículo 84.1 ET al convenio ultraactivo, a fin de evitar la petrificación de la estructura negocial⁶⁹, admite una relevante excepción a esta regla. Dicha excepción consiste precisamente en que se hayan iniciado nuevas negociaciones que mientras se encuentren activas producen la «impermeabilización» de la unidad de negociación preexistente, protegiendo al convenio en fase de ultraactividad de ser afectado por otros convenios⁷⁰. Por el contrario, el abandono definitivo de las negociaciones, o la no iniciación de las mismas una vez concluida su vigencia, permiten la afectación del convenio denunciado y ultraactivo por el convenio colectivo de ámbito superior, que, en caso de existir, sería inmediatamente aplicable⁷¹.

De todos modos, hay que advertir que esta construcción jurisprudencial es disponible para la autonomía colectiva, que tiene en su mano la posibilidad de definir el régimen de concurrencia aplicable durante el periodo de ultraactividad, pudiendo pactar de antemano la impermeabilización de la unidad de negociación. En este caso, la regulación convencional no tiene por qué ceñirse estrictamente a las condiciones que la jurisprudencia impone cuando la impermeabilización se produce por el inicio de las negociaciones. Aunque parece exigible que se desarrollen negociaciones de cara a suscribir otro convenio, el abandono de las

⁶⁹ Por todas, STS de 2 de febrero de 2004, rec. 3069/2002.

⁷⁰ Por todas, STS de 17 de mayo de 2004, rec. 101/2003.

⁷¹ Por ejemplo, se entiende concluida la ultraactividad del convenio a partir de la fecha de la ruptura definitiva de las negociaciones en la STS de 20 junio de 2012, rec. 31/2011, f. j. 3º. Por otro lado, la STS de 10 de diciembre de 2012, reud. 48/2012, acepta la aplicación automática del convenio de sector una vez expirada la vigencia del convenio de empresa sin que éste llegase a entrar en ultraactividad, precisamente por la falta de negociaciones “impermeabilizadoras” de la unidad de negociación, que hubieran debido producirse “sin solución de continuidad” (f. j. 5º). En todo caso, la determinación de cuándo fracasan definitivamente las negociaciones no resulta sencilla, por lo que la jurisprudencia ha adoptado al respecto un punto de vista amplio. Véase sobre este tema Casas Baamonde, M. E., “Eficacia temporal de la prioridad aplicativa...”, cit., pp. 383-385 y Vila Tierno, F., “Una vuelta más a la ultraactividad: pronunciamientos recientes a la luz del derecho comparado”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 371/2016, pp. 374-376.

mismas en un contexto de buena fe negocial no afecta a la validez de la cláusula de prohibición de concurrencia, que se mantendrá durante todo el periodo de ultraactividad, operando como una suerte de blindaje del convenio⁷².

Sin embargo, la jurisprudencia anterior no aclara si la ultraactividad puede extenderse más allá del cese definitivo de las negociaciones cuando no haya convenios concurrentes. La cuestión ha adquirido una gran relevancia tras la reforma de ultraactividad y su interpretación jurisprudencial, pues si se entiende que la existencia de negociaciones en la misma unidad es condición necesaria para el mantenimiento de la ultraactividad habría que concluir que su ausencia provoca el fin de la misma, aunque no hubiese transcurrido el plazo legal o convencional. Lo que sucediese a partir de ese momento resulta dudoso a la par que inquietante. Cabe pensar en la extensión a este supuesto de la regla del párrafo cuarto del artículo 86.3 ET, pero esta opción presenta dos inconvenientes. Por una parte, dicha regla no ofrece una solución general para cualquier supuesto de fin de la ultraactividad, con independencia de su causa, sino que se centra en un caso concreto, que es el del transcurso del plazo legal de ultraactividad sin haber logrado un nuevo convenio y sin contar con un laudo arbitral. Esta especificidad puede dificultar su extensión a otros supuestos⁷³. Y, por otra parte, la solución aportada por esta regla, que es la aplicación del convenio superior, no sirve para el caso planteado, que se caracteriza precisamente porque no hay concurrencia de convenios, esto es, porque no hay convenio superior que pueda sustituir al convenio ultraactivo. Así pues, de considerar aplicable la regla del párrafo cuarto del artículo 86.3 ET, habría que recurrir a la interpretación del Tribunal Supremo que establece que, a falta de convenio superior, se produce la contractualización de las condiciones laborales.

Estas consideraciones invitan a reflexionar acerca del vínculo entre ultraactividad y negociación del nuevo convenio colectivo en el actual contexto normativo. Tanto la advertencia del artículo 86.3 ET de que “durante las negociaciones” se mantendrá la vigencia del convenio, como la jurisprudencia sobre la impermeabilización de la unidad de negociación son anteriores a la reforma de 2012, que incidió de forma decisiva sobre la ultraactividad. En un escenario de ultraactividad indefinida era realmente muy necesario habilitar mecanismos que permitier-

⁷² En su sentencia de 24 de abril de 2012, rec. 141/2011, el Tribunal Supremo, concluye “que el convenio autonómico contiene normas específicas sobre el régimen de ultraactividad diferentes a las reguladas en el art. 86.3 ET (objeto de la concreta interpretación jurisprudencial de la normativa estatutaria invocada por la parte recurrente) y posibilitadas por el mismo, las que, en el presente caso, “impermeabilizan” la unidad de negociación frente a posibles convenios colectivos de ámbito estatal posteriores ... lo que unido a que ... ambas partes denunciaron oportunamente la vigencia del citado Convenio colectivo autonómico y que el abandono de la negociación, tras múltiples sesiones e intentos mediadores no se ha debido a maniobras torticeras para evitar el acuerdo, obliga a entender inaplicable globalmente el citado Convenio colectivo estatal” (f. j. 2º.6).

⁷³ Así lo pone de manifiesto García Salas, A. I., “La prohibición de concurrencia durante la ultraactividad de un convenio colectivo”, *Revista de Información Laboral*, 7/2016, citado por Westlaw, BIB 2016\4163, p. 8 de 9.

an el fin de la ultraactividad cuando ya no desempeñase su función interina de cobertura de vacíos, evitando así la petrificación de la negociación colectiva. En cambio, en la actualidad, aunque la autonomía colectiva puede decidir la duración indefinida de la ultraactividad, la regla legal supletoria que limita su duración a un año genera una tendencia negocial hacia la acotación temporal de este periodo⁷⁴. Por tanto, si ya hay un mecanismo que garantiza el fin de la ultraactividad, combatiendo la petrificación de la negociación colectiva, cabe preguntarse si es necesario mantener, a mayores, la exigencia de que haya negociaciones activas para evitar la decadencia del convenio ultraactivo.

Es cierto que la exigencia de negociación activa es plenamente coherente con la naturaleza de la ultraactividad como instrumento temporal de cobertura de vacíos, pero puede ser demasiado estricta en un contexto en el que basta la legitimación inicial para denunciar el convenio e introducirlo en un periodo de ultraactividad de duración restringida. Buscar las mayorías necesarias para reunir la legitimación plena puede ser laborioso y por ello poco compatible con la continuidad que reclama la impermeabilización de la unidad de negociación⁷⁵. Y, por otro lado, no parece aconsejable que la significativa presión a la que están sujetos los negociadores por la limitación temporal de la ultraactividad se incremente mediante el requisito de iniciar inmediatamente las negociaciones o mantenerlas activas a toda costa. En definitiva, dada la actual configuración del régimen legal de ultraactividad, podría ser conveniente aplicar sin más la prohibición de concurrencia de convenios durante todo el periodo de ultraactividad, siempre que esté temporalmente limitado, manteniendo la exigencia de negociación activa únicamente cuando se haya pactado la ultraactividad ilimitada⁷⁶. Además, esta solución sería compatible con la tendencia legal hacia la equiparación entre vigencia ordinaria y vigencia ultraactiva.

Las últimas sentencias del Tribunal Supremo en torno a esta cuestión no se apartan de la jurisprudencia anterior a la reforma de 2012, pero comportan cierta ambigüedad que deja la puerta abierta hacia posiciones menos rigurosas respecto de la presencia de negociaciones activas durante la ultraactividad. Aparte de la sentencia de 2 de diciembre de 2016, en la que, como ya se ha destacado, se da por sentada una menor dependencia entre ultraactividad y negociación de un nuevo

⁷⁴ Según un estudio de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos sobre una muestra de convenios registrados entre 2014 y 2017, el 57,3% de los mismos ha optado por la ultraactividad indefinida hasta la suscripción del nuevo convenio, mientras que el 42,7% contiene cláusulas de duración limitada o se sujeta a la duración legal (Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC), Estudio sobre denuncia, ultraactividad y arbitraje obligatorio-2017, cit., pp. 3-5).

⁷⁵ En la STS de 10 de diciembre de 2012, reud. 48/2012, se exige que las negociaciones se lleven a cabo “sin solución de continuidad” (f. j. 5º).

⁷⁶ Sobre el mantenimiento del deber de negociar cuando se ha pactado la ultraactividad indefinida, véase Lahera Forteza, J., “Ultraactividad pactada indefinida y deber de negociación (STS 1-12-2015)”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 4/2016, pp. 372, 373.

convenio, en la sentencia de 30 de diciembre de 2015 se realizan afirmaciones contundentes a favor de la plena aplicación de la prohibición de concurrencia del artículo 84.1 ET durante la ultraactividad que podrían hacer pensar en un cambio de postura⁷⁷. Sin embargo, el Tribunal justifica la aplicación de dicha regla en la expectativa de negociación de un nuevo convenio, atemperando el carácter innovador de sus afirmaciones⁷⁸. Pese a todo, el resultado práctico es sumamente interesante si se tiene en cuenta que el Supremo reduce a su mínima expresión la exigencia de negociaciones durante la ultraactividad para evitar la concurrencia de convenios: es suficiente la mera “expectativa” o posibilidad razonable de que éstas se desarrollen para impermeabilizar la unidad de negociación⁷⁹.

4.2 Revisión *ante tempus* del convenio colectivo y denuncia. Especial referencia a la denuncia tácita

El ferviente deseo de dinamizar la negociación colectiva que inspiró las reformas operadas en 2012 ha tornado más vulnerable al convenio estatutario, al abrirse diversos frentes que afectan a la estabilidad de lo pactado. Algunos de ellos constituyeron novedades relevantes, como la prioridad aplicativa del convenio de empresa o el procedimiento de inaplicación de un amplio abanico de contenidos convencionales; en cambio, otros consistieron en la promoción de mecanismos ya conocidos, como la posibilidad de revisión de un convenio aún vigente⁸⁰.

⁷⁷ “Claramente, tras el Real Decreto-ley 7/2011, con la finalización de la vigencia pactada del convenio y su denuncia solamente pierden vigencia (salvo que se establezca otra cosa en el convenio colectivo) “las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga”. Por consiguiente, si durante el plazo de ultraactividad establecido legalmente (sin perjuicio de que en el convenio colectivo pudiera establecerse otra cosa) siguen en vigor también las cláusulas obligacionales y además la finalidad de ese periodo es la negociación del nuevo convenio, la conclusión es que la prohibición de concurrencia subsiste durante el periodo de ultraactividad” (STS de 30 de diciembre de 2015, rec. 255/2014, f. j. 4º.2).

⁷⁸ “Esta prohibición de concurrencia persiste, una vez finalizada la vigencia pactada del convenio y durante el periodo de ultraactividad del mismo, puesto que durante dicho periodo de ultraactividad se mantiene la expectativa de la negociación de un nuevo convenio colectivo y la jurisprudencia ha protegido en tales casos la unidad de negociación preexistente” (STS de 30 de diciembre de 2015, rec. 255/2014, f. j. 4º.2).

⁷⁹ Basta, por tanto, que se mantenga “alguna posibilidad, aunque remota” de negociación de un nuevo convenio que sustituya al anterior, como sugiere Vila Tierno, F., “Una vuelta más a la ultraactividad: pronunciamientos recientes...”, cit., p. 376. Con posterioridad a esta sentencia del Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional ha aplicado la jurisprudencia contenida en ella, llegando a la conclusión de que “el convenio colectivo denunciado mantiene totalmente su vigencia desde que se produce la denuncia hasta un año después, a tenor con lo dispuesto en el art. 86.3 ET, aunque se encuentre en situación de ultraactividad, salvo, claro está, cuando se acredite que esa unidad negociadora se ha abandonado definitivamente. Superado ese plazo, o acreditado definitivamente el abandono de la unidad negociadora, no habría problema alguno para abrir nuevas unidades de negociación, que ya no concurrirían con el convenio caducado, puesto que habría perdido totalmente su vigencia” (SAN de 24 de abril de 2017, rec. 94/2017, f. j., 3º).

⁸⁰ Sobre las consecuencias de la reforma de 2012 en la negociación colectiva, véase Cruz Villalón, J., “Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva”, *Temas Laborales*, 120/2013, pp. 21-32.

Esta posibilidad de negociar un nuevo convenio antes de que el anterior concluya su vigencia, con el ánimo de sustituirlo total o parcialmente, venía siendo admitida por la jurisprudencia desde finales de la década de los noventa⁸¹. Sin embargo, el Real Decreto-ley 3/2012 y la posterior Ley 3/2012, incorporan esta línea jurisprudencial al Estatuto de los Trabajadores, de modo que el artículo 86.1. *in fine* pasa a indicar que “durante la vigencia del convenio colectivo, los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 podrán negociar su revisión”. A falta de mayores especificaciones, parece que esta posibilidad puede darse tanto durante la vigencia ordinaria, como durante la vigencia prorrogada que pueda haberse producido por aplicación del artículo 86.2 ET. Probablemente mediante su reconocimiento legal expreso se intenta dar más relieve a una práctica que, dada la configuración y los usos de la negociación colectiva, no ha tenido gran trascendencia en el panorama negocial.

En efecto, en el modelo de negociación colectiva estática que recoge el ordenamiento, la negociación del nuevo convenio ha estado estrechamente vinculada, tanto desde un punto de vista causal como temporal, a la pérdida de vigencia del anterior. La prohibición de afectación del convenio estatutario durante su vigencia constituía una garantía de estabilidad de lo pactado y, por lo tanto, desincentivaba las negociaciones mientras el convenio permanecía vigente. En esta configuración de la sucesión de convenios colectivos, la denuncia desempeñaba un papel esencial como factor desencadenante de la pérdida de vigencia y pistoletazo de salida para las nuevas negociaciones.

Frente a ello, el reconocimiento, primero jurisprudencial y luego legal, de la negociación *ante tempus* del nuevo convenio matiza el modelo estático de negociación colectiva. En este sentido, el deseo de promover la negociación *ante tempus* forma parte del objetivo general de la reforma laboral de 2012 de replantear las dinámicas de la negociación colectiva y rebajar la intensidad de la confrontación entre las partes negociadoras. Se entiende que la posibilidad de alcanzar acuerdos parciales modificativos mientras el convenio está vigente dilata la necesidad de revisar el convenio en su conjunto, a la vez que evita conflictos globales. Pero también se valora positivamente la renegociación del convenio antes del fin de su vigencia al entender que la menor presión a la que están sometidas las partes permite una negociación más sosegada y equilibrada⁸².

No cabe duda de que la revisión *ante tempus* del convenio colectivo comporta una manera distinta de ensamblar los elementos que participan en la sucesión de convenios colectivos que hace variar sus vínculos y sus funciones. Es más, si se

⁸¹ Véanse, entre otras, las SSTs de 30 de junio de 1.998, rec. 2987/1997, de 2 de diciembre de 1998, rec. 969/1998, de 21 de febrero de 2000, rec. 686/1999, de 15 de septiembre de 2010, rec. 18/2010.

⁸² Blasco Pellicer, Á., “Diez problemas aplicativos de la “ultraactividad” legal...”, cit., pp. 235 y 236. De todos modos, los principales problemas prácticos que se han planteado en este tipo de supuestos se concentran en la aplicación de las cláusulas más desfavorables, en sustitución de las cláusulas más favorables del convenio anterior que podrían haber permanecido vigentes durante más tiempo. Véase al respecto la STS de 6 de noviembre de 2015, recud. 305/2014.

tiene en cuenta la total desconexión que existe en este supuesto entre negociación y pérdida de vigencia, hay que concluir que no operan muchas de las previsiones relativas a la negociación de un convenio colectivo que ya ha perdido vigencia o que está próximo a perderla.

Centrando el análisis en la denuncia del convenio colectivo, parece claro que en la revisión *ante tempus* no tiene cabida esta institución, cuya principal finalidad es precipitar la pérdida de vigencia del convenio, algo que no se pretende de manera inmediata en esta modalidad de negociación anticipada y que, en caso de suceder, coloca al convenio en otro escenario distinto, que es el de la sucesión ordinaria de convenios colectivos. La doctrina acuñada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 2 de diciembre de 2016 facilita este entendimiento, al desvincular funcionalmente denuncia y promoción de negociaciones. Así pues, aunque la normativa aplicable no se pronuncia al respecto, hay que concluir que en los casos de revisión *ante tempus* no es exigible la denuncia⁸³.

Ahora bien, la falta de denuncia altera radicalmente las condiciones de la negociación que se desarrolla mientras el convenio está vigente. Para empezar, no entrará en juego la institución de la ultraactividad, pero tampoco decaerán los pactos de paz laboral, cosa que sucede tras la denuncia a tenor del artículo 86.3 ET⁸⁴. Igualmente, resulta problemático el ejercicio del derecho de huelga, debido a la tacha de ilegalidad de las huelgas que tengan por objeto alterar, dentro de su período de vigencia, lo pactado en un convenio⁸⁵. No es fácil combinar esta disposición, propia de un modelo de negociación colectiva estático, con una institución como la revisión *ante tempus*, correspondiente a un modelo dinámico. De hecho, el fundamento de dicha limitación al ejercicio del derecho fundamental a la huelga, que es garantizar la estabilidad del convenio durante su vigencia, desaparece cuando se admite la posibilidad de renegociar el convenio vigente. Desde esta perspectiva, la aplicación de tal limitación en el contexto de una negociación *ante tempus* produciría un injustificado desequilibrio entre las partes negociadoras, al debilitar significativamente la posición del banco social. Por esta razón la doctrina ha expresado sus recelos frente a esta limitación del derecho de huelga, llegando a defender la legalidad de la huelga en estos casos⁸⁶.

⁸³ Aunque el artículo 86.1 *in fine* ET guarda silencio, el apartado 4 de la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 reconocía la pretensión de “incentivar que la renegociación del convenio se adelante al fin de su vigencia sin necesidad de denuncia del conjunto del convenio, como situación que resulta a veces conflictiva y que no facilita un proceso de renegociación sosegado y equilibrado”. En la doctrina, defienden la ausencia de denuncia en este tipo de negociación Sempere Navarro, A., “Sobre la ultraactividad...”, cit., p. 3, Blasco Pellicer Á., “Diez problemas aplicativos de la “ultraactividad” legal...”, cit., pp. 235 y 236, y Cámara Botía, A. y Gil Plana, J., *Denuncia y ultraactividad del convenio colectivo*, cit., pp. 33 y 34. Por el contrario, a favor de la denuncia también en estos casos, Sala Franco, T., “La duración y ultraactividad...”, cit., p. 2 de 10.

⁸⁴ “Las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia”.

⁸⁵ Artículo 11.c) del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo.

⁸⁶ Díaz Aznarte, M. T., “Contenido obligacional de los convenios colectivos estatutarios”, en

Otro importante problema al que se enfrenta la renegociación del convenio durante su vigencia es que en puridad no existe una obligación de negociar, pues el artículo 89.1 ET expresamente excluye los supuestos en que no se trate de revisar un convenio ya vencido, o denunciado, tal y como indica la jurisprudencia⁸⁷. Ante la ausencia de esta obligación es difícil sostener que la ley confiere a las partes legitimadas un auténtico poder de promover negociaciones *ante tempus*. En su lugar, la promoción queda reducida a una mera propuesta sin apenas trascendencia jurídica que ni siquiera puede acompañarse por medidas coercitivas al continuar vigentes las cláusulas de paz⁸⁸.

Por último, a falta de denuncia del convenio anterior, la pérdida de vigencia y la sucesión de convenios colectivos también se sujetan a reglas diferentes. En este sentido, el Tribunal Supremo ha señalado que, en virtud del principio de modernidad normativa, el convenio posterior sucede al anterior, de modo que es la entrada en vigor del nuevo convenio la que produce la pérdida de vigencia del anterior, aunque no haya sido denunciado ni haya alcanzado el término pactado⁸⁹. El nuevo convenio puede incluir un acuerdo expreso de fin de vigencia, pero no es necesario, pues al operar el principio de modernidad, sustituirá al anterior en todo caso. Ahora bien, para que ello suceda, el convenio colectivo posterior debe ser estatutario⁹⁰. Aunque cabría plantearse si la falta de denuncia impide dicha calificación, hay que descartar de inmediato esta hipótesis, pues la denuncia se refiere a la vigencia del convenio anterior, mientras que los requisitos de necesario cumplimiento para el reconocimiento del carácter estatutario se refieren al convenio que se está elaborando⁹¹.

Todas las dificultades y paradojas hasta aquí analizadas en torno a la negociación de un convenio colectivo durante la vigencia del anterior provienen

AA. VV., *El sistema de negociación colectiva en España. Su régimen jurídico*, Monereo Pérez, J. L. y Moreno Vida, M. N. (dirs.), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2013, p. 491. Véase también Gárate Castro, J., *Derecho de huelga*, Bomarzo, Albacete, 2013, pp. 85-89 y Gorelli Hernández, J., “El proceso de reformas...”, cit., p. 223.

⁸⁷ La Audiencia Nacional ha señalado que “mientras se mantenga en vigor el anterior convenio, incluso en prórroga tácita, no existe una obligación de negociar, pero el que no exista obligación no implica prohibición” (SAN de 4 de septiembre de 2014, rec. 153/2014, f. j. 6º). En este mismo sentido, Quesada Segura, R., Márquez Prieto, A. y Vila Tierno, F., “El procedimiento negociador”, en AA. VV., *El sistema de negociación colectiva en España. Su régimen jurídico*, Monereo Pérez, J. L. y Moreno Vida, M. N. (dirs.), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 566, 567 y Goerlich Peset, J. M., *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, cit., p. 25.

⁸⁸ Para evitar este resultado hay quien se muestra a favor de la existencia del deber de negociación también en este estadio. Véase, Sempere Navarro, A. V., “Reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto Ley 3/2012”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 1/2012, citado por Westlaw, BIB 2012542, p. 11 de 14 y “La duración de los convenios...”, cit., p. 3 de 7.

⁸⁹ Por todas, STS de 6 de noviembre de 2015, reud. 305/2014. Señalaba ya la operatividad del principio de modernidad en este contexto Sempere Navarro, A. V., “La duración de los convenios...”, cit., p. 2 de 7.

⁹⁰ La STS de 11 de julio de 2006, rec. 107/2005, f. j. 5º, es muy clara a este respecto.

⁹¹ Nuevamente hay que traer a colación la STS de 11 de julio de 2006, rec. 107/2005, f. j. 5º.

del deseo de insertar una figura propia de un modelo dinámico de negociación colectiva en un modelo como el español, que sigue siendo predominantemente estático. Un impulso eficaz de la negociación *ante tempus* exigiría reconstruir sus conexiones con otros elementos propios de la sucesión de convenios colectivos, como las cláusulas de paz laboral y el derecho a la huelga, o el deber de negociar.

Ahora bien, al margen de todo ello, hay otro factor que añade nuevas distorsiones al encaje de la revisión *ante tempus* en el sistema de negociación colectiva, y es la reciente aceptación por parte del Tribunal Supremo de la denuncia tácita.

La denuncia tácita ha sido analizada desde hace tiempo por la doctrina científica, que unánimemente se ha opuesto a ella, pues el artículo 86.2 ET indica con claridad meridiana que solo la denuncia expresa impide la prórroga del convenio, conduciéndolo, por tanto, hacia la pérdida de vigencia y la ultraactividad.

A pesar de todo, el Tribunal Supremo se ha inclinado por una interpretación abierta de este precepto en una sentencia de 30 de septiembre de 2013, cuya doctrina ha sido reiterada en la sentencia de 16 de septiembre de 2015, de modo que es posible afirmar que estamos ante una línea jurisprudencial que se está consolidando⁹². En ambos pronunciamientos el Supremo sostiene que la exigencia legal de que la denuncia sea expresa tiene carácter imperativo, pero sorprendentemente circunscribe la operatividad de esa norma a los acuerdos previos sobre la forma de la denuncia. Es decir, las partes que suscriben el convenio no pueden pactar que la denuncia se lleve a cabo mediante actos que muestren de manera tácita el deseo de que el convenio pierda vigencia⁹³. Ahora bien, cumplido este aspecto formal, la actuación futura de las partes respecto de la vigencia del convenio podría llegar a entenderse como una denuncia tácita del mismo.

Así, en los supuestos que ha analizado, el Alto Tribunal aprecia que la constitución de la comisión negociadora, junto con la realización de actos propios de la negociación colectiva “contrarios a la vigencia del convenio”, atestiguan que las partes pretenden su sustitución y aceptan como eficaz esa forma anómala de denuncia, a pesar de que el propio Tribunal declara que se trata de “una forma de denuncia excluida por la ley”⁹⁴. En definitiva, esta jurisprudencia reconoce y acepta la denuncia tácita por actos concluyentes. Pero probablemente esta postura, más que ofrecer soluciones, sea fuente de nuevos problemas.

⁹² STS de 30 de septiembre de 2013, rec. 97/2012 y STS de 16 de septiembre de 2015, rec. 230/2014.

⁹³ En palabras del tribunal, “el carácter expreso de la denuncia no puede ser eludido por el acuerdo previo de las mismas [las partes] al respecto, pues con ello se conculca norma de derecho necesario (la estatutaria indicada), claramente orientada a ofrecer seguridad jurídica” (STS de 30 de septiembre de 2013, rec. 97/2012, f. j. 3º).

⁹⁴ STS de 30 de septiembre de 2013, rec. 97/2012, f. j. 3º.2. Es preciso subrayar que si bien en esta primera sentencia el Tribunal consideraba que, dadas las circunstancias del litigio, no se reunían las condiciones necesarias para considerar que el convenio había sido denunciado de forma tácita, en la segunda sentencia mencionada, de 16 de septiembre de 2015, sí se acepta la denuncia tácita de dos convenios colectivos, a causa de los actos de negociación posteriores. Por consiguiente, se aplica por primera vez de forma eficaz esta doctrina que otorga validez a la denuncia tácita.

Para empezar, habría que desentrañar qué tipo de actos pueden considerarse constitutivos de la denuncia tácita. La delimitación de este extremo es especialmente importante para discernir cuándo estamos ante una revisión *ante tempus* del convenio colectivo, o cuándo verdaderamente las partes están inmersas en un proceso de negociación dominado por la inminente decadencia del convenio. Hay que recordar que ambas modalidades de sucesión de convenios generan escenarios muy diferentes en virtud de la activación o no de instituciones trascendentales como la ultraactividad, el decaimiento de las cláusulas de paz o el deber de negociar.

Pues bien, lo único que aclara el Tribunal Supremo al respecto es que la constitución de la mesa negociadora no basta para considerar que el convenio ha sido denunciado tácitamente, sino que es necesario que se produzcan a continuación actos de la negociación colectiva incompatibles con la vigencia del convenio. La referencia a esos actos es oscura, porque la propia dinámica de la negociación —esto es, la fijación de un calendario, la aprobación de acuerdos y demás— no indica la pérdida de vigencia del convenio, ya que puede producirse de la misma manera en el contexto de la revisión *ante tempus*. Así pues, atendiendo al criterio formulado por el Tribunal Supremo, podrían ser actos concluyentes del fin de la vigencia del convenio anterior el ejercicio del derecho de huelga o de otras acciones que apuntasen al decaimiento de las cláusulas de paz, la aceptación por las partes del inicio del periodo de ultraactividad, o bien la aplicación a ciertas condiciones de trabajo de un régimen convencional específicamente previsto para el supuesto de que el convenio perdiese vigencia. Todos estos actos mostrarían que la negociación que se está llevando a cabo no se ajusta al supuesto del artículo 86.1 *in fine* ET.

En todo caso, el Tribunal Supremo parece exigir el consenso de las partes, al indicar que ellas “aceptan como eficaz esa forma no legal de denuncia”⁹⁵. Hay que entender que esas “partes” son las que están negociando el nuevo convenio, de modo que la oposición a la denuncia tácita de una parte con legitimación inicial que no participa en la negociación no impide que, efectivamente, se pueda considerar que el convenio ha sido denunciado de manera tácita y ha perdido vigencia⁹⁶.

También resulta polémica la aceptación de la denuncia tácita cuando el convenio colectivo exija algún tipo de forma en particular, pues en tal caso la denuncia tácita supondría un quebrantamiento de lo pactado, debilitando el principio *pacta sunt servanda*. Pero, mientras la Audiencia Nacional rechaza la validez de la denuncia tácita en estas circunstancias, el Tribunal Supremo parece aceptarla, restando importancia a lo que haya establecido el convenio⁹⁷.

⁹⁵ STS de 30 de septiembre de 2013, rec. 97/2012, f. j. 3º.2.

⁹⁶ Esto era precisamente lo que sucedía en el litigio que dio lugar a la STS de 16 de septiembre de 2015, rec. 230/2014.

⁹⁷ En la SAN de 4 de septiembre de 2014, rec. 153/2014, el órgano judicial inadmite la denuncia tácita por actos concluyentes porque el convenio colectivo exige forma escrita. Sin embargo, la exigencia de “comunicación oficial” a la otra parte, contenida en el convenio de aplicación en el litigio

Sin duda, la jurisprudencia que admite la denuncia tácita introduce un elemento de inseguridad jurídica en las relaciones colectivas. Inseguridad que adquiere una especial trascendencia por lo que se refiere a la ultraactividad del convenio colectivo. No será fácil en los supuestos de denuncia tácita determinar cuál es el *dies a quo* para el cómputo del periodo de ultraactividad, cuestión extremadamente relevante a la vista de las consecuencias jurídicas que se desprenden de su transcurso infructuoso. Aunque se pueda convenir en que el cómputo debería iniciarse desde que se han dado los actos concluyentes que evidencian la pérdida de vigencia del convenio colectivo, probablemente la identificación de tal momento en la práctica no sea siempre pacífica, pudiendo surgir desacuerdos entre las partes acerca de la fecha de conclusión del periodo de ultraactividad.

Resulta chocante, pues, que el Tribunal Supremo haya abierto la puerta a una figura tan polémica, que nunca ha contado con el apoyo de la doctrina al estar excluida por la ley⁹⁸. Y resulta aún más extraño que lo haya hecho cuando ya estaba vigente la regulación del periodo de ultraactividad que acota su duración a un año, salvo pacto en contrario. En este contexto, por el contrario, hubiera sido aconsejable rodear la denuncia de los requisitos necesarios para garantizar, en primer lugar, la claridad de la intención de quien la emite, y en segundo lugar, que llegue inmediatamente al conocimiento de su destinatario, evitando así malentendidos y dilaciones a la hora de que las partes adopten sus estrategias de cara a la pérdida de vigencia del convenio.

sobre el que versa la STS de 30 de septiembre de 2013, no ha tenido importancia en el razonamiento del que se vale el Supremo para aceptar la validez de una hipotética denuncia tácita.

⁹⁸ Incluso tras las sentencias que se mencionan en el texto, diversos autores han adoptado una posición crítica frente a esta jurisprudencia, afirmando la falta de cobertura legal para la denuncia tácita. Véanse al respecto Cabeza Pereiro, J., “Vigencia y ultraactividad de los convenios en España”, cit. y Beltrán de Heredia Ruiz, I., “Renovación de convenio colectivo vigente y objeciones...”, cit., pp. 33, 34.

Informes y Documentos

LA IGUALDAD DE TRATO POR RAZONES DE ORIENTACIÓN E IDENTIDAD SEXUAL

EMILIA CASTELLANO BURGUILLO
Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Huelva

EXTRACTO **Palabras Clave:** Igualdad, Transversalidad, Cambios Culturales y Legales

En la sociedad actual podemos presumir de las conquistas legales y sociales de este colectivo que, hace no demasiado tiempo, fueron tratados como enfermos mentales, reclusos en centros especiales, presentados como delincuentes y maleantes, condenados a ser rehabilitados en prisiones. Hoy día se le reconocen derechos en una diversidad de parcelas: sanidad, educación, medios de comunicación y, cómo no, en el mercado de trabajo. El presente estudio pretende analizar el contenido y significación de las leyes aprobadas por parte de las once Comunidades Autónomas que han regulado esta materia.

ABSTRACT **Key Words:** Equality, mainstreaming, cultural and legal changes

In today's society we can boast of the legal and social conquests of this collective that not too long ago, were treated as mentally ill, detained in special centres, presented as criminals and thugs, sentenced to be rehabilitated in prison like Huelva and Badajoz. Today recognized rights in a variety of plots: health, education, media and, of course, in the labour market.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. PINCELADAS HISTÓRICAS PARA ENTENDER EL MOMENTO EN EL QUE NOS ENCONTRAMOS
3. CONCEPTO Y DEFINICIONES IMPORTANTES
4. MARCO JURÍDICO ACTUAL
5. DESTINATARIOS DE LA LEY
6. POLÍTICAS QUE SE VEN AFECTADAS POR ESTAS NORMAS
7. HERRAMIENTAS A UTILIZAR PARA SU DESARROLLO Y PROTECCIÓN
8. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

1.- Tratar en este momento histórico los derechos de la comunidad de lesbianas, gais, transexuales, bisexuales y/o intersexuales supone un ejercicio de responsabilidad legal y de necesidad social. No sólo existen reconocimientos y garantías de derechos para estos colectivos a nivel del ordenamiento jurídico internacional, en especial, el que protege los Derechos Humanos, sino también en el ámbito europeo, y más concretamente en nuestro ordenamiento jurídico nacional y autonómico. Aunque también debemos destacar que no en todas las Comunidades Autónomas de España se ha desarrollado la protección de estos derechos con una norma complementaria a la nacional, como podremos analizar en este trabajo. Las normas autonómicas que van a ser analizadas son las aprobadas hasta el momento en Andalucía, País Vasco, Navarra, Valencia, Murcia, Islas Baleares, Madrid, Extremadura, Galicia, Canarias y Cataluña y que son la:

- ✓ Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales del País Vasco¹.
- ✓ Ley 2/2014, de 14 de abril, para la igualdad de trato y no discriminación de lesbianas, gais, transexuales, bisexuales e intersexuales de Galicia².
- ✓ Ley 11/2014 de 10 de octubre, para garantizar los derechos de las lesbianas, gais, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia, y la transfobia en Cataluña³.
- ✓ Ley 8/2014, de 28 de octubre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Canarias⁴.

¹ BOE de 19 de julio de 2012. Esta Ley tiene un contenido más limitado que las sucesivas normas aprobadas en otras Comunidades Autónomas, en especial se centra en medidas a aplicar en el ámbito de la atención sanitaria, existiendo sólo una cláusula genérica o principio de no discriminación en el ámbito laboral pudiendo además adoptarse medidas de acción positiva.

² BOE de 26 de mayo de 2014

³ BOE de 20 de noviembre de 2014

⁴ BOE de 20 de noviembre de 2014

- ✓ Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura⁵.
- ✓ En la Comunidad de Madrid, destacan dos normas, la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación de la Comunidad de Madrid⁶ y la Ley 3/2016, de 22 de julio, de protección integral contra LGTBIfobia y la discriminación por razón de orientación e identidad sexual en la Comunidad de Madrid⁷. Entre ambas normas se recoge el contenido que en otros Comunidades Autónomas aparece reflejado en una sola norma jurídica.
- ✓ Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia⁸
- ✓ Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gais, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia de las Islas Baleares⁹.
- ✓ Ley 8/2017, de 7 de abril, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género de la Comunitat Valenciana¹⁰.
- ✓ Ley Foral 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI+ en Navarra¹¹.
- ✓ Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares de Andalucía¹².

Desde el punto de vista competencial, los artículos 148, 149 y 150 de la Constitución española, reparten las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, indicando además qué materias son competencia exclusiva y compartida del Estado. Estos preceptos establecen la protección del derecho a la igualdad como un derecho fundamental a desarrollar por el Estado y las Autonomías. Por lo que nos encontraremos normas legales de estos dos niveles territoriales.

⁵ BOE de 6 de mayo de 2015.

⁶ BOE de 14 de julio de 2016.

⁷ BOE de 25 de noviembre de 2016.

⁸ BOE de 25 de junio de 2016

⁹ BOE de 30 de junio de 2016.

¹⁰ BOE de 11 de mayo de 2017.

¹¹ BOE de 21 de julio de 2017

¹² BOE de 6 de febrero de 2018.

2.- Lo cierto es que la “diversidad sexogenérica” como concepto que engloba la diversidad de situaciones referidas tanto a la orientación e identidad sexual como al derecho a la autodeterminación de género, demanda una regulación actual, completa, que abarque la variedad de situaciones que a nivel social se están produciendo. Es por esto que en este trabajo vamos a destacar los siguientes aspectos de interés:

- ✓ Algunas pinceladas históricas para entender el momento en el que nos encontramos.
- ✓ Aclaración de los conceptos fundamentales que se utilizan en esta materia.
- ✓ Marco jurídico actual y Principios rectores.
- ✓ Destinatarios reales de la regulación legal, inclusión de los familiares.
- ✓ En especial el estudio del ámbito laboral.
- ✓ Herramientas utilizadas para la consecución de una protección integral.
- ✓ Sistema de infracciones y sanciones previstas en nuestro ordenamiento jurídico.

2. PINCELADAS HISTÓRICAS PARA ENTENDER EL MOMENTO EN EL QUE NOS ENCONTRAMOS.

En el caso de España, nuestra historia más reciente nos lleva a recordar la Dictadura de Franco y la II República, en ésta última, se aprobó la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 que contemplaba una serie de comportamientos antisociales entre los que se incluiría posteriormente en la etapa franquista a los homosexuales¹³, junto con los mendigos, rufianes, proxenetas, los que realizaban juegos prohibidos, los ebrios y toxicómanos, y los que citamos textualmente “observen conducta reveladora de inclinación al delito, manifestada por el trato asiduo con delincuentes y maleantes; por la frecuentación de los lugares donde éstos se reúnen habitualmente; por su concurrencia habitual a casas de juegos prohibidos, y por la comisión reiterada y frecuente de contravenciones penales”. Esta norma, pretendía ser una ley preventiva de estos comportamientos a los que consideraban peligrosos y por ello, buscaba el control y retención de los individuos que los realizaban, hasta que se considerara que había concluido dicha peligrosidad, todo ello a través del internamiento en reformatorios de vagos y maleantes.

En 1970 la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social quiso ofrecer “tratamiento” a las personas homosexuales¹⁴. En virtud de dicha Ley, se crearon dos

¹³ La Ley fue modificada por el régimen franquista para incluir la represión de los homosexuales el 15 de julio de 1954. En 1970 fue sustituida y derogada por la Ley sobre peligrosidad y rehabilitación social, de términos muy parecidos, pero que incluía penas de hasta cinco años de internamiento. http://www.eldiario.es/canariasahora/premium_en_abierto/Homosexuales-vagos-maleantes-peligrosos_0_516549100.html. 20 de enero de 2018.

¹⁴ Esta norma fue derogada en el año 1976. Al año siguiente, tuvo lugar la primera manifestación del orgullo LGTBI en Barcelona. Así se indica en el Preámbulo de la norma valenciana y la madrileña. En estas últimas normas se indica que “Durante cerca de setenta años, la identidad trans ha figurado como

penales, los de Badajoz y Huelva, para “rehabilitar” a las personas homosexuales, dividiendo a los presos en pasivos—en Badajoz— y activos —en Huelva—. En concreto, en la provincia de Huelva entre 1968 y 1979, 200 personas fueron retenidas por su condición sexual y castigadas al amparo de esa ley de vagos y maleantes. La homosexualidad se trataba como una enfermedad a extirpar a través del trabajo forzoso, palizas, humillaciones y brutales prácticas¹⁵.

En el caso de la Comunidad Autónoma de Extremadura, como se indica en la Exposición de motivos de la Ley 12/2015, que será analizada en el presente estudio, “Muchos extremeños y extremeñas tuvieron que exiliarse de nuestra tierra para ser tal como eran, una emigración sentimental para poder amarse, para no sufrir”. También se señala en la norma extremeña, que “[...] muchos hombres y mujeres sufrieron la mutilación total o parcial de sus vidas. Al menos 5.000 personas fueron detenidas por actos o actitudes gays, lésbicas o transexuales durante el franquismo. 5.000 vidas fichadas. Pero este número es sólo una aproximación, porque los historiales están dispersos por las distintas cárceles y porque en muchos casos la condena alegaba prostitución en vez de homosexualidad como delito. A los homosexuales, rufianes y proxenetas, a los mendigos profesionales y a los que vivan de la mendicidad ajena, se les aplicarán, [...] las medidas siguientes: a) Internado en un establecimiento de trabajo o colonia agrícola. Los homosexuales sometidos a esta medida de seguridad deberán ser internados en instituciones especiales y, en todo caso, con absoluta separación de los demás. b) Prohibición de residir en determinado lugar o territorio y obligación de declarar su domicilio. c) Sumisión a la vigilancia de los delegados decía la Ley de Vagos y Maleantes de 1954”¹⁶.

Según se indica en la Exposición de motivos de la Ley extremeña de 2015 y en la norma de Murcia de 2016 sobre la misma materia, los delitos de odio hacia el colectivo que estamos estudiando, se sitúan a la cabeza del ranking, por delante del racismo o la xenofobia. Además “más del 5% de los alumnos y alumnas

enfermedad en los principales manuales de diagnóstico y en las principales clasificaciones de enfermedades, como la clasificación internacional de enfermedades (CIE-10) de la Organización Mundial de la Salud o el Manual de diagnóstico de enfermedades psiquiátricas DSM-R de la American Psychiatric Association (APA), bajo los calificativos de trastorno de la identidad sexual o desorden de la identidad de género, cuyo diagnóstico médico asociado es la disforia de género. Al igual que con la homosexualidad, ha hecho falta un largo camino para que autoridades médicas, asociaciones científicas y profesionales reconsideraran esta clasificación médica en sus bases científicas, valoraran los componentes de prejuicio que la componen y el efecto estigmatizador de dichas clasificaciones. En 2009 surge la red por la despatologización de la identidad trans a nivel mundial, con el objetivo de la retirada del trastorno de identidad de género de los catálogos diagnósticos del DSM-IV y CIE-10. Este movimiento ha conseguido que recientemente la propia APA haya retirado su diagnóstico de trastorno de la identidad de género, aunque todavía son muchas las voces que abogan en los terrenos científicos y sociales por la definitiva despatologización de la identidad trans y por la consideración de la misma como una más de las manifestaciones de la diversidad sexual del ser humano, ya que, aunque la APA lo haya retirado como trastorno de identidad de género, éste sigue permaneciendo en el mismo manual de trastornos con el epígrafe disforia de género”.

¹⁵ Exposición de motivos de la Ley andaluza.

¹⁶ La norma de Murcia reproduce en su Preámbulo estos datos pero refiriéndose a los ciudadanos de dicha Comunidad Autónoma.

lesbianas, gais, transexuales y bisexuales afirma haber sido agredido físicamente alguna vez en su Instituto por ser o parecer LGBT, y más del 11 % reconoce haberlo presenciado”.

En nuestra opinión tanto lo ocurrido en décadas anteriores como hoy día debe ser analizado y regulado por una norma legal para evitar comportamientos que sí son auténticos delitos.

3. CONCEPTO Y DEFINICIONES IMPORTANTES

En una materia como la que ahora analizamos es fundamental conocer los conceptos y definiciones más importantes para que tanto la aplicación de la norma como su desarrollo y evaluación posterior, puedan ser reales y efectivas. En este sentido en la norma andaluza de 2017 que protege al colectivo LGTBI se destacan como conceptos fundamentales los siguientes. Son conceptos creados, algunos a partir de disciplinas no necesariamente jurídicas, sociológicas, de salud, etc. Por lo que es fundamental que los operadores jurídicos entendamos esas definiciones¹⁷.

- ✓ LGTBI: siglas que designan a las personas que se definen a sí mismas como lesbianas, gais, trans, bisexuales y/o intersexuales.
- ✓ Persona trans: toda aquella persona que se identifica con un sexo diferente al que le asignaron al nacer, que expresa su identidad sexual de manera diferente a ese sexo. Ésta no es una definición fácil de entender porque estamos haciendo referencia a personas que nacen con un sexo, no un género concreto, con el que no se identifican, lo que lleva a que su identidad sexual también sea distinta.
- ✓ Identidad sexual y/o de género: es la vivencia interna e individual del sexo y/o género tal y como cada persona la siente y autodetermina, sin que deba ser definida por terceras personas, pudiendo corresponder o no con el sexo asignado en el momento del nacimiento y pudiendo involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido.
- ✓ Intersexualidad: variedad de situaciones en las cuales una persona ha nacido con una configuración anatómica (genitales externos e internos), hormonal o genética que no responde a las definiciones binarias de hombre y mujer. Esto significa que estamos ante un fenómeno biológico que consiste en la existencia de estados intermedios entre el de macho y el de hembra¹⁸. Es una

¹⁷ Estas mismas definiciones se contienen en la norma foral de Navarra, artículo 5; en la norma de Extremadura artículo 4, y en prácticamente en el resto de normas regionales que analizamos y que van tomando las definiciones de las leyes previamente aprobadas sobre la materia.

¹⁸[TEMAS LABORALES núm. 141/2018. Págs. 127-152](https://www.google.es/search?source=hp&ei=1sdsWqCBBYTaUfmnqrAI&q=-que+es+la+%EF%83%BC%09Intersexualidad&oq=que+es+la+%EF%83%BC%09Intersexualidad&gs_l=psy-ab..3..0i22i30k115.1101.5412.0.6442.14.13.0.0.0.188.1329.5j7.13.0....0...1c.1.64.psy-ab..1.13.1400.6..0j35i39k1j0i131k1.76.79nglZ3Aa-s. 25 de enero de 2018.</p>
</div>
<div data-bbox=)

variación orgánica por la cual un individuo presenta discrepancia entre su sexo y sus genitales, poseyendo por tanto características genéticas y fenotípicas propias de varón y de mujer. Puede poseer, por ejemplo, una abertura vaginal, la cual puede estar parcialmente fusionada, un órgano eréctil (entre pene y clítoris) más o menos desarrollado y ovarios o testículos, los cuales suelen ser internos. Es un error común pensar que un intersexual es «hombre y mujer a la vez». Anteriormente se empleaba el término hermafrodita para referirse a estas personas¹⁹.

- ✓ Proceso de transición: proceso personal y único de autoafirmación de la propia identidad que persigue la adaptación progresiva a la identidad de género sentida. Corresponde a cada persona decidir en qué momento inicia este proceso.²⁰
- ✓ LGTBIfobia (homofobia, lesbofobia, bifobia, transfobia): rechazo, miedo, desprecio, repudio, prejuicio o discriminación hacia las personas que se designan como LGTBI, o hacia sus familiares.
- ✓ Discriminación por asociación: hay discriminación por asociación cuando una persona es objeto de discriminación como consecuencia de su relación con otra persona, un grupo o familia LGTBI. Estamos ante la ampliación del cuerpo de garantías legales y protección de derechos de las personas que no son LGTBI pero se relacionan con ellas. Sin duda, constituye un salto legal en la regulación de la igualdad de trato. Como ocurre también con el concepto que se señala a continuación.
- ✓ Discriminación por error: situación en la que una persona o un grupo de personas son objeto de discriminación por orientación o identidad sexual como consecuencia de una apreciación errónea. Desde nuestro punto de vista esta definición plantea algunas dudas, ya que se refiere a los supuestos en los cuales alguien es discriminado por considerarse que tiene una orientación o identidad sexual determinada, y realmente no es así. Es decir, es una apreciación equivocada de la persona que discrimina al asociar a la persona discriminada a determinadas características. Quisiéramos poner un ejemplo llevado a nuestra disciplina. “El sujeto A no es homosexual pero B así lo considera y procede al despido de A. Si A reclama por dicho despido, puede ocurrir que B diga que lo despidió por su orientación sexual resultado el despido nulo, no siendo A homosexual (error). En el mismo caso, pero resultando que A sí es homosexual, este despido también sería nulo”. Nos encontramos en estos supuestos con un “error de apreciación” que además lleva a la discriminación y que sin duda va a plantear muchas dudas a los operadores jurídicos.

¹⁹https://www.google.es/search?source=hp&ei=1sdsWqCBBYTaUfmnqrAI&q=que+es+la+%EF%83%BC%09Intersexualidad&oq=que+es+la+%EF%83%BC%09Intersexualidad&gs_l=psy-ab..1.13.1400.6..0j35i39k1j0i131k1.76.79nglZ3Aa-s.27 de enero de 2018.

²⁰ Este concepto aparece definido en la norma valenciana de 2017, en su artículo 4.

- ✓ Acoso discriminatorio: cualquier comportamiento o conducta que, por razones de orientación y/o identidad sexual, o pertenencia a grupo familiar LGTBI, se realice con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, ofensivo o segregado.
- ✓ Represalia discriminatoria: trato adverso o efecto negativo que se produce contra una persona LGTBI como consecuencia de la presentación de una queja, una reclamación, una denuncia, una demanda o un recurso, de cualquier tipo, destinado a evitar, disminuir o denunciar la discriminación o el acoso al que está siendo sometida o ha sido sometida. En la norma de Galicia sobre esta materia, se indica que la represalia también puede producirse por intervenir, participar o colaborar en un procedimiento administrativo o judicial destinado a impedir, corregir o hacer cesar una situación discriminatoria²¹.
- ✓ Victimización secundaria: éste también es un concepto novedoso que hace referencia al perjuicio causado a las personas LGTBI o por la pertenencia a grupo familiar LGTBI que, siendo víctimas de discriminación, acoso o represalia, sufren las consecuencias adicionales de la mala o inadecuada atención por parte de representantes de instituciones públicas, policía o cualquier otro agente público implicado. El perjuicio por tanto, es realizado por un grupo concreto de personas, los operadores públicos con los que las personas LGTBI interactúan.
- ✓ Violencia intragénero entre miembros de parejas del mismo sexo: aquella que en sus diferentes formas se produce en el seno de relaciones afectivas y sexuales entre personas con la misma identidad sexual, constituyendo un ejercicio de poder y siendo el objetivo de la persona que abusa dominar y controlar a su víctima.
- ✓ Terapia de aversión o de conversión de orientación sexual e identidad de género: por este término se entienden todas las intervenciones médicas, psiquiátricas, psicológicas, religiosas o de cualquier otra índole que persigan la modificación de la orientación sexual o de la identidad de género de una persona.
- ✓ Diversidad sexogenérica: término que abarca la diversidad de situaciones referidas tanto a la orientación e identidad sexual como al derecho a la autodeterminación de género.
- ✓ Familias homoparentales: aquellas compuestas por gays, lesbianas, transexuales, bisexuales e intersexuales con niños o niñas menores de edad que se encuentren de forma estable bajo guarda, custodia, tutela o patria potestad, sea por razón de filiación natural, adoptiva o por razón de acogimiento familiar.²²

²¹ Artículo 4 de la norma de Galicia.

²² Artículo 3 de la Ley de Andalucía. Además también puede consultarse las definiciones incluidas en las Directrices del Consejo para promover y proteger el disfrute de todos los derechos

- ✓ Asedio por razón de la orientación sexual, la identidad de género o la expresión de género: cualquier comportamiento basado en la orientación sexual, la identidad de género o la expresión de género de una persona que tenga la finalidad o provoque el efecto de atentar contra su dignidad o su integridad física o psíquica o de crearle un entorno intimidador, hostil, degradante, humillante, ofensivo o molesto²³.

4. MARCO JURÍDICO ACTUAL

A nivel internacional y europeo, son muchas las declaraciones y normas que se han aprobado con el objeto de desarrollar, aclarar, y garantizar la protección del Derecho a la Igualdad en sentido amplio, aunque esta materia precisa de normas muy concretas²⁴. De especial interés, por su vinculación, es el propio Tratado de la Unión Europea que establece en su artículo 2 la no discriminación como valor y principio inspirador en toda la Unión Europea. Ya el Tratado de Funcionamiento de la UE, en su artículo 19, reconoce la competencia del Consejo para aprobar acciones y directrices adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (Directrices para promover y proteger el disfrute de todos los derechos humanos por parte de las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales (LGBTI)²⁵. Entre estas directrices interesa destacar las siguientes:

- ✓ Despenalización y lucha contra legislaciones y políticas discriminatorias,
- ✓ Promoción de la igualdad y de la no discriminación a través de la regulación y concesión de una serie de documentos de identidad adecuados, lo que constituye un requisito indispensable para el disfrute de muchos derechos hu-

humanos por parte de las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales (LGBTI) de 24 de junio de 2013. En <file:///E:/PARA%20ESCRIBIR%20EN%202018/LGBT/directrices%202013.pdf>. 2 de febrero de 2018. Pág. 3.

²³ Esta definición aparece en la norma catalana, artículo 4. Además de los anteriores se definen los conceptos de discriminación directa, indirecta, múltiple cuando concurren varios motivos de discriminación, acción afirmativa o discriminación positiva

²⁴ A modo de ejemplo, citar la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas aprobada en el año 1948; la Resolución 17/19 del Consejo de Derechos Humanos sobre los “Derechos Humanos, orientación sexual e identidad de género” de 17 de junio de 2011, se ha completado por la norma del mismo órgano aprobada el 26 de septiembre de 2014 para combatir la violencia y la discriminación por orientación sexual e identidad de género.

²⁵ Otras normas europeas que pueden consultarse son: La Resolución de 8 de febrero de 1994 del Parlamento Europeo, sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas de la Comunidad Europea y sobre la igualdad jurídica y contra la discriminación de lesbianas y gais, que insta a los Estados miembros a velar por la aplicación del principio de igualdad de trato, con independencia de la orientación sexual de las personas interesadas, en todas las disposiciones jurídicas y administrativas. En este mismo sentido, la Resolución del Parlamento Europeo sobre la homofobia en Europa, aprobada el 18 de enero de 2006, pide a los Estados miembros que tomen cualquier medida que consideren adecuada para luchar contra la discriminación por razón de orientación sexual.

manos. Las personas transgénero que no tienen documento de identidad que indique su género de preferencia pueden verse expuestas a un trato arbitrario y a discriminación por parte de otras personas e instituciones²⁶,

- ✓ Lucha contra la violencia LGBTI-fóbica,
- ✓ Apoyo y protección de los defensores de los derechos humanos: periodistas, activistas, abogados, sindicalistas, etc, que son también un grupo extremadamente vulnerable, se convierten con frecuencia en víctimas de persecuciones y violaciones de los derechos humanos. Ello ocurre especialmente en países en los que los gobiernos prohíben los debates públicos sobre la orientación sexual y restringen la libertad de asociación y de expresión al respecto. Por eso, es preciso que se adopte una cultura de respeto general y reconocimiento del trabajo que desarrollan los defensores de los derechos humanos²⁷.

En la actualidad no existen en muchos países marcos legislativos suficientes que protejan a las personas LGBTI frente a los abusos, violaciones o discriminaciones, llegando incluso a generarse delitos de odio, en especial, cuando nos referimos al ámbito educativo, sanitario o laboral²⁸. Pero tampoco podemos dar a la materia un tratamiento uniforme en todos los países, pues se deben adoptar “Unos planteamientos a medida y unas estrategias de derechos humanos que se adapten a la situación de cada país lo que ayudará considerablemente a definir la mejor manera de actuar según las distintas situaciones que se presenten”²⁹.

Y para ello, en esas directrices europeas antes mencionadas se proporcionan indicaciones a los funcionarios de las instituciones de la UE y de los Estados miembros para que puedan adoptar una postura de fomento y protección de los derechos de las personas LGTBI.

A nivel nacional, encontramos el artículo 14 de nuestra norma suprema que busca la protección y garantía del derecho a la igualdad por una variedad de as-

²⁶ No existen disposiciones en algunos países sobre el reconocimiento legal de la preferencia de género. En otros países, los requisitos para el reconocimiento legal del género pueden ser excesivos, por ejemplo exigir pruebas de esterilidad o infertilidad, cirugía de reasignación de género, tratamiento hormonal, diagnóstico de salud mental o haber vivido conforme al género de preferencia durante un determinado periodo de tiempo (conocido como “experiencia de vida real”). Consultar Directrices del Consejo para promover y proteger el disfrute de todos los derechos humanos por parte de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales (LGBTI) de 24 de junio de 2013. En <file:///E:/PARA%20ESCRIBIR%20EN%202018/LGBT/directrices%202013.pdf>. 2 de febrero de 2018.

²⁷ Sobre esta materia también puede consultarse el Manual para promover el disfrute de todos los derechos humanos por parte de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero. 2010. <file:///E:/PARA%20ESCRIBIR%20EN%202018/LGBT/MANUAL%202010%20UE.pdf>. 2 de febrero de 2018.

²⁸ Así también lo pone de manifiesto las Directrices del Consejo para promover y proteger el disfrute de todos los derechos humanos por parte de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales (LGBTI) de 24 de junio de 2013. En <file:///E:/PARA%20ESCRIBIR%20EN%202018/LGBT/directrices%202013.pdf>. 2 de febrero de 2018. Pág. 3.

²⁹ *Ibidem*.

pectos, entre ellos, la edad, el sexo, la orientación sexual, etc³⁰, y tanto en los aspectos relacionados con la vida privada y pública de las personas. Y ello porque el artículo 9 de esta misma norma establece como obligación de los poderes públicos el establecimiento de las condiciones necesarias para que la igualdad entre las personas y entre los grupos en los que estas se integran sea real y efectiva. Además, debemos destacar el contenido del artículo 15 CE, que reconoce el derecho a la vida y a la integridad física y moral. En la Ley Foral de Navarra, Ley 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI+ que analizaremos también en las páginas siguientes, junto a la integridad física se destaca la necesidad de “seguridad personal” de manera que no se agreda la integridad psíquica, el honor personal y la dignidad de este colectivo. Una cuestión que es importante aclarar y no perder de vista es que de ninguna manera pueden alegarse principios o normas culturales, religiosas o que respondan a una tradición para negar el disfrute de estos derechos³¹.

Además en el ámbito nacional debemos destacar otras normas jurídicas como el Código Civil, reformado por la Ley 13/2005 de 1 de junio, y que reconoce el derecho a contraer matrimonio por las personas de un mismo sexo; la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas; el Decreto 141/2007 que crea el Consejo Nacional de lesbianas, gais y hombres y mujeres bisexuales y transexuales (LGBT), regulando así la composición, funciones y régimen jurídico, etc.

Ya a nivel autonómico destacan las normas regionales que hemos referenciado anteriormente y en particular la recientemente aprobada en Andalucía, además de la Ley 12/2007 de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía; la Orden de 28 de abril de 2015, que se reguló un protocolo sobre identidad de género en el sistema educativo andaluz; la Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía; y el

³⁰ Como sentencias importantes en esta materia podemos citar la dictada por el Tribunal Constitucional español el 14 de febrero de 2013 (RTC 2013/4), sobre las posibles discriminaciones que sufre la comunidad homosexual al no poder tener hijos comunes, por discutirse su derecho a la pensión de viudedad, etc. En el mismo sentido destacar la STC 81/2016, de 25 de abril (RTC 2016/81) en la cual se insiste que una diferencia de trato para el colectivo no respondería a una finalidad objetivamente justificada. También puede consultarse: STC 77/2013, de 8 de abril (RTC 2013/77); STC 116/2014 de 8 de julio (RTC 2014/116), en esta sentencia se repasa la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el margen de apreciación del Estado y la configuración del régimen de prestaciones económicas de la Seguridad Social otorgando un trato privilegiado a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual; STC 93/2014 de 12 de junio (RTC 2014/93); STC 92/2014, de 10 de junio (RTC 2014/92)

³¹ Para más información consultar el apartado 5 de la Declaración y Programa de Acción de Viena, adoptado en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 (doc. de la ONU A/CONF.157/23): “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”.

Acuerdo de 16 de febrero de 2016, por el que el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía aprobó el II Plan Estratégico de Igualdad de Género en Educación 2016-2021.

5. DESTINATARIOS DE LA LEY

La Ley Andaluza sobre la materia antes mencionada, así como las aprobadas en el resto de Comunidades Autónomas, se aplica tanto en el ámbito público como privado. En el primero se aplicará en el seno de la Administración de la Comunidad Autónoma, a las entidades locales, a las entidades de derecho público o privado que estén vinculadas o sean dependientes de las mismas. En el segundo, se aplicará a cualquier persona física o jurídica, cualquiera que sea su domicilio o residencia, que se encuentre en el territorio de dicha Comunidad Autónoma. Además en el caso de la norma andaluza, se señala que la misma se aplicará a las personas del colectivo de LGTBI en cualquier etapa de sus vidas y a sus familiares. Encontramos así un ámbito de aplicación personal amplio al incluirse a los familiares como sujetos protegidos o que generan derecho a la protección como veremos a continuación. En el caso de la norma de Galicia del año 2014, a diferencia de otras, se incluye en el ámbito laboral protegido, a los trabajadores por cuenta propia que no podrán sufrir limitaciones, segregaciones o exclusiones en el ejercicio de su actividad profesional, tampoco por los potenciales clientes y respecto de los cuales las asociaciones y sindicatos que los representen tendrá un especial celo en su actuación³².

Esta ley andaluza, como otras que se han aprobado sobre el derecho a la igualdad de trato (norma Foral de Navarra, Cataluña, Galicia, Extremadura, Valencia, Murcia, Islas Baleares, Madrid, Canarias), es una norma transversal³³ que abarca diferentes ámbitos y políticas, en concreto: la educación; el ámbito social; el ámbito familiar; la salud; el ámbito laboral; la cultura, ocio, turismo y deporte; la cooperación internacional para el desarrollo; la comunicación social y publicidad; y el ámbito de justicia e interior.

Como ya hemos apuntado, los familiares también aparecen citados de forma particular, al señalar el artículo 24 de la Ley 8/2017, que: “1. La Comunidad Autónoma garantizará, a través del Programa de Información y Atención LGTBI, la información, atención, formación, sensibilización y asesoramiento especializado en relación con las personas LGTBI, con especial atención a su entorno familiar y relacional, y, si así fuese preciso, su recuperación integral. 2. Sin perjuicio de las que puedan establecerse reglamentariamente, se llevarán a cabo las siguientes funciones: prestar información, orientación y asesoramiento, incluido el legal y de asistencia psicológica y social a las personas LGTBI, en

³² Artículo 14 de la norma gallega.

³³ Así lo pone de manifiesto el artículo 5 de esta reciente norma.

todas las etapas de su vida, con inclusión de sus familiares y personas allegadas, en relación con las necesidades de apoyo específicamente ligadas a su orientación sexual o identidad de género”.

En lo que se refiere a las medidas en el ámbito familiar, el artículo 25 de esta misma norma, señala que se “fomentará el respeto y la protección de los niños y las niñas que vivan en el seno de una familia LGTBI ya sea por nacimiento, adopción o cualquier otro origen”. Además como una consecuencia lógica de las reformas producidas en el ámbito del derecho civil y el matrimonio o las parejas de hecho, ese mismo artículo 25 destaca en el punto 6 que “en caso de fallecimiento de un miembro de una pareja de hecho, el otro miembro de la pareja debe poder tomar parte, en las mismas condiciones que en caso de matrimonio, en los trámites y las gestiones relativos a la identificación y disposición del cadáver, el entierro, la recepción de objetos personales o cualquier otro trámite o gestión necesaria”.³⁴

Por último destacar, el artículo 27 de la norma andaluza³⁵ que se dedica de forma expresa al estigma que la sociedad española tiene con la violencia en el ámbito familiar, destacando los siguientes aspectos:

- ✓ Se reconocerá como violencia intrafamiliar, y se adoptarán medidas de apoyo, mediación y protección, a cualquier forma de violencia que se ejerza en el ámbito familiar por causa de la orientación e identidad sexual de cualquiera de sus miembros.
- ✓ Se adoptarán medidas de atención y ayuda a víctimas de la violencia en parejas del mismo sexo que garanticen la protección de la persona acosada frente a la persona acosadora, facilitando con ello la independencia física y económica de la víctima.
- ✓ Las personas menores de edad tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad conforme a su orientación e identidad sexual, la Administración pública competente velará para que las personas progenitoras, tutoras, guardadoras o acogedoras desarrollen adecuadamente sus responsabilidades y deberá garantizar, en todo caso, el interés superior del menor, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia³⁶.

6. POLÍTICAS QUE SE VEN AFECTADAS POR ESTAS NORMAS

Como hemos indicado más arriba, la Ley andaluza que protege al colectivo LGTBI es una norma transversal, que abarca varios ámbitos de la vida pública y privada de estas personas. Por lo que se refiere al ámbito laboral, los artículos 33,

³⁴ En este mismo sentido se pronuncia el artículo 17 de la norma de Extremadura de 2015.

³⁵ También se expresa en los mismos términos la norma de Navarra, artículo 25.

³⁶ Esto también se prevé en otras normas autonómicas como la valenciana. Artículo 8.

34, 45 a 48 de la norma, establecen el principio y derecho fundamental a no ser objeto de ninguna discriminación por la orientación sexual e identidad de género. A partir de esta declaración general, estos preceptos establecen las actuaciones a realizar por la Administración autonómica para llevar a cabo políticas de empleo que garanticen al colectivo en cuestión “el ejercicio del derecho al trabajo”. Esta última expresión, ejercicio del derecho al trabajo, debe definirse para comprobar hasta dónde debe llegar la acción del Gobierno, frente al también deber de trabajar del individuo consagrado en el artículo 35 de nuestra norma suprema.

Según el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, el derecho a trabajar comprende “el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomándose medidas adecuadas para garantizar este derecho como: la orientación y formación tecnicoprofesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural [...]...”³⁷

En este contexto la norma andaluza fija los siguientes compromisos y acciones a llevar a cabo. También lo hacen en este ámbito específico del mercado de trabajo la norma de Navarra, Cataluña³⁸, Galicia, Extremadura, Valencia, Islas Baleares, y Madrid.

Estas medidas se distribuyen entre aquellas centradas en la promoción y mejora del principio y derecho fundamental de Igualdad de trato; medidas de prevención como medidas de preparación y atención anticipada; y medidas de control o inspección y en su caso, intervención para acabar con la situación discriminatoria.

Como medidas de promoción y estímulo se prevén:

- ✓ La promoción y defensa de la igualdad de trato en el acceso al empleo o una vez empleados.
- ✓ Promover en el ámbito de la formación el respeto de los derechos de igualdad y no discriminación de las personas LGTBI. La Consejería competente en

³⁷ Entre los Principios de Yogyakarta, sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, destaca el principio número 12 sobre “El derecho al trabajo” y que se concreta en que “Toda persona tiene derecho al trabajo digno y productivo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Para ello, los Estados: a) Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de eliminar y prohibir la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en el empleo público y privado, incluso en lo concerniente a capacitación profesional, contratación, promoción, despido, condiciones de trabajo y remuneración; b) Eliminarán toda discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género a fin de garantizar iguales oportunidades de empleo y superación en todas las áreas del servicio público, incluidos todos los niveles del servicio gubernamental y el empleo en funciones públicas, incluyendo el servicio en la policía y las fuerzas armadas, y proveerán programas apropiados de capacitación y sensibilización a fin de contrarrestar las actitudes discriminatorias. <https://yogyakartaprinciples.org/principle-12-sp/>

³⁸ En este punto podemos destacar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, n.º 5080/2012, de 5 de julio (AS 2012/1958) sobre la pensión de viudedad de una pareja de hecho homosexual, donde se indica que no reconocerla supone una discriminación prohibida por el Derecho Europeo que protege el principio de igualdad de trato.

materia de empleo incorporará en sus planes de formación materias sobre la igualdad de las personas LGTBI. Además en el ámbito de la Administración autonómica, se impartirá, a través del Instituto Andaluz de Administración Pública, la Escuela Andaluza de Salud Pública y la Escuela de Seguridad Pública de Andalucía, una formación que garantice la sensibilización adecuada y correcta actuación de los profesionales que prestan servicios en los ámbitos de la salud, la educación, el mundo laboral, la familia y servicios sociales, los cuerpos de Policía Local, el ocio, cultura y deporte y la comunicación.

- ✓ Incorporar, en las convocatorias de ayudas y subvenciones de fomento del empleo, criterios de igualdad de oportunidades³⁹. Asimismo, la Administración de la Comunidad Autónoma podrá incorporar a las bases reguladoras de las subvenciones públicas la valoración de actuaciones de efectiva consecución de la igualdad de las entidades solicitantes. Esta Administración no formalizará contratos ni subvencionará, bonificará o prestará ayudas públicas a aquellas empresas sancionadas o condenadas por resolución administrativa firme o sentencia judicial firme por alentar o tolerar prácticas laborales consideradas discriminatorias por la legislación vigente. Además, se podrá establecer, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, desarrollen medidas destinadas a lograr la igualdad de oportunidades y la lucha por la igualdad de trato y no discriminación, y las medidas de igualdad de trato aplicadas permanezcan en el tiempo y mantengan la efectividad, de acuerdo con las condiciones que reglamentariamente se establezcan. Se trata de una herramienta ya utilizada en legislaciones previas, de manera que se favorezca el acceso a la contratación pública por el hecho de realizar planes de igualdad, sensibilización, etc en esta materia. Algo que consideramos importante en este punto es el mantenimiento en el tiempo del compromiso de la organización con este colectivo y la necesaria evaluación de las medidas adoptadas como indicamos a continuación. Esta evaluación es fundamental aunque no siempre se requiera en la normativa.
- ✓ Incorporar, en las convocatorias de ayudas para la conciliación de la vida laboral y familiar y la gestión del tiempo de trabajo, cláusulas que contemplen la heterogeneidad del hecho familiar.
- ✓ El impulso, a través de los agentes sociales, de la inclusión en los convenios colectivos de cláusulas de promoción, prevención de riesgos laborales y de la LGTBIfobia, eliminación y corrección de toda forma de discriminación por causa de orientación sexual, identidad sexual y de género.
- ✓ El impulso para la elaboración, con carácter voluntario, de planes de igualdad y no discriminación, códigos de conducta y protocolos de actuación, que

³⁹ Expresamente el artículo 33.4 de la norma andaluza establece que: En ningún caso podrán denegarse ayudas, subvenciones o prestaciones dirigidas a la inserción laboral o al emprendimiento basadas en motivos de orientación sexual e identidad de género.

incluyan expresamente a las personas LGTBI, en especial en las pequeñas y medianas empresas. A nuestro entender, la negociación colectiva constituye un vehículo adecuado y necesario en esta materia. De nada servirían los grandes postulados si a nivel de cada sector o empresa, no se atiende la particularidad que conllevan. Una experiencia previa en este sentido es la elaboración de planes de igualdad y protocolos de acoso para las organizaciones que bien cumplen determinados requisitos previstos en la Ley Orgánica de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, o bien sin cumplirlos lo hacen voluntariamente. Esta experiencia nos ha mostrado que no es lo mismo una PYME que voluntariamente regula y adopta planes en esta materia que una mediana o gran empresa, cuyos departamentos de recursos humanos, normalmente inexistentes o externalizados en algunas de sus gestiones respecto de las PYME, elaboran documentos estratégicos en materia de igualdad y acoso, lo que les permite, por ejemplo, acceder con prioridad a los concursos públicos.

- ✓ Fomentar la implantación progresiva de indicadores de igualdad que permitan medir la verdadera inclusión de las personas LGTBI, de manera que se pueda reconocer a las empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad y no discriminación. Es decir, evaluación y mejora. Este aspecto, a nuestro entender, es uno de los fundamentales previsto en las normas estudiadas.
- ✓ La Administración autonómica además promoverá la elaboración de estudios en los que se visibilice la situación de las personas LGTBI y en los que se garanticen la confidencialidad y la privacidad de los datos de las personas, a los efectos de conocer su situación laboral y las medidas que se deben adoptar para luchar contra su posible discriminación en el ámbito de las empresas. Entendemos que esta previsión debería aplicarse tanto en el ámbito privado como público.
- ✓ Como medida reciente, en la norma de Extremadura, se contempla en el artículo 26 la inclusión de la realidad LGBTI en los planes de responsabilidad social. Además se señala que la Administración autonómica impulsará la adopción por parte de las empresas, de códigos éticos y de conducta que contemplen medidas de protección frente a la discriminación por razón de orientación sexual, expresión e identidad de género, así como acciones que favorezcan la contratación e inclusión laboral de los colectivos LGBTI. Asimismo, el sistema de autoevaluación del Observatorio de Responsabilidad Social de Extremadura (ORSE), incorporará indicadores de igualdad que tengan en cuenta la realidad de las personas LGBTI y se divulgarán las buenas prácticas realizadas por las empresas en esta materia. Esta referencia también se contiene en la norma de Valencia, (artículo 27), en los mismos términos que la norma extremeña, en la norma de Murcia (artículo 31), y en la Ley 2/2016 de Madrid (artículo 28).

Como medidas de prevención:

- ✓ Desarrollar estrategias para la inserción laboral de las personas transexuales y transgénero, conforme a lo establecido en la Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía.
- ✓ La prevención, corrección y eliminación de toda forma de discriminación por diversidad sexogenérica, en materia de acceso al empleo, contratación y condiciones de trabajo.

Como medidas de control y vigilancia:

- ✓ Control del cumplimiento efectivo de los derechos laborales y de prevención de riesgos laborales de los colectivos de LGTBI por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Por ejemplo, en la norma de Navarra se señala específicamente instar a los responsables de la Inspección de Trabajo a informar a los órganos competentes de los casos de discriminación que se produzcan en relación con este colectivo, que se hayan producido, se estén produciendo o exista riesgo de que se produzcan en el ámbito laboral.⁴⁰
- ✓ Garantizar de un modo real y efectivo la no discriminación por razón de orientación sexual o identidad de género, así como el pleno ejercicio de los derechos de las personas LGTBI, en materia de contratación y ocupación⁴¹.
- ✓ Asimismo, la Administración autonómica divulgará, a través de la Consejería competente en materia de empleo, las buenas prácticas realizadas por las empresas en materia de inclusión de colectivos LGTBI y de promoción y garantía de igualdad y no discriminación por razón de orientación o identidad sexual, identidad o expresión de género⁴².

⁴⁰ Artículo 32 de la norma navarra

⁴¹ En este sentido puede citarse la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo, de 7 de enero de 2004, asunto C-117/2001, sobre el derecho a percibir la pensión de supervivencia en el caso de una pareja transexual.

⁴² Además destacar la reciente Proposición de Ley contra la discriminación por orientación sexual, identidad o expresión de género y características sexuales, y de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea. La Mesa de la Cámara ha aprobado que se incluya un Capítulo VIII sobre medidas en el ámbito laboral en el que se insiste en la necesidad de que la igualdad de este colectivo esté incluida tanto en el empleo público como privado (art. 48 de la proposición de Ley); también se insiste en el momento de acceso al empleo y durante él; en el tipo de contratación que se realice, y en las condiciones laborales disfrutadas por la persona trabajadora; se pide asimismo la supresión de la mención de género en todos los documentos oficiales para participar en las elecciones sindicales; incentivar que sindicatos y organizaciones empresariales realicen campañas divulgativas en esta materia; fomentar la inclusión de indicadores en la materia en las políticas que se apliquen tanto en el ámbito público como privado; controlar el cumplimiento efectivo de los derechos laborales por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social; incorporar en la convocatoria de ayudas públicas criterios de igualdad de oportunidades; igual en las ayudas para la conciliación de la vida familiar y laboral, reconociéndose así la heterogeneidad del hecho familiar; incluir en la negociación colectiva la protección de este colectivo; e impulsar la adopción por las empresas de códigos éticos y de conducta que incluyan medidas de protección de este colectivo. En definitiva la propuesta de norma nacional pretende considerar a este colectivo como “personas en riesgo de exclusión social” y por ello

Todo esto dentro del ámbito de promoción, impulso y garantía que deber proporcionar la Comunidad autónoma.

7. HERRAMIENTAS A UTILIZAR PARA SU DESARROLLO Y PROTECCIÓN

Para comprender la batería de herramientas que prevé la norma andaluza sobre la materia, así como en otras Comunidades Autónomas (Navarra, Cataluña, Galicia, Extremadura, Valencia, Murcia, Madrid, Islas Baleares, y Canarias) no podemos olvidar los principios que inspiran esta actuación legislativa y que son el principio de “protección frente a las represalias”, de manera que exista una protección eficaz del colectivo ante el ejercicio de acciones judiciales o administrativas. También el principio de “privacidad” para evitar las injerencias arbitrarias e ilegales en su vida privada pudiendo optar por revelar o no la propia orientación sexual, identidad sexual o diversidad corporal. Se dispone, en esta norma andaluza, que nadie pueda ser requerido, en ningún ámbito de su vida, a someterse a pruebas o exámenes para determinar su orientación sexual e identidad o expresión de género y de cuyo resultado pretenda determinarse su acceso al empleo, a prestaciones o a cualquier otro derecho, ya sea público o privado⁴³. Todo ello junto a una política que “visibilice” a esta realidad, que respalde sus derechos, poniendo en valor la diversidad en materia de identidad y de expresión de género, evitando además las discriminaciones múltiples que puedan sufrir las mujeres lesbianas, bisexuales y trans, y por supuesto, el rechazo absoluto a terapias aversivas o de cualquier otro procedimiento que supongan un intento de conversión, anulación o supresión de la orientación sexual o de la identidad de género autopercibida⁴⁴.

De forma importante, debemos destacar el principio de “inversión de carga de la prueba” que, por ejemplo aparece definido en la norma catalana de 2014, en la extremeña de 2015, en la norma balear de 2016, y en la valenciana de 2017, al indicar que el afectado podrá aportar sólo indicios⁴⁵, teniendo la parte demandada que indicar la justificación objetiva, proporcional, razonable, y suficientemente

desarrollar una política especial y concreta para ellos, que incluya bonificaciones, reducciones en la cuota del IRPF, reducción de las retenciones por IRPF en los primeros 5 años de contrato, entre otras (artículo 49 de la propuesta de Ley). Todo ello puede consultarse en [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/PropLey?_piref73_1335476_73_1335473_1335473.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW12&FMT=INITXLBA.fmt&DOCS=1-25&DOCORDER=FIFO&DES1=Proposiciones+de+Ley+en+tramitaci%F3n&QUERY=\(proposicion+n+adj2+ley\).tipo.+no+@fcie+no+concluido.fase.](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/PropLey?_piref73_1335476_73_1335473_1335473.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW12&FMT=INITXLBA.fmt&DOCS=1-25&DOCORDER=FIFO&DES1=Proposiciones+de+Ley+en+tramitaci%F3n&QUERY=(proposicion+n+adj2+ley).tipo.+no+@fcie+no+concluido.fase.) 29 de enero de 2018.

⁴³ Esta materia puede consultarse en el artículo 6 de la norma andaluza.

⁴⁴ Artículos 4 y 5 de la norma andaluza.

⁴⁵ Sobre este punto puede consultarse la STC 41/2006 de 13 de febrero (RTC 2006/41) sobre la calificación del despido como nulo en un supuesto de despido pluricasual de un trabajador homosexual.

probada de las medidas que se hayan adoptado⁴⁶. Y por último, el principio de “coordinación” entre las diferentes Administraciones competentes en la materia, para que sea posible la suficiencia financiera y los medios materiales para satisfacer las situaciones protegidas⁴⁷

Las herramientas que propone utilizar, tanto la norma andaluza como las restantes se centran en:

- ✓ Acciones afirmativas o positivas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas que afecten al colectivo protegido. Solo recordar que estas acciones afirmativas deben ser temporales, aplicadas hasta que la realidad cambie o se comprueba su escasa eficacia para los objetivos perseguidos.
- ✓ Denuncias ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes. Hasta el punto de reconocer el deber de toda la ciudadanía de comunicar las situaciones de riesgo o sospecha fundada de discriminación o violencia frente a este colectivo. En este punto, interesa destacar la norma de Cataluña del año 2014, porque es muy específica al señalar que en el ámbito del orden público y de la privación de libertad, el Gobierno debe: adoptar medidas para garantizar un trato adecuado en las dependencias policiales, incluso establecer normas de identificación y cacheo para personas transgénero de acuerdo con la identidad sentida, permitir al colectivo transgénero que es detenido o ya interno en una prisión continuar el tratamiento médico y hormonal que estuviese siguiendo, además de garantizar que en la formación inicial y continuada del personal de seguridad, como policías locales, cuerpo de mossos d'esquadra y personal penitenciario, entre otros, se trate la diversidad en lo relativo a la orientación sexual, la identidad de género o la expresión de género, así como la normativa civil, administrativa y penal protectora de las personas LGBTI.⁴⁸ En el caso de la Ley 3/2016 de 22 de julio de la Comunidad de Madrid se crea la figura del “acompañante” para asistir en la denuncia a la víctima del delito de odio por orientación sexual, identidad de género o expresión de género⁴⁹.
- ✓ Difusión de la realidad del colectivo en los medios de comunicación.
- ✓ Aplicación de indicadores, realización de estadísticas⁵⁰, estudios, memorias

⁴⁶ Artículo 30 de la norma de Cataluña que indica que no se aplicará este principio a los procesos penales y a los procedimientos administrativos sancionadores.

⁴⁷ Este principio aparece en el artículo 11 de la norma valenciana.

⁴⁸ Artículo 18 de la norma de Cataluña

⁴⁹ Artículo 16 de la norma madrileña.

⁵⁰ Expresamente el artículo 54 de la norma andaluza señala que “Informe estadístico. 1. La obtención de datos estadísticos oficiales para la elaboración de políticas públicas antidiscriminatorias en el ámbito LGTBI debe llevarse a cabo en el marco de la legislación vigente en materia de protección de datos de carácter personal y el resto de normativa aplicable. 2. La Consejería responsable de coordinar las políticas LGTBI debe elaborar con carácter anual un informe estadístico relativo a: a) Agresiones y discriminaciones contra personas LGTBI, y contra los niños y niñas que formen parte de una familia homoparental, en los casos de delito de odio, teniendo en cuenta los datos aportados

para evaluar el contenido de la norma y la realidad en la que se encuentra el colectivo, destacándose las causas, extensión, evolución, naturaleza y efectos de la discriminación.

- ✓ Elaboración de forma obligatoria en las Universidades, de Protocolos de no discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género y/o pertenencia a grupo familiar LGBTI. También en el ámbito universitario, prevé la norma navarra la existencia de una unidad dotada de personal, espacios y recursos económicos suficientes para garantizar el respeto de la diversidad de orientación sexual, expresión de género e identidad sexual o de género en todos los campus y espacios universitarios. Dicha unidad ofrecerá atención y apoyo en su ámbito de acción a las y los estudiantes, personal docente o personal de administración o servicios, etc⁵¹. Asimismo, la Universidad Pública de Navarra promoverá introducir en los planes de estudio de sus grados y másteres contenidos específicos y adecuados que garanticen la formación necesaria para abordar la diversidad sexual y de género. Esta formación será aplicada según las necesidades de cada grado o máster y respetando, en todo caso, la autonomía universitaria⁵².
- ✓ Fomento de estudios y proyectos de investigación en las Universidades relacionados con este colectivo.
- ✓ Especial tratamiento de esta materia en las zonas rurales, asociaciones de padres y madres, para desterrar valores y culturas ancestrales.
- ✓ Apoyo, mediación y protección de los menores y jóvenes que estén sometidos a presión o maltrato psicológico y/o físico en el ámbito familiar, escolar, etc. Esto también se destaca en la norma catalana de noviembre de 2014, insistiendo en la protección de aquellos adolescentes y jóvenes que hayan sido expulsados del domicilio familiar o se hayan marchado voluntariamente por situaciones de maltrato y presión psicológica⁵³, pudiendo llegar a existir pisos tutelados además de centros de menores⁵⁴. En la norma de Valencia, se prevé que en caso de existir negativa de madres, padres o tutores a autorizar tratamientos relacionados con la identidad trans o a que se establezca preventivamente un tratamiento de inhibición del desarrollo hormonal, esta decisión podrá ser recurrida ante la autoridad judicial. En

por el Punto de información y atención a víctimas de agresiones y delitos de odio. b) Denuncias presentadas en virtud de la presente ley y denuncias penales presentadas por delitos en el ámbito de la discriminación o la violencia contra personas LGTBI. c) Resoluciones administrativas y sentencias judiciales, y el sentido de las mismas, relacionadas con el objeto de la presente ley, en particular las que pueden probar la existencia de discriminaciones indirectas y ayudar a elaborar medidas para políticas públicas antidiscriminatorias.

⁵¹ Artículo 30 de la norma de Navarra

⁵² Artículo 30. *Ibidem*

⁵³ Artículo 17 norma de Cataluña.

⁵⁴ Así se prevé en el artículo 7 de la norma de Extremadura.

todo caso, se atenderá al criterio del interés superior de la persona trans menor de edad⁵⁵.

- ✓ Especialización de las personas, de cada uno de los servicios que presta la Comunidad Autónoma, que atienden a este colectivo en sus diferentes situaciones protegidas por la norma (educación, sanidad, mercado de trabajo, etc). Por ejemplo, en la norma de Navarra se especifica que “el profesorado y personal de administración y servicios del centro se dirigirá al alumnado transexual por el nombre elegido por esta persona. Se respetará su derecho a utilizar dicho nombre en todas las actividades docentes y extraescolares que se realicen en el centro. Se respetará (y se hará respetar) la imagen física del alumnado transexual, así como la libre elección de su indumentaria. Si en el centro existe la obligatoriedad de vestir un uniforme diferenciado por sexos, se reconocerá el derecho a vestir el que corresponda con la identidad sexual manifestada. Si hay instalaciones en el centro segregadas por sexo, como los aseos y los vestuarios, se garantizará al alumnado, personal y profesorado transexual (igual que al resto) el acceso y uso de las instalaciones correspondientes a su sexo sentido. Si se realizan actividades diferenciadas por sexo, se tendrá en cuenta el sexo sentido”⁵⁶. También se insiste en este punto en la norma catalana (artículo 11), en la cual se crea incluso un “deber de intervención” por parte de los profesionales al establecer que “Los profesionales a los que se refiere el artículo 10, si tienen conocimiento de una situación de riesgo o tienen una sospecha fundamentada de discriminación o violencia por razón de orientación sexual, identidad de género o expresión de género, tienen el deber de comunicarlo a los cuerpos y fuerzas de seguridad y al órgano competente”.
- ✓ Difusión de las buenas prácticas que se lleven a cabo en esta materia.
- ✓ Promoción del asociacionismo juvenil de estos colectivos como herramienta de inclusión y defensa.
- ✓ Respeto del colectivo de personas mayores, se fomentará el respeto a la diversidad en lo relativo a la orientación sexual y la identidad de género entre las personas usuarias de los servicios sociales, respetando las relaciones sentimentales. Lo mismo se hará con las personas LGBTI con discapacidad, que sean migrantes o refugiadas. En la norma catalana se indica expresamente que “Los servicios sociales, y específicamente las residencias para la gente de la tercera edad, tanto públicas como privadas, deben velar porque no se produzcan situaciones de discriminación de las personas LGBTI, tanto si viven solas como si viven en pareja. Debe fomentarse el respeto a la diversidad en lo relativo a la orientación sexual, la identidad de género o la expresión de género entre los usuarios de los servicios sociales”.⁵⁷

⁵⁵ Artículo 16 de la norma de Valencia. También se pronuncia sobre este punto la norma canaria.

⁵⁶ Artículo 26.4 de la norma de Navarra

⁵⁷ Artículo 17.4 de la norma de Cataluña

- ✓ Adecuación de toda la documentación administrativa al sexo sentido, a las relaciones afectivas de las personas LGTBI y a la heterogeneidad del hecho familiar. En todas las Comunidades Autónomas analizadas se prevé e insiste en la gratuidad de esta actuación administrativa.
- ✓ Garantizar que no existirá discriminación por motivo de orientación e identidad sexual en los procesos de adopción y acogimiento familiar.
- ✓ Asistencia sanitaria y psicológica adecuada a las personas LGTBI, incluido los menores de edad, los cuales tendrán derecho a recibir el tratamiento para el bloqueo hormonal al inicio de la pubertad, atendiendo a criterios clínicos que se irán actualizando conforme crezca la persona para evitar el desarrollo de caracteres sexuales secundarios no deseados⁵⁸. Además, en la norma de Navarra y la de Valencia se posibilita que el interesado/a pida una segunda opinión médica o de los profesionales expertos en la materia. Ser además atendidos en proximidad, sin que tengan que sufrir desplazamientos y gastos innecesarios. Estas normas también prevén que el interesado/a reciba toda la información de su historial médico por escrito, para facilitar la continuidad del mismo en caso de desplazamiento de dicho interesado⁵⁹. En la norma de Navarra se especifican de una forma más amplia los diferentes servicios y tratamientos de salud, como es el caso del proceso quirúrgico genital, aumento de pecho y masculinización del tórax, material protésico necesario, cirugía de feminización facial, tratamientos para la modulación del tono y timbre de voz, tratamiento de fotodepilación del vello facial, etc. En Valencia, se prevé la garantía de la igualdad de derechos y obligaciones en el ámbito de la donación de sangre, médula ósea, tejidos y órganos, y además las necesarias terapias farmacológicas y las técnicas de congelación de tejido gonadal y células reproductivas para su futura recuperación, en las mismas condiciones que el resto de personas usuarias, antes del inicio de cualquier tratamiento que pudiera comprometer su capacidad reproductora⁶⁰.
- ✓ Garantía del derecho de admisión en los establecimientos abiertos al público, así como el uso y disfrute de sus servicios. En caso de existir criterios y limitaciones de las condiciones, tanto de acceso como de permanencia, deben ser expuestos mediante carteles visibles colocados en los lugares de acceso y por otros medios que se determinen adecuados por parte de los titulares del establecimiento que además estarán obligados a impedir el acceso o a expulsar de los mismos a personas que violenten de palabra o hecho a otras personas por razón de orientación sexual, expresión de género e identidad

⁵⁸ También se pronuncia en estos términos la norma extremeña en su artículo 10.

⁵⁹ Artículo 15 de la norma de Navarra.

⁶⁰ Artículo 15 de la norma valenciana. En esta materia podemos citar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, sentencia nº 149/2015, de 26 de marzo, sobre el derecho al reintegro de los gastos producidos en un caso de cirugía de reasignación de sexo.

- sexual o de género. O bien a las personas que lleven y exhiban públicamente símbolos, indumentaria u objetos que inciten a la violencia o la discriminación por orientación sexual, expresión de género e identidad sexual o de género⁶¹.
- ✓ La creación del Consejo Andaluz LGBTI, como órgano participativo y consultivo, que podrá realizar propuestas de mejora, recomendaciones, etc, que elaborará anualmente un informe sobre la situación de este colectivo, evaluándose las políticas públicas que se hayan llevado a cabo. Este órgano específico de participación y consulta también se prevé en la norma de Navarra⁶² donde además existirá un Órgano Coordinador para la igualdad LGBTI+. En la norma gallega se hace referencia en su Disposición final segunda a las facultades que tiene el Valedor del Pueblo, como autoridad independiente para velar por la igualdad de trato y no discriminación para este colectivo tanto en el sector público como privado; recibir y tramitar las quejas o reclamaciones que las personas de este colectivo puedan presentar, realizar funciones de mediación y/o conciliación; iniciar de oficio, o a instancia de terceros, investigaciones sobre la existencia de posibles situaciones de discriminación que revistan una especial gravedad o relevancia, excepto las que revistan carácter de infracción penal, en cuyo caso deberá remitir lo investigado a la Fiscalía o a la Autoridad judicial; y colaborar con el Defensor del Pueblo y con las instituciones y organismos públicos equivalentes de otras comunidades autónomas e internacionales. En el caso de Extremadura, debemos destacar el Observatorio contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género y el Centro de Memoria Democrática y Documentación LGBTI. En el caso de Valencia destaca el Consejo Consultivo Trans de la Comunitat Valenciana⁶³; en las Islas Baleares el Consejo de LGTBI⁶⁴; en Murcia el Observatorio Regional contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género⁶⁵, y en Madrid, el Consejo LGTBI⁶⁶ y el Centro de documentación y memoria histórica LGTBI⁶⁷.
 - ✓ De manera importante queremos destacar el artículo 47 de la norma navarra que prevé las llamadas evaluaciones de impacto, en el sentido de incorporarlas en el desarrollo de las competencias de la Comunidad Autónoma, para garantizar la integración del principio de igualdad y no discriminación de las personas LGTBI+. Esto supone que todas las disposiciones legales o regla-

⁶¹ También se desarrolla este punto en el mismo sentido en la norma catalana.

⁶² Artículo 8 de la norma de Navarra.

⁶³ Artículo 12 de esta norma de Valencia.

⁶⁴ Previsto en el artículo 7 de la norma balear.

⁶⁵ Artículo 5 de la norma de Murcia.

⁶⁶ Artículo 6 de la Ley madrileña 3/2016 de 22 de julio.

⁶⁷ Artículo 24 de la Ley madrileña 3/2016.

mentarias del Gobierno de Navarra deberán contar con carácter preceptivo con un informe sobre su impacto por razón de orientación sexual, expresión de género e identidad sexual o de género por quien reglamentariamente se determine. Este informe debe ir acompañado en todos los casos de indicadores pertinentes en la materia, y medidas dirigidas a paliar y neutralizar los posibles impactos negativos que se detecten sobre personas LGTBI+, así como a reducir o eliminar las diferencias encontradas promoviendo la igualdad y la no discriminación en relación con este colectivo. También se prevé esta evaluación de impacto en la norma extremeña.

- ✓ Y finalmente destacamos el establecimiento de un adecuado sistema de infracciones y sanciones administrativas, ya sean leves, graves o muy graves, que se aplicaría junto a la labor inspectora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social⁶⁸.

Después de listar el elenco de “herramientas” para poder hacer posible la Igualdad para el colectivo estudiado, podemos afirmar que no todo en la norma andaluza responde desde nuestra opinión, a un tratamiento transversal adecuado para proteger el derecho a la igualdad de trato en sentido amplio, o la llamada por nuestra parte “igualdad ampliada”. Un ejemplo de esto, es el artículo 38 de la norma andaluza que transcribimos literalmente: “Artículo 38. Medidas en el ámbito del turismo. 1. La Comunidad Autónoma promoverá el turismo LGTBI y prestará respaldo institucional en la celebración de actos y eventos que contribuyan a la igualdad y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares. 2. Se adoptarán las medidas e iniciativas necesarias para fomentar y apoyar el turismo orientado al público LGTBI y a sus familiares en colaboración con las entidades locales, con la finalidad de situar a la Comunidad como destino turístico de referencia LGTBI. 3. Se incluirá el turismo LGTBI dentro de los planes y proyectos de planificación, promoción y fomento del turismo, tanto en los planes parciales como en sus programas de actuación estratégicos”.

En particular, nos llama a atención que se promueva el turismo LGTBI, sin explicar lo que esto supone, es decir, ¿vamos a promover y realizar acciones turísticas para el colectivo, para que de manera separada e individual lleve a cabo este turismo? Se trata de una expresión en la norma andaluza que sin duda dará lugar a comentarios varios y que iremos concretando con la aplicación de la propia ley, aunque un tratamiento diferenciado y acotado al grupo de personas que integran este colectivo podría ser más perjudicial que beneficioso.

Sí nos parece adecuado el apoyo institucional a actos de celebración o conmemoración. Por ejemplo, en la norma foral de Navarra⁶⁹ se indica que cada 17 de mayo se conmemorará el Día Internacional contra la Homofobia,

⁶⁸ También se recoge esta materia en la norma de Cataluña.

⁶⁹ Artículo 7 de la norma de Navarra.

Lesbofobia, Bifobia y Transfobia. Además el Parlamento de Navarra acogerá los actos de celebración institucional en reconocimiento y apoyo a las personas LGTBI+⁷⁰. Tanto el Parlamento como el Gobierno de Navarra instalarán el símbolo conmemorativo LGTBI+ en ambas sedes con motivo de tal celebración. También se respaldarán y apoyarán las acciones que el movimiento social y activista LGTBI+ realice el día 28 de junio, Día Internacional del orgullo LGTBI o Día Internacional de Lesbianas, Gais, Bisexuales, Transexuales, Transgénero e Intersexuales.

8. CONCLUSIONES

1. Sin duda estamos en una materia donde los valores culturales y educacionales tienen una gran importancia. Por ejemplo, en la norma de Extremadura que hemos analizado se hace referencia a la especial protección que debe brindarse a las personas de este colectivo que por tradición o cultura pudieran contar con un mayor nivel de discriminación.⁷¹ La religión, la cultura, las tradiciones no pueden ser el paraguas en el que se ampare una posible discriminación o negación de derechos para este colectivo.
2. La estructura de todas las normas analizadas es prácticamente igual, en el sentido de las materias que contemplan, su composición dentro de la norma y el contenido del articulado, además de cumplir con el principio de transversalidad.
3. Como señalamos en el epígrafe tercero de este estudio sobre las definiciones, la discriminación por error incluso por asociación pueden plantear serios problemas de interpretación. Estamos seguros que el principio de inversión de la carga de la prueba, tan común en el ámbito laboral, podrá plantear situaciones de difícil resolución para los operadores jurídicos.
4. Resulta esencial en esta materia la evaluación tanto de las políticas que adopten los poderes públicos como de las concretas medidas que se apliquen en las organizaciones, públicas y privadas. De esta forma, se podrá conocer la efectividad y eficiencia de la medida y por tanto, si tiene sentido mantenerla.
5. En el ámbito laboral en concreto, debemos tener en cuenta el tamaño y sector de la organización donde se apliquen las políticas públicas y las concretas medidas de igualdad, ya que esto nos marcará la necesidad de diferenciaciones.
6. El establecimiento en la mayoría de las normas que hemos estudiado, de un sistema de infracciones administrativas y sanciones resulta un acierto, si bien para las infracciones laborales se remiten a la legislación laboral.

⁷⁰ También se expresa en parecidos términos en cuanto a la celebración de fechas internacionales importantes, la norma de Galicia en el artículo 25, y la Ley de Extremadura de 2015, en su exposición de motivos.

⁷¹ Artículo 7.6 de la norma extremeña.

7. Y por último, creemos que a partir de normas como las que hemos analizado se crea un nuevo concepto de igualdad, la que hemos denominado como “Igualdad Ampliada”, ya que el ámbito de protección personal se extiende hasta los familiares y allegados de las personas pertenecientes al colectivo LGTBI, lo que supone atender a una diversidad de situaciones tales como las que pueden experimentar los menores pertenecientes a una familia homoparental, la que pueden sufrir personas y familiares en una situación de intersexualidad, etc. La norma andaluza del año 2017, en su artículo 13. 4 d) señala que se “garantizará la protección adecuada a todas las personas concernidas, estudiantes y sus familias, miembros del personal y docentes, contra todas las formas de exclusión social y violencia por estos motivos.....”. Estamos pues ante una situación de “igualdad ampliada” tanto por los sujetos protegidos, como por los ámbitos en los que hacer efectiva la protección. Se trata de un concepto no jurídico pero generado por y para las personas protegidas por el ordenamiento jurídico.

Comentarios de
Jurisprudencia

**REPRESENTACIÓN UNITARIA Y CENTRO DE TRABAJO:
UN MODELO EN CRISIS***

MARÍA ISABEL RIBES MORENO**

SUPUESTO DE HECHO: La empresa Hibu Connect SAU acometió un proceso de despidos colectivos y de reestructuración empresarial que finalizó con acuerdo con el comité intercentros. Dicho acuerdo tuvo como resultado el cierre de tres centros de trabajo y el paso de los trabajadores que permanecieron a régimen de teletrabajo. Como consecuencia de lo anterior, y tras adscribir a los trabajadores restantes a la cuenta de cotización del centro de trabajo subsistente, se comunicó a los representantes unitarios elegidos en los centros objeto del cierre, y que no habían sido despedidos, el cese de su mandato representativo.

Con anterioridad a este proceso, entonces bajo su denominación anterior de Yell Publicidad, la empresa ya había promovido un ERE de extinción que también finalizó con acuerdo. Dicho acuerdo afectaba asimismo a numerosos contratos de trabajo, cerrándose 36 centros de trabajo. Pese a los cierres, y aunque no existía acuerdo expreso, se mantuvo el mandato representativo de los representantes legales de los trabajadores.

Ante la nueva comunicación de la empresa las Federaciones de servicios de CC.OO y de UGT y los representantes unitarios interpusieron demanda de tutela de derechos fundamentales ante la Audiencia Nacional, que fue estimada íntegramente, al considerarse lesionado el derecho a la libertad sindical y la negociación colectiva, ordenándose el cese del comportamiento antisindical y la nulidad y no conformidad a Derecho de las extinciones del mandato de los representantes. En compensación por daños se fija una indemnización de 6.251 €.

RESUMEN: La sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2017¹, pone de manifiesto los vacíos existentes en la normativa reguladora sobre la representación de los trabajadores en la empresa, que afecta significativamente a la fortaleza de su sistema. Asimismo, de forma contundente evidencia la necesidad de una revisión normativa sobre este particular, en concreto,

* Trabajo realizado en el contexto del proyecto de investigación I+D+i DER2015-67342-R, Redireccionando el empleo hacia el autoempleo: precarización de condiciones de trabajo y emergencia de la figura del emprendedor*.

** Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

respecto a su construcción en base al centro de trabajo como referencia a utilizar para determinar los representantes, al objeto de que el sistema de representación otorgue soluciones apropiadas para los nuevos modelos empresariales.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. LOS HECHOS OBJETO DE DEBATE: EJERCICIO Y VIGENCIA DEL MANDATO REPRESENTATIVO EN UN CENTRO DE TRABAJO
3. ÍTER PROCESAL. LA SENTENCIA CASADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO
4. ANÁLISIS DEL FALLO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y SU VOTO PARTICULAR
5. VALORACIONES SOBRE LAS CUESTIONES PLANTEADAS POR LA SENTENCIA
6. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCION

En la actualidad, las dinámicas productivas se dirigen, cada vez con mayor frecuencia, hacia la organización de empresas a distancia, estructuradas conforme a pequeños centros de trabajo, como establecimientos franquiciados, mediante teletrabajadores, trabajadores autónomos reales o ficticios, plataformas virtuales o acudiendo a otros recursos como grupos de empresas o las empresas en red. Las estructuras empresariales están cambiando donde el recurso a las nuevas tecnologías permite, además, un nivel de conexión muy importante entre los diferentes centros o lugares de trabajo². En ese contexto, las normas que vienen a regular el sistema de representación de los trabajadores en la empresa siguen manteniéndose en torno al centro de trabajo, conforme a dinámicas obsoletas. En el presente comentario abordaremos el pronunciamiento del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 28 de abril de 2017, número de recurso 124/2016, referente al mantenimiento del mandato representativo de representantes unitarios de los trabajadores tras un proceso de reestructuración productiva.

El interés de esta sentencia radica en dos cuestiones diferenciadas. Por una parte, porque se interpreta, a mi juicio de forma arriesgada, que el empresario puede ser titular de determinadas facultadas respecto de la extinción del mandato de la representación unitaria. Por otra parte, puesto que evidencia la debilidad del régimen jurídico actual de representación de los trabajadores en la empresa al pivotar en torno al centro de trabajo. A nuestro juicio, nos encontramos ante un pronunciamiento de gran interés por los interrogantes que plantea.

² Puede consultarse una profunda reflexión acerca de las diferentes dinámicas empresariales en el mundo actual en el trabajo de Álvarez Alonso, D., “El ordenamiento laboral ante los desafíos de la «fragmentación empresarial» y la «atomización del trabajo»”, *Trabajo y Derecho* núm. 38, *Febrero 2018*, pp. 46-69. Con la misma perspectiva, Álvarez Alonso, D., “Labour Law and «atomization of work»”, *Legal Responses of the «fissured workplace» in Spain*, *Bulletin of Comparative Labour Relations*, Vol. 95, 2017, págs. 145-182.

2. LOS HECHOS OBJETO DE DEBATE: LA CONDICIÓN DE REPRESENTANTE DE LOS TRABAJADORES COMO REPRESENTANTES DE UN CENTRO DE TRABAJO Y LA VIGENCIA DE SU MANDATO REPRESENTATIVO

En la sentencia analizada se manifiesta unos hechos que merecen ser expuestos con cierto detalle. A tal efecto, se constata que en el año 2011 la empresa Hibu Connect SAU (en aquel momento Yell Publicidad³) mediante un proceso de despido colectivo que finalizó con acuerdo, pactó el cierre definitivo de 36 de sus centros de trabajo, afectando a 115 trabajadores. Como resultado de la nueva organización, la empresa mantenía cuatro centros de trabajo, en Madrid, Barcelona, La Coruña y Sevilla. La empresa contaba con trabajadores que prestan servicios desde sus domicilios, ubicados en diferentes municipios pertenecientes a distintas provincias situadas en el conjunto del territorio nacional, si bien se encontraban adscritos a uno de los centros de trabajo, a efectos administrativos y de conformación de unidades electorales. No obstante el cierre de los 36 centros de trabajo, y aunque el pacto no recogía disposición sobre ello, la empresa mantuvo la condición representativa de todos los representantes legales hasta que se realizaron nuevas elecciones.

Posteriormente, el 22 de abril de 2015 se constituyó la Comisión negociadora del XIII Convenio Colectivo de Hibu Connect, SAU, conformada por veinte miembros de los que trece corresponden a la representación de los trabajadores, a través del comité intercentros, y por parte empresarial siete representantes.

El 9 de junio del mismo año se comunicó por la empresa la intención de iniciar un nuevo procedimiento de despido colectivo que, al igual que el anterior, finalizó con acuerdo de 23 de junio de 2015, entre la empresa y el comité intercentros de Hibu Connect SAU como representantes de los trabajadores. Conforme a dicho pacto se cierran los centros de Sevilla, Barcelona y La Coruña, impactando sobre el personal comercial y el personal administrativo. El despido colectivo afectó a un número significativo de trabajadores, manteniéndose un 69,57% de la plantilla del centro de Sevilla, un 75,49% de la de Barcelona y un 79,52% del de La Coruña.

La empresa ofrecía a los afectados dos opciones: por una parte, al personal administrativo que estaba adscrito a dichos centros se le invita a elegir entre continuar su prestación mediante teletrabajo, novando su contrato en un contrato a domicilio, o trasladarse al centro de Madrid, único que subsistiría tras la reestructuración. Por otra parte, el personal del grupo de ventas que realizaba habitualmente sus funciones administrativas en los centros que se iban a cerrar, también pudo elegir entre esta misma novación a contrato a domicilio, o continuar realizando sus funciones administrativas en un centro de negocio.

³ La empresa acordó su denominación social en Junta General de Accionistas en julio de 2012, publicando en el BORME el 21 de enero de 2013 el cambio de denominación a Hibu Connect, SAU.

Hibu Connect SAU cerró todos sus centros, comunicándolo a las autoridades laborales correspondientes, a excepción del de Madrid al que asignó la totalidad de la plantilla con independencia de dónde desempeñase el trabajo de forma efectiva. El personal administrativo optó, en su totalidad, por pasar al régimen de teletrabajo, suscribiendo un acuerdo novatorio en el que se pacta que el empleado se adscribe al código de cuenta del centro de Madrid. El 31 de agosto la empresa informó a todos los empleados que quedaban adscritos al centro de trabajo de Madrid.

A tenor de lo anterior, la empresa sufrió una importante reorganización territorial, adscribiendo al centro de trabajo de Madrid 191 nuevos trabajadores, procedentes de los centros de trabajo cerrados de Barcelona, Sevilla y La Coruña, en número de 48, 77 y 66 trabajadores, respectivamente. Por consiguiente, tras el acuerdo operado, el centro de trabajo de Madrid pasa de tener una plantilla de 274 trabajadores, a contabilizar 465 en total.

El centro de trabajo de Madrid contaba con un comité de empresa propio. La empresa notificó el 14 de septiembre a los representantes de los trabajadores adscritos a los centros que se cerraban, mediante un email, la extinción de su mandato representativo, si bien, les informaba de la continuidad durante un año de las garantías derivadas de la condición de representantes unitarios. Cuatro de los representantes formaban parte de la comisión negociadora del convenio y del comité intercentros.

Con fecha 1 de octubre de 2015, en el acta de la primera reunión de la comisión de seguimiento del despido colectivo, la empresa impide la asistencia de algunos miembros de la comisión, considerando que no correspondía al haber finalizado su mandato representativo. Ante esta situación, los representantes de los trabajadores manifiestan que el mero hecho de haber firmado el acuerdo de despido colectivo, que no incluía disposición alguna a tales efectos, no conllevaba de forma automática la extinción del mandato de los representantes de aquellos centros que se cerraban, especialmente al mantener “la actividad y distribución territorial que dio lugar a las pasadas elecciones sindicales”. Por el contrario, la empresa alegaba que los comités de centro solo tienen razón de ser anudados al centro de trabajo y, por ello, al haberse cerrado dichos centros no puede mantenerse ni al comité de empresa ni a los representantes miembros.

Las federaciones de servicios de CC.OO. junto con once trabajadores y la de UGT junto a otros doce, en ambos casos, representantes de los trabajadores, interpusieron demanda ante la Audiencia Nacional sobre tutela de Derechos fundamentales y Libertades públicas, ya que consideraban vulnerados sus derechos de libertad sindical y de negociación colectiva.

3. ITER PROCESAL. LA SENTENCIA CASADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en sentencia de 23 de diciembre de 2015, estima íntegramente la pretensión y declara lesionados los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva, ordenando el cese del comportamiento antisindical y declarando la nulidad de las extinciones del mandato representativo conforme a lo siguiente.

La Audiencia, a la vista de los hechos probados, interpreta que no se había producido un cierre físico de un centro de trabajo, sino de un centro virtual, ya que las modificaciones realizadas afectaban solamente a la dimensión interna de gestión. En efecto, como resultado del acuerdo no se trasladan a trabajadores, no hay modificación funcional alguna, ni tampoco el referido cierre del centro afecta a la producción sino que, únicamente, se realiza un reajuste o modificación en la gestión o administración interna del negocio, al objeto de centralizar la gestión empresarial. En consecuencia, esta desaparición del centro de trabajo no se ha producido, ni puede hablarse de pérdida de la unidad electoral, porque como se ha dicho el centro es virtual, por tanto, la anulación unilateral por la empresa del mandato de los representantes de los trabajadores, lesiona el derecho de negociación colectiva y es contraria al principio de libertad sindical.

Al mismo tiempo, la Sala refiere el contenido del artículo 67 del ET respecto de la duración del mandato de los representantes de los trabajadores. De este modo, en virtud de lo establecido en dicha disposición legal, exclusivamente los electores podrán revocar a sus representantes, mediante mayoría absoluta, sin atribuir al empresario facultad o poder unilateral al respecto. Además, cuatro de los representantes que han visto extinguido su mandato eran miembros del Comité intercentros y de la comisión negociadora del convenio colectivo, que a la sazón se estaba negociando, vetando la norma su revocación durante la tramitación del instrumento colectivo, a tenor del mismo artículo.

Igualmente, conforme al precepto mencionado anteriormente, cabe realizar ajustes en la representación unitaria para acomodar su composición a la plantilla de la empresa, por aumentos o disminuciones de la misma, estableciendo el texto estatutario un procedimiento desigual. Así, en supuestos de incremento de plantilla la adecuación se podrá realizar mediante la promoción de elecciones parciales, cuya iniciativa se reserva a las organizaciones sindicales más representativas, las que cuentan con un mínimo del 10% de representantes de la empresa o a los trabajadores por acuerdo mayoritario. Sin embargo, el proceder es distinto cuando se trata de una disminución de plantilla que solo podrá realizarse si está previsto en el convenio colectivo o mediante acuerdo entre los representantes y el empresario. En este sentido, se alude a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013, número de recurso 278/2013, que considera atentatoria

al derecho de negociación colectiva la decisión unilateral de la empresa para la revocación de representantes de los trabajadores, habida cuenta que sustituye lo que allí debió regularse.

Por otra parte, la Audiencia Nacional en aplicación de los preceptos y la doctrina expuestos considera que aunque la reorganización ha ocasionado modificaciones en algunos trabajadores, señaladamente a los que prestaban servicios en los centros cerrados que pasan a teletrabajar, se mantiene el 41% de la plantilla de los centros afectados, sin que la prestación de servicios en términos generales haya manifestado cambio alguno. Además, las disposiciones previstas en el convenio colectivo no justifican la extinción del mandato de los representantes. Dichas disposiciones refieren que cuando no exista centro de trabajo de la empresa en zonas donde se presten servicios, el centro de trabajo de referencia a efectos del ejercicio de los derechos de representación colectiva y otros derechos colectivos de ejercicio individual, será el de la cuenta de cotización de adscripción del trabajador. Esto mismo sucederá para los teletrabajadores en función de lo que se haya establecido en su acuerdo individual.

A juicio de la Sala, estas disposiciones serán de aplicación para elecciones sindicales futuras, sin que puedan alegarse para justificar la extinción del mandato de quienes ya son representantes, como se ha hecho por la empresa. En este sentido, el Tribunal considera que “la extinción del mandato cuando se produce la separación del representante de la base física del centro de trabajo responde a su apartamiento de la base electoral e los trabajadores que lo eligieron y sobre los que se extiende el mandato representativo, ante la conexión de funcionalidad del mandato representativo a la adecuada realización de las funciones de representación y, en el caso que nos ocupa no es posible hablar de pérdida de la unidad electoral derivada del cierre del centro de trabajo dado que a tales centros se encontraban adscritos trabajadores de provincias de territorios muy dispares, sin que el personal de ventas haya visto alteradas sus funciones y zona geográfica de actuación y en cuanto al personal que presta servicios mediante teletrabajo no se ha visto afectado en las condiciones de trabajo en los términos que implica un cierre de centro de trabajo, ni han sido objeto de movilidad geográfica, existiendo antecedentes en la empresa en el ERE promovido en marzo de 2011 (...), donde la totalidad de los representantes legales de los trabajadores mantuvieron tal condición representativa”.

En consecuencia, la Sala consideró que de los hechos se deducía la referida vulneración del derecho de libertad sindical y de negociación colectiva, estimando la reparación de sus efectos mediante una indemnización de daños morales de 6.251 €, habida cuenta que durante este tiempo se le había privado a los representantes legales de la actividad sindical.

4. ANÁLISIS DEL FALLO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y SU VOTO PARTICULAR

Sin embargo, la empresa formuló recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Nacional ante el Tribunal Supremo y es aquí que el recurso se estima favorablemente, atendiendo a las siguientes argumentaciones.

En primer lugar, en los fundamentos de derecho de la sentencia se revisan tanto las normas convencionales alegadas por la demandante como las disposiciones del ET sobre este particular. Así, en lo que respecta al Convenio Colectivo de Hibu Connect SAU, señala que sus disposiciones abordan la adscripción de los trabajadores sin centro de trabajo o teletrabajadores a un código de cuenta de cotización que se acuerde, incluso a efectos electorales. Del mismo modo, refiere que, habida cuenta que el ET no contiene previsión alguna sobre la desaparición del centro de trabajo, la conservación del mandato representativo requiere de la subsistencia del ámbito en el que fueron elegidos los representantes. Por consiguiente, al desaparecer el centro de trabajo para el que fueron elegidos, ello implica necesariamente la finalización de su mandato. La Sala expone jurisprudencia constitucional, como la STC 64/2016, de 11 de abril, para avalar su postura, ya que “no existe una previsión legal o convencional que garantice el mantenimiento de la condición de representante legal en casos como el enjuiciado y que no puede, por consiguiente, considerarse que la supresión de esa condición en esos concretos supuestos contraría un derecho atribuido por normas legales o convencionales”. Igualmente, entiende que para que se considere una violación de la libertad sindical es preciso que las restricciones del derecho sean “arbitrarias, injustificadas o contrarias a la ley”⁴, lo que a su juicio no sucede.

La regla general para el mantenimiento de la condición de miembro del comité de empresa es la existencia del centro de trabajo, aunque permite excepciones. Así, el Tribunal hace constar tres únicas salvedades para el mantenimiento del mandato de los representantes de los trabajadores en supuestos de desaparición del centro de trabajo. En primer lugar, cuando en supuestos de transmisión de empresa el centro de trabajo queda afecto pero manteniendo su autonomía, tal como dispone el artículo 44.3 ET. En segundo lugar, cuando el cierre del centro tiene como objeto, precisamente, la finalización del mandato representativo de los trabajadores, utilizando fraude de ley o maquinación para ello. En tercer lugar, en supuestos de traslado de los representantes y parte de la plantilla a otro centro, situado en la misma localidad, sin que dicho centro cuente con representantes de los trabajadores, puesto que conforme a la STS de 5 de diciembre de 2013, con número de recurso 278/2013, sí que cabe admitir que los representantes pudieran mantener su mandato hasta que se promovieran nuevas elecciones o concurriese una causa legal de extinción.

Por otro lado, a juicio del Tribunal Supremo, el hecho de que el cierre de los centros fuese el producto de un acuerdo entre la representación de los

⁴ Refiriendo jurisprudencia constitucional como la STC 147/2001, de 26 de junio.

trabajadores y la empresa, excluye cualquier atisbo de irregularidad o fraude. A mayor abundamiento, al existir previsiones convencionales sobre la adscripción a efectos electorales de los trabajadores que presten servicios en zonas donde no haya centro de trabajo, así como respecto de los teletrabajadores, se refuerza esta interpretación. Por ello, el Tribunal entiende que en el supuesto de autos, al producirse el cierre como resultado de un acuerdo específico con el comité intercentros dentro de un procedimiento de despido colectivo, y tener representantes legales el centro de Madrid, no cabe deducir que la conducta empresarial vulnera el derecho de libertad sindical, justificándose la extinción del mandato representativo. En consecuencia, y aunque ni el acuerdo señalado ni el convenio colectivo incluían disposición alguna sobre la pervivencia o no de los representantes de los trabajadores, casa y anula la sentencia de la Audiencia Nacional, declarando la inexistencia de la referida vulneración de derechos.

No obstante, a la Sentencia la acompaña un voto particular formulado por la Magistrada Excm. Sra. Viroles Piñol, que discrepa con la postura general. La Magistrada considera que, como se desprende de los hechos probados en la sentencia, el comité de empresa no había agotado su mandato representativo, por lo que haciendo una interpretación conjunta de lo establecido en el artículo 67.3 ET con el art. 77 del mismo texto legal en línea con la sentencia de la Audiencia Nacional, concluye que solo los electores pueden revocar la representación conferida, mediante asamblea convocada a tal efecto. Así, en ningún caso se establece en el ET que será el empresario quien decidirá la revocación del mandato representativo, de hecho, es una conducta que excede de sus facultades y no podrá hacerlo “cualesquiera que sean los avatares acaecidos en la empresa”.

A continuación, mantiene su discrepancia conforme a las disposiciones estatutarias que también abordan, en el mencionado artículo 67, la acomodación del órgano de representación unitaria a la dimensión de la empresa, instituyendo mecanismos tanto para el aumento como para la disminución de trabajadores de la empresa o centro de trabajo, sin que en precepto alguno se atribuya control de la situación a los empresarios de forma unilateral. El reajuste de la representación a las modificaciones de la plantilla está previsto en la normativa estatutaria aunque de forma desigual. Por una parte, cuando la plantilla aumenta podrán convocarse elecciones parciales, al igual que cuando se producen dimisiones o revocaciones. Es visible que atendiendo a lo dispuesto en el ET serán los trabajadores de la empresa y los sindicatos que cumplan ciertos requisitos quienes ostentan la iniciativa sobre la promoción de elecciones. Por otro lado, cuando lo que sucede es una disminución significativa, y se haya previsto en el convenio colectivo de aplicación, podrá adecuarse la representación a la plantilla. En defecto de previsión convencional cabe la existencia de acuerdo entre la empresa y sus representantes pero, en ningún caso, es la empresa quien unilateralmente decide la extinción del mandato.

El voto particular refiere a la argumentación incluida en el voto mayoritario de la sentencia, detallando los diferentes supuestos esgrimidos en el fallo como excepciones para el mantenimiento del comité cuando no subsiste el centro de trabajo para el que fueron elegidos. Sin embargo, en lo que respecta al asunto enjuiciado precisa que, aunque han desaparecido tres de los centros de trabajo de la empresa, y se han adscrito los trabajadores al centro de trabajo de Madrid, ello no ha conllevado ni modificación geográfica ni funcional respecto de los trabajadores afectados. A tal efecto, a los 274 trabajadores que formaban la plantilla del centro de trabajo de Madrid, se suman 191 trabajadores más procedentes de los otros centros extinguidos. De esta forma, y teniendo en cuenta que lo que se ha producido es un mero reajuste o modificación de la gestión o administración interna de la empresa, no puede privarse a los trabajadores de sus derechos de representación colectiva -u otros derechos colectivos de ejercicio individual-.

El voto discordante refiere, acertadamente a mi entender, que “la extinción de los mandatos representativos de forma unilateral por la empresa supone que, un 41% de la plantilla carece de representación legal, siendo lo procedente mantener a los representantes legales de los trabajadores hasta que haya nuevas elecciones, porque la decisión de extinción o revocación de la representación conforme al precepto transcrito, no puede decidirla la empresa unilateralmente, y en su caso, la acomodación requerirá un acuerdo entre la empresa y los trabajadores.”. En consecuencia, el voto particular considera que debió haberse mantenido la condición de los representantes, salvo que hubiese concurrido algún supuesto de extinción del art. 67 ET, hasta que no se promuevan o celebren nuevas elecciones.

5. VALORACIONES SOBRE LAS CUESTIONES PLANTEADAS POR LA SENTENCIA

La sentencia objeto de este comentario pone de manifiesto dos cuestiones de significativa trascendencia. En primer lugar, los vacíos de regulación que se evidencian en el Estatuto de los Trabajadores, en particular, la problemática que surge con las reorganizaciones y reestructuraciones empresariales a los efectos del mantenimiento del mandato representativo. Y, en segundo lugar, la controversia, ya expuesta por parte de la doctrina más autorizada, acerca de la necesidad de reformular, o no, el modelo de elecciones sindicales en torno al centro de trabajo.

La normativa española sobre representación de los trabajadores se articula en torno a un modelo de doble canal de representación, por un lado los representantes unitarios o estatutarios y, por otro, los representantes sindicales.

La representación unitaria se ordena en torno a la empresa o el centro de trabajo, sin que quepa posibilidad de opción entre ellos, sino estableciendo circunscripciones imperativas, conforme a la Ley, dirigido a los centros de trabajo. Estamos ante normas de Derecho necesario absoluto. Al mismo tiempo, la normativa manifiesta una notable preferencia hacia los comités de empresa

en detrimento de los delegados de personal. De esta forma, se establecen reglas especiales para componer un comité de empresa conjunto en aquellos centros existentes en provincias, o municipios limítrofes, cuando ninguno de ellos alcance número de trabajadores suficiente que le permita constituir comité de empresa propio. Igualmente, la Ley instituye que cuando en una provincia exista un centro de trabajo con comité de empresa propio, podrán agruparse los centros de trabajo restantes para constituir un comité de empresa conjunto, en este caso, sin tener en cuenta a los municipios limítrofes⁵. Por último, cabe la elección de representación, aunque de forma potestativa, en pequeños centros de trabajo entendiendo como tales los que tienen entre 6-9 trabajadores⁶.

Otras reglas especiales figuran previstas para las elecciones en la marina mercante y en la flota pesquera, así como, en las administraciones públicas⁷. En este sentido, se ordenan reglas distintas tanto para la marina mercante⁸, como para los buques de pesca, diferenciando la representación en función del tipo de buque pesquero⁹. Sin embargo, al margen de las circunstancias expresadas no se recoge en norma alguna otra fórmula que determine otra organización alternativa para

⁵ Art. 62 Estatuto de los Trabajadores.

⁶ Esta problemática ya ha sido analizada por la doctrina, vid. Cabeza Pereiro, J., “Al paso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a las unidades electorales, después de la sentencia de 20 de febrero de 2008”, *Relaciones laborales: n.º 2/2008, versión electrónica Smarteca, págs.1-15. Otras cuestiones conexas, como el conflictivo cómputo de trabajadores temporales*, Ballester Laguna, F., “La problemática determinación del número de representantes unitarios en las «elecciones sindicales»”, *Relaciones Laborales n.º 4/2012, de 15 de febrero de 2012, versión electrónica Smarteca, págs. 1-21*.

⁷ La representación unitaria del personal no laboral que presta servicios para la Administración se regula en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE núm. 261, de 31 de octubre), incluyéndose la determinación de las unidades electorales en la Ley 9/1987, de 12 de junio, reguladora de los órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas (BOE núm. 144, de 17 de junio), en su art. 7. La Administración General del Estado tiene su ordenación en el art. 12 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, BOE núm. 168, de 14 de julio, que determina las unidades electorales. Cuyo procedimiento electoral está previsto en el Real Decreto 1846/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación del personal al servicio de la Administración General del Estado, BOE núm. 219 de 13 de septiembre.

⁸ En la marina mercante, el reglamento de elecciones sindicales prevé que se considera la flota como una única unidad electoral, y se constituirá un comité de empresa para toda ella, salvo que algún buque contara con 50 trabajadores o más, en cuyo caso, en estos últimos, se elegirá a su propio Comité de Buque. Art. 15 Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa, BOE núm. 219, de 13 de septiembre de 1994.

⁹ En estos casos, el art. 18 del Reglamento de Elecciones distingue entre flota de altura y gran altura, principalmente buques congeladores, a efectos del régimen electoral, que coincide con expresado ut supra. A estos efectos, distingue los anteriores de la flota de media altura y de bajura, es decir, la que precisa una media de veintiún días de embarque o cuenta con embarques de uno a siete días, respectivamente. En ellas, el legislador consciente de la dificultad de realizar elecciones por el escaso personal permite que los trabajadores que presten sus servicios en actividades auxiliares de los barcos en puerto, puedan elegir representantes conjuntamente con los trabajadores que presten servicios en los buques pesqueros, si no lo pueden hacer de forma autónoma. Por lo demás, las disposiciones en cuanto al órgano representativo concuerda con el de los buques mercantes ya que puede elegirse un comité de flota conjunto de los trabajadores que presten servicios en los buques de la misma empresa, siempre que entre todos cuenten con 50 o más trabajadores.

la elección de la representación unitaria, aunque se preveía desde el texto inicial del Estatuto de los Trabajadores la posibilidad de dictar normas reglamentarias para adaptar sus previsiones a empresas que requiriesen de disposiciones *ad hoc*¹⁰, lo que hasta el momento no se ha llevado a cabo. A este respecto, hay que destacar que ni mediante la negociación colectiva o acuerdo en la empresa, podrá ordenarse la representación de otra forma diferente a la que se establece en la Ley¹¹. Esta situación contrasta con lo dispuesto respecto al ámbito de actuación de la representación sindical, puesto que tanto el establecimiento de la sección sindical y, en su caso, la elección del delegado sindical podrá ordenarse conforme al ámbito decidido por la organización sindical a la que pertenece¹², haciendo uso de su derecho de libertad sindical.

Por otra parte, en lo que respecta al mandato representativo de los representantes unitarios se determina que tendrá una duración de cuatro años, conforme a lo dispuesto en el artículo 67.3 ET, que asimismo establece que una vez finalizado dicho mandato se mantendrán en sus funciones en tanto se elija una nueva representación. Hay que destacar que circunstancias no relacionadas expresamente en el ET, como la finalización del contrato del trabajador que ostenta la representación, o su despido, tienen como resultado la pérdida de su condición representativa. Al mismo tiempo, aunque la norma prevé la posibilidad de que se produzcan vacantes en el órgano de representación por cualquier causa, sin relacionarlas exhaustivamente, sí que hace manifiesta mención de tres circunstancias que también pueden dar lugar a una finalización anticipada del mandato del representante. Así, podrá extinguirse su mandato por la revocación por quienes le eligieron, a causa de su dimisión y como consecuencia de reducciones de la plantilla¹³.

¹⁰ Disposición Final segunda, punto segundo del vigente texto del Estatuto de los Trabajadores, que ya venía recogido en la Disposición Final segunda del Estatuto de los Trabajadores de 1980.

¹¹ Este hecho deriva en gran parte, al tratarse la representatividad de los sindicatos conforme al criterio de la audiencia electoral, que aunque legitimado por el Tribunal Constitucional como criterio objetivo y válido—entre otras STC 53/1982—, ha sido puesto en cuestión por la doctrina más autorizada, aunque proponiendo una reforma matizada, vid. Casas Baamonde, M.E., “Representatividad y mayor representatividad de los sindicatos en España: ¿un modelo en crisis?”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 33, 1988, págs. 71 y sig.; Sáez Lara, C., “La representación colectiva de los trabajadores”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 58, págs. 315-342. Proponiendo un modelo diferente, Lahera Forteza, J., “Crisis de la representatividad sindical: propuesta de reforma”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2016, núm. 1, págs. 57-65; del mismo autor en extenso “Crisis de la representatividad sindical: propuesta de reforma”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 4, Nº. 2, 2016, págs. 33-50.

¹² En este sentido, el Tribunal Supremo ha operado un cambio de doctrina desde la sentencia de 18 de julio de 2014, número de recurso 91/2013, acerca de la determinación del ámbito de la sección sindical, considerándola una facultad de autoorganización interna del sindicato. Así, se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre esta cuestión, y en concreto, durante el año pasado, han sido tres las sentencias que refiriendo el devenir de su interpretación, ponen de manifiesto este criterio asentado. Así, las sentencias de 3 de febrero de 2017, recurso número 39/2016, la de 7 de marzo de 2017, recurso 101/2016, y la de 24 de octubre de 2017, número de recurso 100/2016.

¹³ Artículos 67.1 y 3 y 68 del Estatuto de los Trabajadores.

Sin embargo, es visible que el Estatuto de los Trabajadores presenta una “defectuosa técnica legislativa”¹⁴, que se evidencia en distintos aspectos entre los que destaca, en la sentencia anotada, la imprecisión de la norma respecto a la pérdida del mandato representativo en supuestos relacionados con la extinción del centro de trabajo. En este mismo sentido, la vinculación de la representación al centro de trabajo refleja a día de hoy el agotamiento del modelo, puesto que no se ajusta a los cambios de las circunstancias organizativas y productivas empresariales que son habituales en la actualidad¹⁵, distorsionando la eficiencia de los representantes. En otro orden de ideas, aunque conectado al anterior, el hecho de anudar la representación a una unidad electoral como es el centro de trabajo, permite numerosas controversias, ante la inconcreción legal del centro de trabajo, que se erige como un “concepto jurídico indeterminado”¹⁶.

Respecto al primer problema apuntado, es visible que tanto las causas que justifican la finalización del mandato de los representantes unitarios, como el procedimiento que pueda conducir a tal término, no figuran adecuadamente tratados en el ET. Sobre este aspecto, tanto el fallo como el voto particular, así como la sentencia de la Audiencia Nacional, inciden sobre dicha insuficiente redacción sobre la representación unitaria. Así, se evidencian en la práctica las disfunciones que tiene esta defectuosa regulación para la representación unitaria de Hibu Connect, SAU ya que, en el caso que nos ocupa, la decisión organizativa adoptada por la empresa en el acuerdo de despido colectivo, ocasiona consecuencias negativas para el modelo de representación.

Por ello, esta insuficiencia de las disposiciones emerge claramente cuando se realizan traslados de los representantes, o se producen otro tipo de operaciones de fusiones, adquisiciones o absorciones de unas empresas por otras. El legislador no ha demostrado la competencia adecuada para adaptar la normativa de aplicación. En estos casos, los Tribunales han debido realizar una importante función interpretativa para determinar los supuestos que justifican la extinción del mandato. Así, se considera que “debe perderse la cualidad de representante,

¹⁴ Cfr. Cabeza Pereiro, J., “Al paso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a las unidades electorales, después de la sentencia de 20 de febrero de 2008”, cit., pág. 570.

¹⁵ Una extraordinaria reflexión sobre la necesidad de cambio de modelo, Cruz Villalón, J., “Una propuesta de revisión de las reglas sobre representación de los trabajadores en la empresa”, *Revista Galega de Dereito Social* (1, 2016), págs. 51-80. Este mismo problema fue abordado anteriormente, por el mismo autor, en la obra, *La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo: un marco legal insuficiente*, Trotta, Madrid, 1992. Igualmente, Vivero Serrano, J.B., “La obsolescencia y los inconvenientes del modelo de representación unitaria de los trabajadores por centros de trabajo. Por un nuevo modelo basado en la empresa, la negociación colectiva y no encorsetado a nivel provincial”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 194/2017, versión electrónica Westlaw, págs. 1-26.

¹⁶ Parafraseando al prof. Álvarez del Cuervo, en su aportación “El centro de trabajo como unidad electoral: un concepto jurídico indeterminado en un contexto de cambio organizativo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* num.188/2016, versión electrónica Westlaw, págs. 1-25. En este interesantísimo trabajo, el autor refleja su experiencia como árbitro de elecciones sindicales y la problemática interpretativa que dicho concepto supone, a la hora de las elecciones a representantes de los trabajadores en la empresa.

ya que no puede imponerse dicha condición a otra empresa ni a otros trabajadores que no participaron en la elección, desapareciendo la base objetiva sobre la que opera la representatividad”, como cuándo se produce la integración en la plantilla de otra empresa o se manifiesta un cambio de titularidad empresarial¹⁷.

Sin embargo, esta afirmación debe matizarse, ya que también la jurisprudencia ha evidenciado que hay que atender a otras posibilidades en aquellos supuestos en los que el centro de trabajo, al que los representantes vinculan su representación, se mantiene. A tal efecto, el Tribunal Supremo establece que “lo determinante para que no se pierda la condición de miembro del Comité de Empresa, es la subsistencia del centro de trabajo para el que el trabajador fue elegido, sin que dicho cometido se vea afectado por la integración o asunción de la titularidad por un nuevo empresario”¹⁸.

En definitiva, el posible mantenimiento de la representatividad va a depender “del modo, condiciones y circunstancias en que hubiere tenido lugar la sucesión empresarial y el traspaso de los trabajadores producido a consecuencia de la misma. Así, ocurrirá que mientras en el caso de que el cambio de titularidad afecte por entero a un centro de trabajo o empresa que cuente con sus propios representantes laborales, la nueva adscripción empresarial no afectará por lo general a los elementos integrantes de la relación representativa, dada la subsistencia íntegra del centro de trabajo o empresa soporte fáctico del Comité”. Esta interpretación se muestra conforme con lo establecido en el artículo 6.1 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad¹⁹, que dispone “En la medida en que la empresa, el centro de actividad o una parte de éstos conserve su autonomía, el estatuto y la función de los representantes o de la representación de los trabajadores afectados por un traspaso subsistirán en los términos de las condiciones existentes antes de la fecha de traspaso (...), siempre que se reúnan las condiciones necesarias para la formación de la representación de los trabajadores.

Ahora bien, es de capital importancia destacar que, en ningún caso, esta interpretación podría justificar que la gestión de las cuestiones atinentes a la convocatoria de elecciones o la iniciativa de elecciones parciales y, de igual manera, la decisión de ajustar la representación a causa de la disminución de la plantilla sea una atribución empresarial. De hecho, la sentencia afirma que doctrinalmente se ha interpretado que la previsión que figura en el artículo 25 del

¹⁷ Con gran claridad expone las distintas situaciones que pueden encajarse en las subrogaciones empresariales en la Sentencia del Tribunal de Justicia de Murcia, de veintitrés de julio de dos mil dos, recurso de Suplicación núm. 574/2002.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1990 matizando su doctrina anterior, presente en la sentencia de 28 de junio de 1990.

¹⁹ DOCE núm. 82, de 22 de marzo de 2001.

Real Decreto 1844/1994, de 9 de setiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa, determina que la Oficina Pública es competente para recibir la comunicación del representante legal de la empresa o, en su defecto, de los representantes legales de los trabajadores o los Delegados sindicales, si los hubiera, cuando se produzca la desaparición de cualquier centro de trabajo en que hubieran celebrado elecciones a los órganos de representación y estuviera vigente su mandato electoral.

Sin embargo, a mi entender hay que destacar dos cuestiones. En primer lugar, no parece que el Reglamento de elecciones deba interpretarse en este sentido, por el contrario, debemos hacer una interpretación cautelosa. No parecería razonable pensar que la norma se haya formulado para permitir que existiendo representantes, pueda la empresa, mediante la mera notificación a la oficina pública, oficializar un cese representativo, ni tan siquiera cuando desaparece un centro de trabajo. Ahora bien, en la empresa existían tanto representantes unitarios, en el centro de Madrid, como representantes sindicales, lo que debería haber excluido la mencionada intervención empresarial. En segundo lugar, tampoco cabe que un reglamento pueda ser contrario a lo establecido en la ley del ET que, aunque no tiene una previsión expresa sobre cómo proceder cuando se cierra un centro, cabría aplicar la previsión contenida para supuestos de disminuciones de plantilla, donde marca claramente la necesidad de acuerdo, o previsiones convencionales a los efectos de dicha acomodación, sin asignar, en modo alguno, facultades unilaterales al empresario sobre ello.

En particular, y respecto a la posible justificación de la conducta empresarial entendiéndola conforme a la regulación prevista en el convenio colectivo, también tenemos que manifestar disconformidad con el fallo de la sentencia. Así, las disposiciones alegadas no hacen referencia a mecanismos aplicables en supuestos de alteración de la plantilla, sino que se limitan a establecer un régimen específico para asignar trabajadores a distancia a centros de trabajo concretos, lo que deberá ser tomado en cuenta para el ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores. Por consiguiente, al no haberse realizado un acuerdo expreso e indubitado al respecto, ni incluir el instrumento colectivo disposiciones para el ajuste de la plantilla, no se justifica la conducta empresarial, por más que el fallo considere que las previsiones en orden a “la adscripción de trabajadores a efectos electorales” son suficientes para la extinción del mandato representativo. No obstante, volveremos sobre este punto más adelante con el propósito de analizar su impacto en la consideración de centro de trabajo.

Conviene recordar que la empresa únicamente tiene obligaciones de colaboración y respeto hacia la representación de los trabajadores, sin que le competa, discrecional o unilateralmente, tomar decisiones que afecten a la representación. En este caso, ante la inexistencia de acuerdo expreso o disposición adecuada en el convenio colectivo la conducta de la empresa excede, con mucho,

de las competencias atribuidas al empresario en el proceso electoral y, en mi opinión, atenta al derecho de negociación colectiva. Esto nos lleva a formular la siguiente pregunta ¿permite la normativa reguladora del sistema electoral, que supuestos como el expresado el empresario asuma un papel protagonista en las revocaciones de representantes unitarios? Es visible que la respuesta debe ser negativa, estamos ante una facultad exclusiva y excluyente de los electores. Otra respuesta conduciría a que el empresario podría tomar decisiones, como la que se manifiesta en la sentencia, con graves efectos sobre el sistema de representación.

Por otro lado, sin desmerecer su importancia y conforme a lo anterior, se confirma que existe una desproporción evidente entre el número de trabajadores asignados al centro de trabajo de Madrid, como resultado de la reorganización, y su representación legal. En este sentido, no hay que desdeñar el hecho que los trabajadores adscritos al centro de trabajo, que no han sido trasladados ni se les han modificado su prestación, conforman un 41% de la plantilla actual y, sin embargo, esa plantilla carece de representación propia. Así, sus derechos de representación se verán ejercidos por otros representantes –el comité de empresa de Madrid– en cuya elección no han intervenido.

Al mismo tiempo, se aprecia que tras este proceso de reestructuración se finaliza el mandato de los representantes –¿o son “cesados”?– cuando, anteriormente, en la misma empresa y en una situación similar, se había mantenido el mandato de los representantes elegidos en centros extinguidos. Este hecho tampoco justificó, a tenor de lo expuesto, una mayor reflexión aunque, a mi juicio, la trascendencia de la decisión empresarial al configurar este nuevo centro de trabajo permitiría pensar en una cierta manipulación dirigida a reducir la representación unitaria. De hecho, conviene recordar que en función del sistema electoral vigente, se requiere de un mayor número de votos para obtener representantes en centros de trabajo de mayor plantilla, por ello, la representación unitaria de Hibu Connect SAU tras la reestructuración organizativa ostentará un número inferior al que inicialmente contaba. A mayor abundamiento, esta circunstancia evidencia la debilidad de nuestro sistema representativo indefectiblemente unido al centro de trabajo, cuando esta figura no es más que un elemento vago sometido a notable litigiosidad, que permitiría con mediante maniobras interesadas confirmar conductas que afectan el ejercicio del derecho de representación.

En consecuencia, entiendo que, en línea con lo expresado por el voto particular y la resolución de la Audiencia, lo más razonable hubiera sido haber mantenido la representación en tanto no se promoviesen nuevas elecciones, tal como se había hecho en ocasiones anteriores en la misma empresa. Otra conducta generaría en mi opinión una violación del derecho de negociación colectiva y de libertad sindical, al haber actuado, con la limitación de la representación y el bloqueo de créditos horarios, contra los derechos colectivos de las organizaciones sindicales demandantes.

En otro orden de ideas, pero conectado a lo anterior, se presentan nuevos interrogantes derivados del fallo. Como se ha puesto de manifiesto, en los hechos se plasma una de las diferentes modalidades de organización productiva de la nueva economía, el teletrabajo. Es más, la empresa cuenta con un convenio colectivo en el que se recoge de forma expresa la asignación de los teletrabajadores a un centro de trabajo determinado, sin conexión física, cuya adscripción se utiliza además a efectos electorales y para ejercer sus derechos colectivos.

Como es sabido, desde la fecha de promulgación del Estatuto de los Trabajadores originario hasta hoy son numerosos y profundos los cambios productivos, donde hemos pasado de un modelo empresarial fordista a otro basado en la economía 4.0. Durante este tiempo se han incorporado nuevas fórmulas organizativas que permiten poner en cuestión el régimen electoral unitario, en torno a los centros de trabajo. Así, la economía se organiza en torno a la constitución de grupos de empresa, microcentros de trabajo, empresas multiservicios, autónomos reales o ficticios, teletrabajo, plataformas colaborativas, etc., en definitiva, modificaciones en la organización, dimensión y dispersión de las plantillas que inciden en la representación. Todo ello, conduce a que en muchas ocasiones sea muy difícil, si no imposible²⁰, elegir representantes de los trabajadores en un sistema ordenado sobre la elección en los centros de trabajo y no en la empresa²¹.

Sin embargo, aunque una parte significativa de la doctrina aboga acerca de un cambio normativo sobre el régimen electoral, uno de los obstáculos fundamentales para ese necesario cambio se encuentra en el impacto de los resultados electorales de la representación unitaria sobre la mayor representatividad sindical. Es visible que la respuesta a esta demanda no es sencilla de formular, si bien la doctrina ha planteado soluciones al respecto²².

Así las cosas, en la sentencia que se analiza, con independencia de la crítica que se pueda realizar al fallo, se aprecia que el convenio colectivo de Hibu Connect SAU ofrece una solución para la representación de los trabajadores afectados

²⁰ Conforme a un estudio europeo sobre la reestructuración en pequeñas y medianas empresas, el tejido empresarial en nuestro país se conforma por más de tres millones de empresas con menos de diez trabajadores, lo que difícilmente permite la existencia de representación unitaria. Informe de European Monitoring Centre on Change: *Restructuring in SMEs in Europe (Spain)*, 2013, Durán López, J.; Isusi, I. puede consultarse el documento en línea en <https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2013/spain/labour-market-business/restructuring-in-smes-spain> (última consulta 26.03.2018).

²¹ En concreto y sobre plataformas colaborativas, pero refiriendo los retos de la nueva economía, ha sido tratado de forma exhaustiva por Garrido Pérez, E., “La representación de los trabajadores al servicio de plataformas colaborativas”, *Revista de Derecho Social*, núm. 80, 2017, págs. 209-232. En dicho trabajo ofrece una interesante propuesta de modelo representativo aplicable a estas empresas de la nueva economía.

²² Proponiendo un modelo mixto entre audiencia electoral y afiliación sindical, los trabajos citados anteriormente, Lahera Forteza, J., “Crisis de la representatividad sindical: propuesta de reforma”, y “Crisis de la representatividad sindical: propuesta de reforma”. Igualmente, poniendo de manifiesto las dificultades que pueden generar los cambios, Escudero Rodríguez, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2016, núm. 1, págs. 45-56. En este trabajo se realiza un interesante repaso de otros modelos en los Estados europeos.

por este fenómeno mediante la autonomía colectiva creando, a mi parecer, una ficticia unidad electoral. De este modo, resuelve en su organización la posible problemática de determinación de la circunscripción electoral asignable a los teletrabajadores. Ahora bien, estas previsiones convencionales quiebran, por una parte, la acepción clásica de centro de trabajo pero, por otra parte, parecen consagrar posibilidades por parte de la negociación colectiva para modificar el marco legal. No hay duda de que ésta última es una suposición aventurada, habida cuenta la doctrina del Tribunal Supremo, pero parece factible, a juicio de algunos autores, que pudiera propiciarse un cambio jurisprudencial²³.

Justamente por esta razón, resulta paradójico que el fallo justifique, precisamente, la ausencia de fraude o irregularidad en la finalización del mandato de los trabajadores, por la “existencia de previsiones normativas convencionales en orden a la adscripción de los trabajadores a efectos electorales”, sin valorar la realidad o no del centro de trabajo, ni la utilización de la autonomía colectiva para acomodar la circunscripción electoral a su conveniencia.

En efecto, tras el cierre de los centros de trabajo de Barcelona, Sevilla y la Coruña, la empresa asigna a los trabajadores que han visto reajustado su sistema de trabajo, la cuenta de cotización correspondiente al centro de trabajo de Madrid. Ahora bien, en ningún momento la Sala de lo Social del Tribunal Supremo valora la posible subsistencia de los centros de trabajo, o la posibilidad de que al menos de forma virtual se hubiese constituido un centro independiente que agrupe a estos trabajadores –teletrabajadores–, que justificase la pervivencia del mandato de los representantes. En mi opinión, no se trata de una cuestión baladí, ya que esta consideración podría sustentarse puesto que existen elementos indiciarios de su existencia. Considero que en el supuesto de hechos se manifiesta la presencia de una unidad productiva –ventas y administración vinculada a ella–, con organización específica –mediante la práctica de teletrabajo–, además, un factor como es la inexistencia de un alta ante la Autoridad laboral tampoco resultaría absolutamente necesario, ya que es el elemento menos importante para la existencia real de un centro de trabajo²⁴, considerado incluso “vacío de contenido” por parte de la doctrina²⁵.

Por consiguiente, que el convenio colectivo establezca que dichos trabajadores, los teletrabajadores, quedarían adscritos al centro de trabajo que se fije en virtud de su acuerdo individual conduce a pensar que, conforme al Tribunal Supremo, siquiera *obiter dicta*, parece abrir la puerta a una cierta disposición convencional

²³ Cruz Villalón, J., *La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo, un marco legal insuficiente*, cit., págs. 233 y sig.

²⁴ Álvarez del Cuvillo, A., “El centro de trabajo como unidad electoral: un concepto jurídico indeterminado en un contexto de cambio organizativo”, cit. págs. 4-11.

²⁵ Cabeza Pereiro, J., realiza una completa exposición de sobre la problemática que el art. 1.5 ET refleja sobre el modelo de elecciones sindicales, que a su juicio requiere de reconstrucción. “Al paso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a las unidades electorales, después de la sentencia de 20 de febrero de 2008”, cit., pág. 3.

de las unidades electorales. Esta postura, aunque al hilo de posibles mejoras o coberturas de vacíos de la regulación legal de la circunscripción electoral, ya parecía apuntada en algunas sentencias, si bien referida a los grupos de empresa y al delegado de personal conjunto.

En conclusión, el vigente régimen de representación de los trabajadores en la empresa viene manifestando síntomas de agotamiento, ha envejecido significativamente y evidencia debilidades²⁶. Es preciso tomar medidas dirigidas a reformular una regulación que provoca incertidumbres. Aunque el espacio ofrecido a este comentario no permite profundizar más en el tema, creo que abrimos cuestiones para el debate. A mi juicio, una reforma orientada a una representación que atienda a la empresa, en lugar del centro de trabajo, podría ser más conveniente para los intereses de los trabajadores, sin perjuicio de permitir ciertos espacios para la negociación colectiva destinados a mejorar, complementariamente, la regulación existente. Para ello es preciso separar la representación unitaria y sus resultados electorales de la representación sindical, buscando nuevas fórmulas.

6. CONCLUSIONES

El sistema electoral español previsto en nuestro ordenamiento jurídico laboral para la elección de representantes unitarios requiere de cambios en su configuración. Así, aunque ha sufrido muchas modificaciones, han sido pocas las que afectan al sistema de representación unitaria, sin que ninguna de ellas haya sido de especial calado. El texto estatutario está integrado por un articulado afectado por una defectuosa o incompleta redacción en lo que respecta a la representación de los trabajadores en la empresa, lo que condiciona determinados aspectos de la representación unitaria, permitiendo arbitrariedades.

Es visible que el texto del ET presenta numerosas lagunas en lo que respecta al régimen de representación de los trabajadores, lo que conduce a una enorme litigiosidad que redunde en una debilidad del sistema representativo. En suma, aunque hace falta abrir el debate sobre la reforma del sistema de representación y la sentencia anotada refleja muchos de estos problemas, la interpretación realizada por el Tribunal Supremo permitiendo que el empresario interfiera en el mandato de los representantes unitarios genera gran inquietud. ¿Nos encontramos con una nueva erosión de los derechos de los trabajadores, en línea con las últimas reformas legislativas? ¿Es conforme a derecho el considerar, en circunstancias como las expresadas, al empresario como titular de la facultad de valorar o

²⁶ Planteando la necesidad de nuevas propuestas, con carácter muy reciente, Casas Baamonde, M^a. E., “La necesaria reforma del Título II del Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV. *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales (Libro Homenaje a Ricardo Escudero Rodríguez)*, Bomarzo, Albacete 2017. Igualmente, Cruz Villalón, J., “Una propuesta de revisión de las reglas sobre representación de los trabajadores en la empresa”, en AA.VV. *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales (Libro Homenaje a Ricardo Escudero Rodríguez)*, Bomarzo, Albacete 2017.

no la existencia del mandato de la representación unitaria? La respuesta tiene que ser rotundamente negativa. El ET no atribuye facultad unilateral alguna a los empresarios para decidir la finalización del mandato representativo y, adicionalmente, otra interpretación sería contraria, en todo punto, a la propia finalidad de la institución representativa.

En otro orden de ideas, los hechos que dan lugar a la sentencia y su voto particular también ponen de manifiesto la mencionada y significativa quiebra que, a día de hoy, se evidencia entre las organizaciones empresariales actuales y nuestro modelo de representación unitaria, que parecen exigir más pronto que tarde un cambio profundo. Considero que el hecho de que las unidades electorales atiendan al centro de trabajo de forma invariable, tiene como resultado un sistema descompensado, que permite que decisiones empresariales sobre la adscripción de trabajadores a un centro de trabajo determinado pueda afectar a la representación legal.

En por ello que debemos preguntarnos si el vigente modelo representativo basado en los centros de trabajo debe modificarse. Es decir, ¿se adecúa el sistema de representación unitario a la realidad empresarial actual? Resulta paradójico a la luz de los cambios organizativos a los que estamos asistiendo en el modelo empresarial, y a pesar de las numerosas reformas que han afectado al Estatuto de los Trabajadores, las disposiciones atinentes a las circunscripciones electorales que se toman de referencia para la elección de los representantes se hayan mantenido invariables, dejando inalterada esta importante cuestión. Ante ello, gran parte de la doctrina más autorizada se ha manifestado, considerando esta fórmula obsoleta, superada hace mucho tiempo.

Por ello, en síntesis, considero que sería muy apropiado, a la vista de la sentencia anotada, abrir este debate y repensar la vigente regulación legal de la representación unitaria de trabajadores en torno al centro de trabajo. Por una parte, porque es visible que esta concepción olvida la realidad de las empresas, donde ya no se requiere la cercanía entre los representantes y los representados en el centro de trabajo, donde la conexión a través de las nuevas tecnologías es permanente. Por otra parte, porque este modelo no permite atribuir representantes a centros de pequeña dimensión, a empresas complejas o a nuevas fórmulas organizacionales, sin que existan garantías de que la negociación colectiva pueda intervenir dando soluciones apropiadas a esta problemática.

A tenor de lo anterior, lo más razonable sería reconsiderar el modelo reduciéndolo hacia una fórmula más flexible, adaptado a la realidad productiva. Somos conscientes de la dificultad que todo ello supone pero, a mi juicio, ello contribuirá a simplificar y reducir numerosa problemática que se evidencia en el presente, y que dificulta la elección y mantenimiento de la representación unitaria en un momento en el que es especialmente necesaria para la defensa de los derechos de los trabajadores.

EL ALCANCE DEL DERECHO A ADAPTAR LA JORNADA Y A LA ELECCIÓN DE TURNO DE TRABAJO COMO MEDIDA DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL: una controversia aún por resolver

Comentario a la STSJ de Andalucía de 1 de febrero de 2018

M^a LUISA RODRÍGUEZ COPÉ*

SUPUESTO DE HECHO: La actora, que prestaba sus servicios para la empresa SUNGLASS HUT IBERIA S.L.U., con la categoría profesional de vendedora, remitió escrito a la misma solicitando acogerse, en virtud del artículo 37. 6 ET, a reducción de jornada por guarda legal de menor, realizando, además, propuesta de concreción horaria con cambio de turno de trabajo. La empresa contestó a la actora aceptando la reducción de jornada, pero no la concreción de las horas, requiriéndola nuevamente para que fijara el horario. La actora contestó a dicho requerimiento en los mismos términos, sin llegar a avenencia alguna tras el intento de esta última de conciliación ante el SERCLA.

La trabajadora, que se reincorporó a su puesto de trabajo desarrollando la jornada reducida a cinco horas, si bien manteniendo los turnos rotativos de mañana y tarde, interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social nº 3 de Jerez de la Frontera, que dictó sentencia el 5 de julio de 2017, estimatoria de la pretensión, y declaró el derecho de la demandante a la reducción de jornada de trabajo por razón de guarda legal en los términos solicitados, consistentes en una mínima reducción horaria y la asignación al turno de mañana para la prestación de sus servicios mientras ejerciera el derecho de conciliación legalmente reconocido.

Contra la citada sentencia, la empresa interpuso recurso de Suplicación.

RESUMEN: El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en su sede de Sevilla, en su Sentencia de 2 de febrero de 2018¹, desestima el recurso interpuesto por SUNGLASS HUT IBERIA S.L.U., en demanda de concreción horaria por guarda legal y tutela de derechos fundamentales y, en consecuencia, confirma la sentencia de instancia.

* Trabajo realizado en el contexto del proyecto de investigación I+D+i DER2015-67342-R, Redireccionando el empleo hacia el autoempleo: precarización de condiciones de trabajo y emergencia de la figura del emprendedor*.

** Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

¹ ECLI:ES:TSJAND:2018:2

ÍNDICE

NOTA PRELIMINAR

1. EL BIENESTAR FAMILIAR DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS: PREOCUPACIÓN Y OBJETIVO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS
2. LA SENTENCIA
3. EL SUPUESTO DE HECHO: UN REPASO A UNA JURISPRUDENCIA AÚN CONTROVERTIDA
4. LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO. LA NEGOCIACIÓN Y PONDERACIÓN DE INTERESES PARA EL EJERCICIO DE UN DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL
5. LA INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA Y FINALISTA: ELEMENTO CLAVE PARA LOGRAR LA CONCILIACIÓN DE INTERESES: EL JUEGO DE LOS ARTÍCULO 37 Y 34.8 ET
6. CONCLUSIÓN

NOTA PRELIMINAR

Antes de comenzar con el análisis de esta sentencia, permítame el lector que, a modo de presentación, haga una breve reflexión.

Partimos de una base incuestionable: las mujeres son las que, mayoritariamente, dejan de forma temporal su trabajo para atender a su familia. El 95 por 100 de las excedencias por cuidado de hijos corresponden a mujeres y también son ellas las que más reducen su jornada laboral por este motivo. De hecho, el 73,2 por 100 de los contratos suscritos a tiempo parcial en España recaen en trabajadoras. Ello repercute de forma directa no sólo en sus ingresos, sino también en el momento de la jubilación como una “doble penalización”², que condiciona la persistencia de la brecha salarial y pone en evidencia el cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres en el acceso y permanencia en el mercado de trabajo, con negativas consecuencias económicas, laborales y, especialmente, sociales, al quedar gravemente perjudicada una institución que desempeña un papel imprescindible para la cohesión y sostenibilidad social: la familia. De este modo, quedan afectados los valores familiares y vulnerado un principio constitucionalmente reconocido: la protección de la familia.

Como punto de partida, habría que hacer dos precisiones igualmente relevantes.

1.- Hay que tener en cuenta que el rol social asignado tradicionalmente a las mujeres exige que muchas de las medidas adoptadas en materia de protección a la familia compartan la finalidad de promoción de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. La igualdad por razón de sexo requiere de una reacción precisa de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial que, reparando en la desigualdad de hecho que sufren las mujeres, fomente el efectivo equilibrio en el reparto de responsabilidades; en caso contrario, surgirán como inevitables los “efectos perversos”, perpetuadores de las desigualdades y discriminaciones.

² Es por esta mayor dedicación a la familia, en gran medida, por lo que las mujeres, en España, cobran una pensión un 37 por 100 inferior, de media, a la de los hombres.

2.- Por otra parte, y desde un punto de vista eminentemente práctico, la efectividad de estas medidas y su intensidad en orden a la protección de los intereses familiares dependerá del gravamen que las mismas supongan para el empresario. Podríamos afirmar que “a mayor carga empresarial” menor intensidad de protección de los mismos. Por tanto, debe ser objetivo prioritario la adopción de criterios tangibles y mecanismos de actuación dirigidos a equilibrar ambos intereses.

1. EL BIENESTAR FAMILIAR DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS: PREOCUPACIÓN Y OBJETIVO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS.

Son numerosas las referencias que a la institución familiar se realizan en nuestra Carta Magna, y que señalan las distintas perspectivas desde las que dicha protección debe ser acometida. Así, por ejemplo, el artículo 35 CE reconoce a todos los españoles el derecho a una remuneración por su trabajo que sea suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, o el artículo 39.3 CE, referido a la asistencia que los padres deben prestar a sus hijos. No obstante, la alusión constitucional que refleja más claramente esta preocupación es la contenida en el artículo 39.1 CE, dentro de los principios rectores de la política social y económica: “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”. Con este mandato, dirigido a los poderes públicos, se manifiesta la obligación que sobre ellos recae de guardar los diversos frentes en los que la institución familiar desempeña un papel como tal - como base de la sociedad, como núcleo económico, como centro de interrelaciones jurídicas, etc...³.

Las normas laborales se refieren a la familia mediante el reconocimiento de instituciones o derechos a los trabajadores que en definitiva no pretenden sino conciliar la vida laboral y familiar. La ley contempla al trabajador como miembro de la unidad familiar y como parte de la relación jurídica contractual que implica el desarrollo de su actividad laboral; en ambas situaciones es titular de derechos y obligaciones, correspondiendo a los poderes públicos arbitrar mecanismos que permitan conciliar los intereses dignos de protección derivados de una y otra situación.

No podemos olvidar que durante años la referencia a la familia por el ordenamiento laboral ha tenido un ámbito muy limitado pues, sobre la base de un modelo de familia nuclear, se dirigía sobre todo a los hijos recién nacidos, o en sus primeros años de vida, y discapacitados, reconociendo determinados derechos que exoneraba de la obligación de trabajar a fin de permitir prestarles una adecuada atención. Las normas laborales garantes de la familia quedaban encuadradas ente las especialidades del contrato de trabajo por razón de maternidad, confundiendo las medidas protectoras del proceso biológico de la gestación-parto y las relativas a las responsabilidades familiares derivadas del nacimiento de un hijo.

³ La familia está reconocida como elemento clave para la integración social y como institución capaz de redistribuir rentas y de hacerlo de manera totalmente altruista para la sociedad, generando un espacio vital para el desarrollo y bienestar de los que la componen.

En menor medida se han conferido a los trabajadores mecanismos que posibilitan atender otros intereses familiares vinculados a parientes próximos (permiso por enfermedad grave o fallecimiento) o al cónyuge (derecho a ser trasladado a un puesto de trabajo vacante en la misma localidad). El ordenamiento laboral ha ido adoptando, a través de sucesivas reformas legales, disposiciones tendentes a conseguir tal reorientación. Desde la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, hasta la actualidad, se han producido avances importantes, incluyéndose innovaciones a un sistema de figuras jurídico-laborales que ya existían en torno a la conciliación pero que van a incidir, sobre todo, en materia de tiempo, al rescatar del empleado en el trabajo periodos más o menos cortos para dedicar a cuestiones familiares.

Desde los poderes públicos se articulan compromisos para articular políticas integrales de apoyo económico y social a la familia, que se concretan en planes y programas que pretenden dar cumplimiento a la obligación que tiene la Administración de apoyar a la familia, desarrollando políticas que faciliten su estabilidad, calidad de vida, autonomía y bienestar, y eliminando los obstáculos o dificultades para el logro de los objetivos propuestos. Entre esas medidas, de muy diversos tipos – de política fiscal y de rentas, en materia de Seguridad Social...- destacan las que afectan a la conciliación de la vida familiar y laboral y a la corresponsabilidad. Sin duda, las profundas transformaciones demográficas, económicas y sociales, la aparición de nuevos modelos de familia y, en muchas ocasiones, el carácter limitado de estas disposiciones, están provocando- y exigiendo- no ya una acomodación del ordenamiento jurídico, sino un cambio de orientación (tendente a una mayor flexibilidad) en las líneas jurisprudenciales dirigido hacia un objetivo final: la conciliación de la vida familiar y laboral en clave de corresponsabilidad, lo que supone la implicación de todos los protagonistas (agentes sociales, instancias públicas –todas las Administraciones, con el papel primordial de los Tribunales de Justicia en su labor de interpretación y aplicación de las fuentes directas del Derecho- y privadas -personas trabajadoras/empleadoras-)

2. LA SENTENCIA

Analizamos en esta sentencia el alcance del derecho a la reducción de jornada contemplado como medida de conciliación en el artículo 37.6 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET). Antes de comenzar, debemos destacar dos aspectos básicos.

En primer lugar, estamos ante una medida atenuante de la discriminación indirecta por razón de sexo, (que examina e intenta lograr la integración de dos ámbitos imprescindibles en nuestra sociedad -producción y reproducción-; y lo hace con razonabilidad y, al mismo tiempo, practicidad). Por ello, se deben evitar interpretaciones o llegar a conclusiones en las que se obtenga un resultado contra-

rio al fin propio de la norma, que no es otro sino lograr la eficacia de la reducción de la jornada y la conciliación con – y de– los derechos ligados a la maternidad, la familia y el desempeño de un trabajo. Esta debe ser la guía interpretativa de los preceptos que regulan los derechos de conciliación, debiendo reflejarse en el diseño, elaboración e implementación de las políticas públicas en general –y, en particular, de las sociolaborales– destinadas a este fin⁴.

En segundo lugar, en el caso que se nos plantea se pone en juego la protección que a la familia, como unidad básica de articulación social, otorga nuestro ordenamiento jurídico, reflejada en la Carta Magna y en los diversos textos normativos que desarrollan los preceptos constitucionales. En consecuencia, la aceptación por parte del Tribunal de la tesis empresarial y, por ende, el desconocimiento de la reivindicación planteada por la trabajadora, generaría una situación jurídica de desprecio tanto del principio de no discriminación por razón de sexo como de la protección constitucional de los valores familiares.

Veamos la sentencia en cuestión que, sin duda, suscita un especial interés porque aborda la problemática desde una perspectiva constitucional y de protección de la familia, e interpreta por consiguiente la normativa legal desde dicha perspectiva⁵, siguiendo la doctrina sentada por el TC en sentencias núms.3/2007, 24/2011 y 26/2011.

3. EL SUPUESTO DE HECHO. UN REPASO A UNA JURISPRUDENCIA AÚN CONTROVERTIDA

Nos encontramos ante un supuesto en el que la trabajadora afectada solicita reducción de jornada por guarda legal de menor - jornada diaria de 5 horas (de lunes a sábado)- haciendo una propuesta de concreción horaria que conlleva, a su vez, un cambio de turno de trabajo, en concreto solicita la adscripción a un turno fijo - de 10 a 15 hs, de lunes a sábado, (en lugar de los turnos rotativos de mañana – de 10 a 16 hs- y tarde – de 16 a 22 hs- que venía realizando). Estamos, pues, ante una petición no sólo de reducción de jornada, sino también de modificación de turno de trabajo⁶.

⁴ Véanse, en este sentido, STC 3/2007 de 15 de enero y STS (Sala de lo Social) de 21 de marzo de 2011), citadas en la sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de marzo de 2015, en la que se analizan los límites a la obligación de ejercer el derecho a reducción de jornada por guarda legal y motivos familiares durante la jornada diaria de trabajo.

⁵ Muy interesante los comentarios de ROJO TORRECILLA, en su Blog: <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2018/02/los-problemas-de-la-conciliacion.html>

⁶ Las ambigüedades en la redacción del artículo 37.6 y 7 ET ha propiciado que las cuestiones planteadas en torno a esta temática hayan sido diversas. Los tribunales se han pronunciado, sentando doctrina sobre los supuestos de petición de adaptación del horario sin solicitud de reducción de jornada, desestimatoria para los intereses del trabajador, debiendo acudir en estos casos a lo establecido en el artículo 34.8 ET, que recurre a las previsiones del convenio colectivo o al acuerdo con el empresario. La posibilidad de solicitud de adaptación de horario junto a la de reducción de jornada está aceptada por la generalidad de la doctrina y jurisprudencia, al desprenderse del tenor literal de los apartados 6 y 7 del artículo 37 ET.; la polémica se presenta cuando esa adaptación conlleva cambio en el turno de trabajo.

Haciéndonos eco del marco legal, la vigente redacción de los apartados 6 y 7 del artículo 37 ET reconocen, respectivamente, el derecho a la reducción de jornada de trabajo a quien por razón de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de 12 años, y el derecho a la concreción horaria y determinación del periodo de disfrute, si bien se introduce en este último punto una referencia a los criterios establecidos en la negociación colectiva que pueden condicionar los intereses familiares y que, sin entrar a analizar en profundidad, –ya que en el caso que analizamos, el convenio no hace previsión alguna al respecto- es una de las novedades introducidas en esta materia por la reforma llevada a cabo por la ley 3/2012 para flexibilizar las condiciones de trabajo, adaptándolas a las necesidades productivas y organizativas de la empresa⁷. Sin embargo, y la prueba evidente está en el caso objeto de estudio, no son muchos los convenios que se ocupen del derecho a la reducción de jornada, limitándose en la mayoría de las ocasiones a reproducir lo establecido en el ET⁸.

Interpretando el contenido de los apartados 6 y 7, en sede judicial se llega a la conclusión de que en ellos no se regulan dos derechos independientes, sino uno solo: la reducción de jornada en el apartado 6 y la extensión en la que puede ejercitarse según lo establecido en el apartado 7⁹. Por tanto, se da un tratamiento distinto al problema dependiendo de que el cambio de turno esté asociado o no a una reducción de jornada. Para este último supuesto- que no es el que ahora analizamos- esto es, cuando se pide cambio sin solicitud de reducción, doctrina científica y judicial¹⁰ coinciden en que la modificación de horario de trabajo sin reducción de jornada laboral para atender al cuidado de hijos no viene recogida en el artículo 37.7, sino en el 34.8 ET. En consecuencia, la concreción del mismo no

⁷ En este sentido, Velasco Portero, M.T. “El conflicto entre conciliación y necesidades empresariales en la organización del tiempo de trabajo: regulación legal, doctrina judicial e importancia de la negociación”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 41/2015. La autora recuerda que el ejercicio del derecho a la reducción venía ya contemplado como contenido posible de la negociación colectiva, para lograr la igualdad de oportunidades en la empresa. Se partía de la base de que el derecho a la reducción de jornada era un derecho necesario relativo, respecto del cual el convenio solo podía mejorar el régimen legal. En el estudio se hace referencia a la STS de 21 de marzo de 2010 que anuló un precepto de un convenio colectivo que establecía una serie de requisitos para la concreción horaria de la reducción de jornada que no aparecen en el artículo 37.

⁸ Como excepción, el convenio XVI Interprovincial para el comercio de flores y plantas que señala: “La referida concreción horaria no podrá afectar al régimen de turnos establecido en el Centro...”. Véase Fraguas Madurga, L. “Reducción de jornada y flexibilidad horaria tras la reforma laboral de 2012”. AS 10/2013

⁹ Como ejemplos, STS de 13 de junio de 2008 (RJ 2008, 4227) y de 18 de junio de 2008 (RJ 2008, 42309), ambas con votos particulares discrepantes.

¹⁰ En este sentido, se constata que a partir de la Sentencia de 13/06/08, el Tribunal Supremo (Sala de lo Social) ha mantenido en distintas resoluciones (SS 18/06/08, 20/05/09, 19/10/09 y 24/04/12 y Auto 21/07/09) que el derecho que reconoce al trabajador el art. 37.7 ET a fijar la concreción horaria está vinculado a la existencia de una reducción de jornada, con la consiguiente reducción de retribuciones, por lo que deben quedar extramuros de su ámbito de aplicación aquellos supuestos en que la solicitud de cambio de horario o turno de trabajo no vaya unida a una petición de reducción de jornada.

corresponde unilateralmente al trabajador sino al convenio colectivo o al acuerdo con el empresario¹¹, con los problemas que suscita en los casos en los que el convenio guarde silencio¹².

No obstante, hay voces discrepantes que interpretan que la no mención en el artículo 37.6 a la modificación de la jornada u horario de trabajo se tiene que valorar como una laguna legal que debe integrarse con una interpretación judicial que atienda al espíritu de la norma, partiendo de la base de que el precepto controvertido forma parte del desarrollo constitucional que establece la protección de la familia e infancia (art. 39 CE). Esa finalidad ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. Por tanto, y siguiendo esta línea, el trabajador/a que solicite guarda legal podría plantear exclusivamente una elección de horario o turno de trabajo sin reducción de jornada¹³.

Por otra parte, a pesar de que encontramos una abundante jurisprudencia que reconoce el derecho del trabajador a solicitar el cambio horario en los casos en que se produce una reducción de jornada, -y ello sobre la base de la ponderación de intereses y la prevalencia de los intereses del menor, la protección de la familia y la igualdad-, habría que hacer unas matizaciones al respecto, pues en algunos pronunciamientos se pone de manifiesto que el cambio de turno va más allá del derecho a la concreción horaria del art. 37.6 ET, que se refiere a la concreción dentro de la jornada ordinaria y que, por tanto, excede del derecho del trabajador¹⁴. En este sentido, la STSJ de Cataluña de 3 de abril de 2017¹⁵, en la que el Tribunal, sobre la base de pronunciamientos anteriores, resolviendo un

¹¹ Al respecto, véase Poquet Catalá, R., “Los nuevos derechos de conciliación de la vida laboral y familiar: la distribución horaria sin reducción de jornada”, *AL*, nº 21, 2012, p. 2085.

¹² Los conflictos que esta situación ocasiona son tratados en el trabajo de Velasco Portero, cit. En particular, con respecto a esta cuestión, véase el epígrafe titulado “El derecho del trabajador a la adaptación y distribución de la jornada (art. 34.8 ET): la flexibilidad horaria del trabajador y la elección de turno”.

¹³ Véase la Sentencia 400/2013 del TJS de Canarias, de 18 de marzo, que reconoce que aunque la adaptación horaria se solicite de manera independiente de la reducción de jornada, los principios constitucionales en juego exigen la ponderación. Según sus propios términos “...supuestos en que la variación de turno u horario se postula desde una situación de jornada reducida con una concreción horaria previamente consolidada o sin interesar reducción de jornada alguna, encajan en las previsiones del art. 34.8 ET, que, ha de ser interpretado en los términos establecidos por la STC 26/11, de manera que la simple inexistencia de acuerdo colectivo o individual que contemple medidas que permitan adaptar la jornada y el horario de trabajo para conciliar la vida laboral y la familiar, no constituye causa suficiente para denegar el derecho pretendido por el trabajador, sino que habrá que tomar en consideración en el particularismo de cada caso las singulares circunstancias concurrentes, valorando la dimensión constitucional ex arts. 14 y 39 CE de las medidas solicitadas y realizar la correspondiente ponderación del derecho fundamental que está en juego”.

¹⁴ Para indagar en los argumentos utilizados por las decisiones judiciales contrarias a que las adaptaciones horarias en los supuestos de reducción de jornada pueda conllevar cambio de turno, véase Pastor Martínez, “La concesión de la reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares. La judicialización de una cuestión mal resuelta”. *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 108, 1/2009, pp.113-115.

¹⁵ N° de Recurso 7087/2016

caso similar al ahora planteado, declara que es derecho de la trabajadora no sólo la reducción de su jornada, sino también el derecho a su concreción horaria, pero lo que pretende la demandante (en el caso en cuestión) excede del ámbito de aplicación del artículo 37. 6 y 7 ET, pues lo que se solicita, para aplicar la reducción de jornada, es una modificación unilateral de la jornada ordinaria de trabajo. Como en el caso que nos ocupa, en el supuesto de esta sentencia lo que reclama la trabajadora con la concreción horaria solicitada es realizar su jornada laboral solo por las mañanas y- de forma rotativa-, petición que, según el Tribunal, carece de amparo legal, en la medida que el derecho a fijar la concreción horaria está vinculado con la existencia de una reducción de jornada ordinaria de trabajo, no con la distribución de la jornada de trabajo, para lo que existe una regulación específica en el artículo 34.8 ET, en el que se establece el derecho del trabajador a adaptar la duración y la distribución de la jornada para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, si bien condicionado a los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo en el que llegue con el empresario.

En la primera línea expuesta –reconocimiento de cambio de turno con la reducción de jornada- nos encontramos con diversos pronunciamientos. Citemos, por ejemplo, la STSJ de Madrid de 6 de marzo de 2009¹⁶ en donde el trabajador reclamaba una reducción de jornada con elección de un turno fijo nocturno, estimando el Tribunal que debe prevalecer el derecho del trabajador a compatibilizar su vida familiar y profesional, ya que con ello se favorece el derecho constitucional que constituye su razón de ser, y no se ha probado por la empresa que con ello se cause ninguna dificultad relevante al funcionamiento regular de la actividad productiva; o la SJS nº 27 de Madrid, de 13 de noviembre de 2013, que se pronuncia en términos similares, partiendo de la base de que el artículo 39 CE establece la protección a la familia y a la infancia y esa finalidad es la que debe prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. Más recientes, la sentencia del TSJ de Galicia de 22 de mayo de 2017¹⁷, en la que se hace referencia a la sentencia de 28 de mayo de 2012 (Rec. 4545/2008), con abundante citas de pronunciamientos anteriores en el mismo sentido. También, podemos mencionar la sentencia del TSJ de Madrid de 19 de julio de 2017¹⁸, que basa su argumentación fundamentalmente en las tesis defendidas por el TC en su sentencia 26/2011, poniendo énfasis en un aspecto esencial: la empresa solamente puede oponer al ejercicio del derecho de conciliación de la trabajadora a la adaptación de jornada, con elección de turno, legítimas razones de tipo organizativo, técnicas, productivas u organizativas. Es a este aspecto al que debemos prestar especial atención.

¹⁶ AS 1149

¹⁷ N° de Recurso 915/2017

¹⁸ N° de Recurso 1182/2016

4. LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO. LA NEGOCIACIÓN Y PONDERACIÓN DE INTERESES PARA EL EJERCICIO DE UN DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL

Recordemos que, en el caso que analizamos, la parte empresarial aceptó la reducción de jornada, pero no los términos en los que planteaba la concreción, esto es, trabajar permanentemente en un solo turno. La trabajadora siguió trabajando en turnos rotatorios y aplicando la reducción de jornada. El II Convenio Colectivo de Sun Planet, S.A., aplicable a la empresa, no incorpora ninguna previsión sobre el ejercicio del derecho de conciliación, por lo que el Tribunal, en sus interpretaciones, se atiene a lo establecido en la regulación legal.

En sus argumentos parte de una base clara. El derecho a la reducción de la jornada de trabajo por cuidado de un hijo menor, y el derecho a la correlativa concreción horaria derivada del mismo, están regulados en los artículos 37.6 y 7 ET y en el artículo 34.8 ET, en relación con el art. 14 y 10 CE¹⁹. El Tribunal hace hincapié en el alcance del artículo 34.8 ET, que es muestra de la evolución normativa, y no solo regula los derechos mencionados sino que, con un contenido sensiblemente más amplio, reconoce un nuevo derecho a la adaptación razonable de la jornada de trabajo al trabajador por motivos de conciliación, sin necesidad de proceder a una reducción de jornada.

Y en este punto nos planteamos: primero, si el derecho examinado afecta sólo a la reducción de jornada con elección de horario; o, segundo, si también puede aplicarse a aquellos supuestos en los que- al margen de una reducción de jornada, o sea con o sin reducción de la misma- la persona trabajadora pretende elegir jornada con un horario mas adecuado a su necesidades familiares.

En el primer caso, tendríamos que estar al tenor del artículo 37.6 que, sin duda, exige ponderar las circunstancias concurrentes, siguiendo la línea del TC que encomienda al juzgador hacer interpretaciones favorables a un mayor margen de autodeterminación de la persona trabajadora en el reparto del tiempo de trabajo remunerado y el no remunerado- trabajo de cuidado-. Una interpretación literal de las normas controvertidas llevaría a negar la pretensión de la actora por razones de eficiencia productiva, que serían las que siempre prevalecerían de no realizarse la ponderación de circunstancias. Así pues, y en palabras del propio Tribunal, “cualquier derecho de conciliación legalmente reconocido a los trabajadores por la ley o el convenio, que sea rechazado por el empleador, requiere de inmediato el análisis del juez desde la vertiente constitucional, ponderando de manera concreta y cuidada si tal negativa está revelando un obstáculo injustificado y desproporcionado a la efectividad del mismo”. La ponderación exige tener presente

¹⁹ “... en cuanto el sexo y la condición familiar constituyen factores de discriminación (SSTC 3/2007 y 26/2011) de modo que al ser un auténtico derecho social fundamental prevalece en la función resolutoria de dudas interpretativas, exigiéndonos integrar por vía interpretativa las lagunas de esta materia y de los textos restrictivos contrarios a un desarrollo efectivo de estos derechos”. Fundamento de Derecho Tercero (párrafo 2º).

las exigencias de la buena fe, la interdicción del abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo, de tal forma que se compatibilicen los intereses de las partes implicadas: el menor, la persona trabajadora y las facultades que recaen en el empresario para la organización del trabajo - poder de dirección- ; ello teniendo presente que la protección de la familia y el derecho a la igualdad son derechos constitucionalmente reconocidos, lo que les otorga un valor adicional.

En el segundo caso, el artículo 34.8 ET, por modificación operada por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres introdujo un elemento clave: la negociación. A través del acuerdo, existe una posibilidad de que la persona trabajadora pueda adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectiva la conciliación de la vida personal familiar y laboral. Esto no quiere decir que se delegue sin límites en ella la configuración de la jornada de trabajo, pero sí implica que el empresario deberá aceptar una negociación de buena fe, planteando cambios que faciliten el ejercicio del derecho a conciliar²⁰. Si no lo hace, y no esgrime una razón organizativa suficiente, el art. 34.8 ET en relación al art.139 LRJS le da mejor posición a la persona trabajadora, titular de un derecho-expectativa a la adaptación razonable en base a este precepto legal.

5. LA INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA Y FINALISTA: ELEMENTO CLAVE PARA LOGRAR LA CONCILIACIÓN DE INTERESES: EL JUEGO DE LOS ARTÍCULO 37 Y 34.8 ET

En el supuesto que nos ocupa, el Tribunal reconoce a la trabajadora el derecho a modificar turno de trabajo para hacerlo más compatible con sus responsabilidades familiares; y ello en base al artículo 34.8 ET, en relación con los números 6 y 7 del artículo 37 ET. Opta por una interpretación teleológica y finalista del precepto en aras a conseguir una real y efectiva conciliación de las responsabilidades laborales y familiares, renunciando a una interpretación restrictiva y literal del mismo. La laguna legal existente debe integrarse teniendo en consideración la finalidad perseguida por el art. 37 ET: la conciliación de la vida laboral y la vida familiar. Por ello, da un paso más y estableciendo el derecho a la elección de turno, en base a los preceptos expuestos, reconoce el derecho de la trabajadora a la concreción horaria, o lo que es lo mismo, a la adaptación de su tiempo de trabajo, pudiendo, por ende, hacer a la empresa propuestas razonables de concreción de su jornada de trabajo. Existe, pues, un reconocimiento legal de un poder de iniciativa de la parte trabajadora que desencadenará un proceso de negociación al que debe quedar sujeto el empresario; ello con el fin de buscar la adaptación del tiempo de trabajo que resulte compatible con los diferentes intereses que mantienen las partes.

²⁰ Como se indica en la Sentencia, "...es cierto que el art. 34.8 ET no da un derecho de modificación unilateral, sino un poder de negociación del mismo de buena fe, esto es, a plantear cambios con efecto útil para su interés de cuidar al menor, que el empleador negocie de buena fe -con ofertas y contrapropuestas reales-..."

Llevada a cabo la lectura integradora de los art. 37.6 . y 7 y art. 34.8 ET y, del art. 139 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social²¹ Ley 36/2011, de 10 de octubre, el Tribunal reconoce que la trabajadora demandante tiene reconocido en nuestro ordenamiento laboral el derecho a una modificación de su régimen horario, como concreta manifestación de su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, con la única excepción de que ello resulte excesivamente gravoso para la organización de la empresa. Y como en el caso en cuestión la empresa no alega ningún tipo de razón organizativa para oponerse a las pretensiones de la actora, desconociéndose, por ende, el perjuicio que se ocasiona a la empresa, el Tribunal considera que el no reconocimiento del derecho solicitado supone una discriminación indirecta por razón de sexo- no cabe trasladar, el coste de cuidado de un menor a la mujer, negando o dificultando la legítima aspiración de la madre trabajadora a su autodeterminación económica- y una vulneración de la protección constitucional de los valores familiares.

6. CONCLUSIÓN

La concreción horaria de la reducción de jornada es un derecho de los trabajadores, que sólo en supuestos excepcionales ha de decaer, como ocurriría en supuestos de abuso de derecho, inexistencia de buena fe o manifiesto quebranto para la empresa. De acuerdo con lo argumentado en la sentencia, podemos extraer las siguientes conclusiones²²:

1.- Los trabajadores no tienen reconocido un derecho a la modificación unilateral de la jornada de trabajo; lo que se reconoce es un derecho a proponer (*negociar*), a falta de normativa convencional, la adaptación de su horario de trabajo, como concreta manifestación de su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral.

2.- Al empleador le incumbe por tanto acreditar las razones de tipo organizativo por las cuales se opone a la propuesta del titular de este derecho, realizando en su caso, alternativas a esta propuesta, y demostrando, en su caso, el perjuicio organizativo o/y económico que le supondría la aceptación de la concreción horaria que pretenda la trabajadora.

3.- En ausencia de acuerdo, el juez estará obligado según la doctrina constitucional recogida en la conocida STC 3/2007, a *ponderar* todas las circunstancias concurrentes, destacando entre ellas a juicio del TC, las “dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa”.

4.- Es al empresario al que incumbe demostrar que confluyen razones más poderosas, normalmente organizativas, que le impiden su disfrute en los términos propuestos por la trabajadora pero, de entrar en colisión ambos derechos, es la persona trabajadora quien debe probar las razones que legitiman su posición y el interés en su nuevo horario.

²¹ El artículo 139 LRJS regula el procedimiento para el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, reconocidos legal o convencionalmente, de carácter urgente y preferente.

²² Fundamentos de Derecho 4 y 5 de la sentencia analizada.

DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO

Universidad de Huelva

CONTRATACIÓN TEMPORAL EN EL SISTEMA UNIVERSITARIO Y SU USO EN FRAUDE DE LEY

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 1 de junio de 2017

ALEJANDRO ZALVIDE BASSADONE*

SUPUESTO DE HECHO: El trabajador ha prestado servicios como profesor en la Universidad de Barcelona mediante diversos contratos temporales, en concreto ocho, que se van sucediendo bajo distintas modalidades contractuales. Más específicamente aún, tres son los tipos de contratos utilizados: contrato de profesor asociado a tiempo parcial, de profesor colaborador a tiempo completo y de profesor lector a tiempo completo. Durante la vigencia de la relación contractual, el actor realizó las mismas funciones de profesor, impartiendo siempre las mismas asignaturas troncales, además de otras asignaturas complementarias; y, en todo caso, en el mismo lugar de trabajo. La Universidad, tras diez años de servicio, le comunica la finalización del último de los contratos y por ende de la relación de trabajo. El actor presenta ante el Tribunal Supremo recurso de casación para la unificación de la doctrina contra la sentencia dictada el 22 de mayo de 2015 (AS 2015, 1330) por la sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de suplicación núm. 1663/2015, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 12 de Barcelona, de fecha 4 de diciembre de 2014, recaída en autos núm. 1086/2013.

RESUMEN: El Tribunal Supremo¹ casa la sentencia de suplicación y califica el cese del trabajador como despido improcedente. En su fundamentación, tras declarar al trabajador como indefinido no fijo, destacará que la contratación temporal en el ámbito docente universitario es una práctica habitual admitida bajo distintas figuras contractuales que coexisten con otras de carácter permanente, pero que precisan de una aplicación acorde al marco legal para el que han sido diseñadas, así como de una hipotética combinación de ellas para tratar de garantizar el sentido normativo de la Unión Europea, en el sentido de evitar situaciones abusivas en la utilización sucesiva de contratos de duración determinada.

* Profesor Sustituto Interino de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

¹ ECLI: ES:TS:2017:2419

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. CUESTIONES DE FONDO
3. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

El sistema universitario español, por lo que al personal docente e investigador se refiere, se compone de funcionarios de los cuerpos docentes universitarios y de personal contratado. En cuanto al personal contratado bajo régimen laboral existe una variedad singular de figuras contractuales que precisan ser aclaradas, como cuestión, previa antes de entrar a valorar el alcance de la sentencia.

El régimen jurídico aplicable viene dado por la Ley Orgánica 6/2001, de Universidades de 21 de diciembre (BOE nº 307, de 24 de diciembre de 2001) y su normativa de desarrollo, aplicándose con carácter supletorio lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores y demás normativa laboral; y de otra, por lo establecido en la normativa autonómica en el marco de sus competencias. Es decir, un sistema ciertamente complejo en relación al sistema de fuentes con reenvíos a distintos tipos de fuentes que ofrecen una variedad de figuras contractuales de distinto orden y finalidad; en las que cabe distinguir, por un lado, las reguladas con carácter general en la LOU (art. 48), bajo las modalidades de contratación específica, como son las figuras de Ayudante, Profesor Ayudante Doctor, Profesor Contratado Doctor, Profesor Asociado y Profesor Visitante; a las que habría que añadir la de Profesor Colaborador, que aun habiendo quedado sin contenido en la propia norma (art. 51), anteriormente se permitía su contratación con carácter temporal (tal y como sucede en el supuesto que nos ocupa) o en su caso permanente, y que sigue siendo una de las modalidades de profesorado que perduran en el panorama universitario fruto de aquellas contrataciones.

Asimismo, el personal docente e investigador puede ser contratado mediante la modalidad prevista en el Estatuto de los Trabajadores para la sustitución de trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo, esto es bajo el contrato de interinidad, o como suele reconocerse en el ámbito universitario, como Profesor Sustituto Interino (PSI). De igual forma es también posible la contratación laboral prevista para el personal investigador, a través del contrato de trabajo por obra o servicio determinado para el desarrollo de proyectos de investigación científica o técnica².

La normativa autonómica contempla estas figuras docentes con reconocimientos similares aunque pueda hacer variar sus denominaciones, tal y como ocurre en el caso de la sentencia que nos ocupa con respecto al contrato de Profesor Lector que, según el art. 49, Ley 1/2003, de 19 de febrero, de Universidades

² Para una información más detallada sobre las diversas modalidades existentes de contratación temporal en el sistema universitario puede consultarse Rodríguez-Piñero Royo, M., "La contratación temporal en el sector público". *Documentación Laboral*, 2017, nº 110, pág. 27-55.

de Cataluña (BOE nº 60, de 11 de marzo de 2003), se corresponde con la figura del Profesor Ayudante Doctor (LOU). La misma norma autonómica contempla incluso la contratación temporal y en régimen laboral como Profesor Emérito, a los profesores jubilados funcionarios de la misma universidad (art. 52), una modalidad también reconocida en la norma nacional pero con remisión en cuanto a su régimen jurídico a los estatutos de cada universidad (art. 54 bis de la LOU).

Como puede apreciarse en nuestro sistema universitario se permite la coexistencia de no pocas modalidades de contratación laboral del personal docente e investigador que discurren por cauces singulares, ya sean de duración determinada, la mayoría, o por tiempo indefinido, a tiempo completo o a tiempo parcial, o con finalidades de carácter formativo o investigador o netamente docente; la cuestión es la gran variedad de modalidades que sitúan este segmento como de especial consideración, máxime si como suele ser habitual en la práctica, existen múltiples renovaciones sin que realmente sean atendidas las necesidades previstas legalmente para cada figura; o, como también se manifiesta en la sentencia que se comenta, cuando se suceden varias de estas modalidades afectando a un mismo trabajador.

2. CUESTIONES DE FONDO

En la sentencia que se analiza se plantean cuestiones de especial trascendencia en materia de contratación de duración determinada entre el personal docente e investigador del sistema universitario español, como la existencia de contratos temporales cuyo objeto no se ajusta a las finalidades legales previstas para cada supuesto, y la existencia harto frecuente de sucesivos contratos temporales que tratan de eludir relaciones laborales más estables.

En los fundamentos de derecho planteados en la sentencia se pone de manifiesto una de las cuestiones esenciales sobre la contratación temporal de carácter general, como es su necesaria fundamentación al amparo del principio de causalidad, de tal forma que los contratos que se realicen bajo esta modalidad deben hacerlo sobre necesidades no permanentes.

En cualquier caso, es conveniente desmembrar las figuras contractuales que se suceden en el supuesto, y que detentan características peculiares para saber si su uso se realiza acorde a la previsión legal existente que justifique su contratación temporal.

Partiendo para ello de la primera utilizada en el caso y sin duda la que acapara un mayor protagonismo como es la de profesor asociado, sobre todo por el hecho no poco frecuente en la práctica de no ser usado para su verdadero cometido. Es interesante recordar la normativa existente a este respecto, y donde la Ley 1/2003, de 19 de febrero, de Universidades de Cataluña, en su art. 50, se hace eco aunque de forma más sintética respecto de las previsiones que al efecto hace el art. 53 de la LOU, en que se señalan las reglas a las que debe ajustarse su contratación:

- a) *El contrato se podrá celebrar con especialistas de reconocida competencia que acrediten ejercer su actividad profesional fuera del ámbito académico universitario.*
- b) *La finalidad del contrato será la de desarrollar tareas docentes a través de las que se aporten sus conocimientos y experiencia profesionales a la universidad.*
- c) *El contrato será de carácter temporal y con dedicación a tiempo parcial.*
- d) *La duración del contrato será trimestral, semestral o anual, y se podrá renovar por periodos de igual duración, siempre que se siga acreditando el ejercicio de la actividad profesional fuera del ámbito académico universitario.*

Se pueden apreciar así los rasgos característicos de esta modalidad diseñada como figura docente con la que suplementar el sistema universitario español, mediante la aportación de experiencia profesional externa, y cuya naturaleza contractual de carácter temporal y dedicación a tiempo parcial permite un número indeterminado de renovaciones supeditada al mero mantenimiento de la condición profesional externa.

Circunstancias que evidencian la necesidad de constatar las labores desarrolladas en el ámbito extrauniversitario, que inexorablemente deben guardar relación con las materias objeto de docencia, una experiencia externa que debe ser también relativamente dilatada en el tiempo para poder alcanzar la categoría de especialista de reconocida competencia, pero que, sin embargo, en el caso en litigio ni tan siquiera queda acreditada en el momento de la contratación, lo que supondría la falta de uno de requisitos inherentes a la figura del asociado y por consiguiente un mal uso de la misma. Una actividad externa además que no solo debe existir al inicio de la relación sino que ha de mantenerse durante toda la vigencia de la misma, y por ende, en cada una de las renovaciones que se vayan sucediendo. Además, el tiempo de dedicación, o por mejor decir, la actividad principal ha de ser la que corresponda a esas labores externas, que son las que han de servir como argumento justificativo para dar traslado de toda esa experiencia y conocimientos al ámbito universitario,

Por otro lado, el mecanismo para su continuidad queda expuesto según la norma a la mera condición de seguir ejerciendo la actividad profesional externa, circunstancia que debe ser entendida en los términos anteriores para no desvirtuar su uso legítimo, y que permitiría así un número ilimitado de renovaciones sin que exista una duración máxima total para los sucesivos contratos de estas características que se vayan formalizando, lo que viene a poner de manifiesto la exclusión que rige en estos casos según la Disposición Adicional 15ª.2 ET para el sistema universitario, que al amparo de las LOU elude las reglas sobre limitación de la contratación temporal prevista en el art.15.5 ET.

La siguiente de las figuras utilizadas en la contratación como docente en el supuesto tratado en la sentencia, se realiza bajo la modalidad de profesor colabo-

rador, una tipología ya en desuso para nuevas contrataciones en el modelo universitario actual, pero que tal como recoge la Ley de Universidades de Cataluña en su art. 48, al amparo de la LOU, permitía su contratación tanto de carácter temporal como permanente para el desarrollo de labores estrictamente docentes y no investigadoras al objeto de cubrir necesidades específicas de conocimiento, por lo que su uso temporal podría haber estado plenamente justificado desde un punto de vista legal, al menos tomado de forma aislada, lo que evidentemente no acontece en el caso.

La última de las modalidades a las que se recurre en la contratación del docente por parte de la Universidad Barcelona es la que se denomina como profesor lector, la cual encuentra su reconocimiento en la Ley 1/2003 de Universidades de Cataluña que en su art. 49, identifica bajo esta denominación la modalidad de ayudante doctor, siendo ésta una de las modalidades de contratación específica del ámbito universitario que regula como tal la LOU en su art. 50. Una figura prevista de carácter temporal y a tiempo completo con finalidades tanto docentes como investigadoras en la fase inicial de la carrera académica, que permite una duración del contrato mínima de un año susceptible de prórroga o renovación hasta un período máximo de cinco años, una duración que no se agota en el supuesto analizado, una circunstancia que seguramente se precipita como consecuencia de la existencia de un conflicto personal previo con determinados miembros de la institución universitaria.

Luego puede apreciarse una sucesión de contratos que bajo distintas figuras docentes denotan un uso exacerbado de la modalidad temporal que choca con las previsiones normativas realizadas desde la UE, tal como establece el preámbulo del anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada; que contempla que los contratos de duración indefinida han de ser la forma más común en la relación laboral, debiendo obedecer los contratos de trabajo de duración determinada a las necesidades existentes en tal sentido, sin por ello dejar de tener en cuenta la realidad de las situaciones nacionales, sectoriales y estacionales específicas. Lo cual no debe servir para justificar un uso abusivo o mal uso de las contrataciones temporales aun siendo habituales o permitidas en un sistema como el universitario, estableciendo la sentencia con buen criterio a este respecto que: *no siendo el ámbito universitario un espacio inmune al cumplimiento de la normativa comunitaria y española sobre contratación temporal y las consecuencias de una utilización indebida de la misma.*

En este mismo parecer ya se manifestaba la STJUE de 13 de marzo de 2014, asunto C-190/13 (TJCE 2014, 108), en un caso en el que también se suceden varios contratos administrativos y laborales para cubrir una necesidad permanente y ajena a las necesidades que cada contrato permitía cubrir. Circunstancias en las que cabe discernir el uso de sucesivos contratos de duración determinada permi-

tidos por una disposición legislativa por exigencias de la actividad universitaria, y la necesaria existencia de razones objetivas que avalen dichas contrataciones³.

Se manifiesta así la posibilidad legal de contrataciones temporales siempre y cuando se ajusten a una realidad que debe acompañar las circunstancias previstas para cada modalidad con las medidas marcadas desde la UE en aras a evitar su utilización abusiva, y donde tal y como prevé la cláusula 5, punto 1, letra a), del Acuerdo Marco se ha de demostrar la existencia de razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos. Sin embargo, el uso llevado a cabo por la Universidad de Barcelona en relación a este caso revelan la existencia de sucesivos contratos durante un período de tiempo más que considerable, en total diez años en los que *el actor realizó las mismas funciones de profesor, impartiendo siempre las mismas asignaturas troncales, además de otras asignaturas complementarias, y en el mismo lugar de trabajo.*

Lo que revela la existencia de tareas desarrolladas de manera constante manteniendo la misma identidad durante un largo período de tiempo en base a unas titulaciones en las que las asignaturas troncales impartidas son las materias fundamentales y comunes a cursar por cualquier universitario, lo que viene a significar la existencia de necesidades estructurales de carácter ordinario que se mantienen en el tiempo. Quiere ello decir que más allá de estimar como lo más correcto la exigencia de ser impartidas, al menos de forma preponderante, por docentes con vinculación permanente, lo que desde luego no va a quedar justificado en ningún caso es recurrir a una sucesiva concatenación de contratos temporales de distinta índole aun estando previstos en la normativa universitaria para cubrir unas necesidades regulares, estables y duraderas.

Por lo que el uso fraudulento de los contratos temporales utilizados en el acto objeto del litigio va a devenir en el reconocimiento de la condición de trabajador indefinido no fijo, tomando para ello como punto de partida la presunción del art.15, apartado 3 del ET, para casos de fraude de ley en la contratación temporal. Una solución en cuanto a la relación laboral se refiere que se contempla en el caso de intervención de la Administración pública para tratar de subsanar aquellos actos administrativos contrario a ley, tal cual ocurre en el supuesto y que otorgan asimismo el carácter de no fijo ya que de otra forma vulnerarían las normas de acceso al empleo público. Lo cual por otro lado supone a nivel práctico poder perpetuar una situación que teóricamente se asemeja más a una situación de inte-

³ Para ampliar información en materia de jurisprudencia comunitaria y contratación temporal puede consultarse Rojo Torrecilla, E., “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el impacto de su reciente jurisprudencia en la regulación de la contratación temporal en España y el derecho a indemnización por extinción del contrato (notas a tres sentencias y tres autos)”. *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, 2017, nº 36, pág. 15-51.; Castellano Burguillo, E. y Pérez Guerrero, M.L. “El contrato de duración determinada en la jurisprudencia comunitaria”, *Relaciones Laborales* nº 15-16/2008, pág. 245 y ss. Muy especialmente también, por su directa conexión con esta materia, Castellano Burguillo, E., “Protección de los trabajadores titulares de un contrato de profesor asociado en las Universidades españolas”, *Temas Laborales* 126/2014, págs. 283-294, en el que se analiza el alcance de la STJUE de 13 de marzo de 2014, asunto C-190/13.

rinidad ya que el proceso de extinción bien con la cobertura de la plaza mediante concurso siguiendo los criterios imperativos de igualdad, mérito y capacidad, o por la amortización de dicha plaza que van a quedar condicionadas a un sistema jurídico falto de concreción⁴.

Una situación que ni tan siquiera puede considerarse como un hecho aislado pues parece ser una práctica demasiado frecuente en el ámbito universitario, ofreciendo por ello un escenario en el que en un número muy considerable de supuestos, el número de trabajadores indefinidos no fijos “potenciales” podría experimentar un incremento notable⁵. Circunstancias que en definitiva denotan el uso irregular que se ha permitido en el sistema de contratación de personal docente universitario.

3. CONCLUSIONES

El modelo de gestión de personal docente universitario existente en nuestro país se manifiesta como insuficiente para dar satisfacción a los parámetros señalados desde el panorama normativo de la UE en materia de contratación de duración determinada. Debido en gran medida a la enorme variedad de figuras contractuales específicas de carácter temporal previstas en el ámbito universitario que bajo distintos espectros pretenden dar cobertura a necesidades del panorama docente, pero que al mismo tiempo se prestan a un uso indebido sobre todo cuando confluyen varias de estas figuras en un mismo trabajador. Además algunas de estas variedades contractuales se han ido desvirtuando con el paso del tiempo con respecto a su utilidad inicialmente prevista como consecuencia fundamentalmente de los condicionantes existentes en materia de contratación de personal y de la propia inercia adquirida por estas instituciones.

El principal protagonismo en la sentencia lo acapara la figura del profesor asociado y no solo por el hecho relevante de adolecer de la acreditación pertinente sobre el ejercicio de una actividad profesional externa por parte del actor, sino por ser una de las modalidades previstas con características más singulares. Ya que su configuración innata es la de ser de duración determinada y a tiempo parcial, con un diseño previsto para aportar experiencia y conocimientos externos a la universidad que reviertan en la formación académica, y donde las renovaciones pueden llegar a ser ilimitadas no estando tampoco sometido a una duración máxima.

Sin embargo, esa utilidad se ha ido diluyendo con respecto a la idea original de dotar de expertos a la universidad que impartiesen docencia vinculada a tal condición donde poco o nada tiene que ver en no pocas ocasiones con tal activi-

⁴ Puede consultarse sobre esta materia Soto Rioja, S. de., “La reestructuración del empleo en el sector público: la difícil armonización de los postulados del Derecho del Trabajo, el Derecho Administrativo y los imperativos de naturaleza económica: lección inaugural curso académico 2012-2013”. Universidad de Huelva, 2012.

⁵ A este respecto puede ampliarse información consultando Beltrán De Heredia Ruiz, I. “Personal docente universitario y contratación temporal abusiva”. *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, 2017, vol. 13, pág. 148-158.

dad, y donde incluso la modalidad de asociado se ha convertido en la puerta de entrada a la carrera docente en el sistema universitario, o lo que es aun peor se da la situación harto frecuente de combinar este tipo de contratación con otras de las modalidades previstas en la normativa universitaria.

Pero es la sucesión de contratos la que ha originado un mayor número de conflictos como el dirimido en la sentencia y donde se ha puesto de manifiesto el uso recurrente en el sistema universitario de combinar distintas figuras contractuales de duración determinada, haciendo un uso indebido, ya sea en alguna de las contrataciones; o lo que ofrece menos dudas, en la concatenación de ellas. Superando por esta vía las razones objetivas que deben presidir los contratos temporales y donde las necesidades a cubrir se han hecho reiterativas sin vinculación especial con ninguna de las figuras utilizadas.

Un sistema universitario que bajo regulación propia elude las limitaciones temporales previstas en el ET sobre los contratos de duración determinada lo que no impide que deba hacerse un uso debido de sus modalidades contractuales específicas y que por tanto no deba obviar el cumplimiento de la normativa comunitaria, de la española, ni tampoco la autonómica, y en su caso atenerse a las consecuencias en caso de uso indebido o fraudulento de las mismas.

La mala utilización de las modalidades contractuales de carácter temporal previstas para el ámbito universitario va a tener como consecuencia la adquisición de una nueva condición como es la de trabajador indefinido no fijo, ya que el uso fraudulento de la contratación de duración determinada deriva en su consideración como indefinido, sin que pueda como es el caso en el que interviene una entidad de la Administración obtener la condición de fijo por estar ligada al sistema de contratación reglamentario para estos supuestos.

En cualquier caso la figura del profesor asociado que tantos conflictos ha suscitado en los últimos tiempos, tal vez por ello, ha ido perdiendo protagonismo en el mundo universitario más reciente, recurriéndose a la misma solo en los casos de necesidad puntual, que no estructural, siendo sustituido por otra modalidad temporal también de orden laboral como es la de interino, conocida en el ámbito universitario como profesor sustituto interino (PSI). Otras figuras también han ido cayendo en desuso por diferentes motivos, como el caso del profesor colaborador, sin cabida en las nuevas contrataciones, o la de ayudante, con finalidad principal de orden formativo en tareas docentes e investigadora prevista para el inicio de la carrera docente y que ha ido cediendo para dar paso a otra de las modalidades contractuales también de carácter temporal, con dedicación a tiempo completo y con idéntica finalidad, como es la de ayudante doctor.

En definitiva, un sistema universitario que en materia de contratación de personal docente e investigador se manifiesta como bastante irregular en la medida que se ha venido haciendo una utilización indiscriminada de figuras que han servido en un gran número de casos para desarrollar actividades idénticas y durade-

ras pero recurriendo pese a ello a una excesiva contratación temporal, con un uso que podría considerarse como de carácter abusivo. Una circunstancia que sirve para replantear si el modelo universitario en materia contratación temporal de personal docente es válido o necesita una adaptación donde primen realmente los valores reconocidos en el panorama normativo europeo sobre trabajo de duración determinada.

Reseña de Legislación

RESEÑA DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: OCTUBRE A DICIEMBRE DE 2017

Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía (Boletín número 191 de 04/10/2017). Corrección de errores

(Boletín número 215 de 09/11/2017)

Orden de 27 de septiembre de 2017, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de ayudas económicas, en régimen de concurrencia no competitiva, por el Instituto Andaluz de la Mujer, a mujeres víctimas de violencia de género que participen en cursos de Formación Profesional para el empleo

(Boletín número 190 de 03/10/2017)

Orden de 29 de septiembre de 2017, por la que se modifica la Orden de 2 de junio de 2016, por la que se regulan los programas de Escuelas Taller, Casas de Oficios, Talleres de Empleo y Unidades de Promoción y Desarrollo en la Junta de Andalucía, y se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas públicas en régimen de concurrencia competitiva a dichos programas (Boletín número 191 de 04/10/2017)

Decreto 154/2017, de 3 de octubre, por el que se regula el permiso del personal funcionario para atender el cuidado de hijos e hijas con **cáncer u otra enfermedad grave** (Boletín número 193 de 06/10/2017)

Decreto 155/2017, de 3 de octubre, por el que se modifica el Decreto 193/2010, de 20 de abril, por el que se regula la calificación y se crea el Registro de Empresas de Inserción en Andalucía (Boletín número 193 de 06/10/2017)

Orden de 17 de octubre de 2017, por la que se hace pública la relación de Ayuntamientos participantes en el Programa Extraordinario de Ayuda a la Contratación de Andalucía regulado por el Decreto-ley 8/2014, de 10 de junio, de Medidas Extraordinarias y Urgentes para la Inclusión Social a través del Empleo y el Fomento de la Solidaridad en Andalucía, y por la Orden de 22 de junio de 2017, así como las cuantías asignadas a cada uno de ellos (Boletín número 202 de 20/10/2017)

Acuerdo de 17 de octubre de 2017, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el IV Plan Andaluz del Voluntariado para el período 2017-2020 (Boletín número 205 de 25/10/2017)

Decreto 175/2017, de 31 de octubre, por el que se regula el contenido y procedimiento de elaboración del Informe Bienal de la Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía (Boletín número 213 de 07/11/2017)

Acuerdo de 31 de octubre de 2017, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Contrato Plurianual de Gestión de la Agencia Servicio Andaluz de Empleo para el período 2017-2018 (Boletín número 213 de 07/11/2017)

Decreto 179/2017, de 7 de noviembre, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público correspondiente al año 2017 (Boletín número 217 de 13/11/2017)

Acuerdo de 14 de noviembre de 2017, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la Estrategia Andaluza de Seguridad y Salud en el Trabajo 2017-2022 (Boletín número 222 de 20/11/2017)

Decreto 192/2017, de 5 de diciembre, por el que se aprueba el Programa de Fomento del Empleo Industrial y Medidas de Inserción Laboral en Andalucía (Boletín número 238 de 14/12/2017)

Acuerdo de 19 de diciembre de 2017, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen ayudas sociales de carácter extraordinario a favor de las personas perceptoras de las pensiones del Fondo de Asistencia Social y de las beneficiarias del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos para el año 2018 (Boletín número 244 de 22/12/2017)

Acuerdo de 19 de diciembre de 2017, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen ayudas sociales de carácter extraordinario a favor de pensionistas por jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas, para el año 2018 (Boletín número 244 de 22/12/2017)

Acuerdo de 19 de diciembre de 2017, del Consejo de Gobierno, por el que se distribuyen créditos entre Ayuntamientos de municipios con población superior a 20.000 habitantes y Diputaciones Provinciales, al objeto de financiar el refuerzo de los servicios sociales comunitarios en el desarrollo de las competencias atribuidas en materia de dependencia (Boletín número 244 de 22/12/2017)

Decreto-ley 3/2017, de 19 de diciembre, por el que se regula la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía (Boletín número 245 de 26/12/2017)

Acuerdo de 26 de diciembre de 2017, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Acuerdo de la Mesa General de Negociación Común del Personal Funcionario, Estatutario y Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, de 18 de diciembre de 2017, sobre medidas transitorias para ordenar la jornada de trabajo y horarios del personal empleado público de la Junta de Andalucía (Boletín número 246 de 27/12/2017)

Decreto 213/2017, de 26 de diciembre, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público para la estabilización de empleo temporal en la Administración de la Junta de Andalucía (Boletín número 247 de 28/12/2017)

Orden de 26 de diciembre de 2017, por la que se aprueba el Plan Estratégico de Subvenciones del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales para el período 2017-2020 (Boletín número 248 de 29/12/2017)

Orden de 28 de diciembre de 2017, por la que se modifica la de 2 de diciembre de 2016, por la que se establecen las bases reguladoras del Programa de apoyo a la creación, consolidación y mejora de la competitividad de las empresas de trabajo autónomo (Boletín número 249 de 30/12/2017)

