

# Labos

Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social

Marzo 2020  
Volumen 1 - Número 1

<b>Presentación</b>	José M. Goerlich Peset / Jesús R. Mercader Uguina / Ana de la Puebla Pinilla	3
<b>Editorial</b>	<b>En la antesala de la contrarreforma</b> José María Goerlich Peset	4
<b>Artículos doctrinales</b>	<b>Los derechos laborales colectivos y las relaciones laborales transnacionales: competencia judicial y ley aplicable</b> <i>Collective labor rights and transnational labor relations: international jurisdiction and applicable law</i> Pilar Fernández Artiach	17
	<b>Temporary agency work in the Hungarian Labour Code. Critical analysis – with special regard to EU requirements for judicial harmonization</b> <i>Trabajo temporal de agencia en el Código Laboral de Hungría. Análisis crítico: con especial atención a los requisitos de la UE para la armonización judicial</i> István Horváth	37
	<b>Indirect discrimination, employment and equality in the workplace: a comparison between the UK and Australian equality legislation</b> <i>Discriminación indirecta, empleo e igualdad en el lugar de trabajo: una comparación entre la legislación de igualdad del Reino Unido y Australia</i> Zia Akhtar	48
	<b>Non-discrimination of older workers in the Spanish and the European Union context</b> <i>La tutela del derecho a la no discriminación de los trabajadores de edad avanzada en el contexto español y de la Unión Europea</i> Fernando Fita Ortega	70
<b>Artículos jurisprudenciales</b>	<b>Novedades jurisprudenciales en materia de transmisión de empresa: la labor del TJUE y del TS en los últimos dos años</b> <i>The recent case law on transfer of undertaking: CJEU and TS's answers within the last two years</i> Luis Enrique Nores Torres	91
	<b>La geolocalización del trabajador. Reflexiones a la luz de la jurisprudencia reciente</b> <i>The geolocation of the worker. Reflections in the light of recent jurisprudence</i> Mirentxu Marín Malo	109
<b>Reseña bibliográfica</b>	MONEREO PÉREZ, J.L., <i>La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales</i> (Víctor Sánchez del Olmo)	122

**Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social**  
EISSN: 2660-7360 - [www.uc3m.es/labos](http://www.uc3m.es/labos)

**Dirección**

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET  
Universidad de Valencia, España

JESÚS R. MERCADER UGUINA  
Universidad Carlos III de Madrid

ANA MARÍA DE LA PUEBLA PINILLA  
Universidad Autónoma de Madrid, España

**Secretaría de redacción**

PATRICIA NIETO ROJAS

**Comité de redacción**

AMPARO ESTEVE SEGARRA  
PABLO GIMENO DIAZ DE ATAURI  
LUIS GORDO GONZÁLEZ

**Comité científico**

ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA  
Universidad Carlos III de Madrid, España

LANCE COMPA  
University of Cornell, USA

JUAN JOSÉ DOLADO  
Universidad Carlos III de Madrid, España

RUTH DUKES  
University of Glasgow, United Kingdom

IGNACIO GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN  
Universidad Nacional de Educación a Distancia, España

ISABEL GUTIÉRREZ CALDERÓN  
Universidad Carlos III de Madrid, España

SALVADOR DEL REY GUANTER  
Universidad Pompeu Fabra, España

EVERT VERHULP  
Universidad de Amsterdam, Holanda

# PRESENTACIÓN

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5304>

Todo inicio tiene algo de reto, pero también mucho de incierto. Este es el estado de ánimo al que nos enfrentamos los directores de esta nueva publicación cuando nos dirigimos, por vez primera, a nuestros futuros lectores. Son muchas las revistas jurídicas que a lo largo de los años han aparecido dentro de los confines de lo que pudiéramos llamar el Derecho Social. Muchas de ellas siguen vivas pero muchas otras han cumplido su función y han desaparecido por razones plurales y no siempre científicamente justificadas.

La que ahora presentamos es la última de esa larga serie de intentos de acercar a la comunidad científica, definida ésta en su más amplio y extenso sentido, reflexiones independientes sobre el devenir de esta rama del ordenamiento jurídico en el que tan difícil es a veces separar lo jurídico, de lo político y de lo económico. Conscientes de estos condicionantes, nuestro objetivo es abrir a los lectores nacionales e internacionales las ventanas de la doctrina científica sin más limitaciones que las que puedan derivar de la contrastada calidad de las aportaciones que en ella aparezcan.

Aunque en la marcha tradicional de estas publicaciones en el terreno jurídico la evaluación entre pares no haya sido frecuente ni, por lo general, utilizada, nuestro objetivo es seguir decididamente esta senda, sumándonos a quienes ya están en ella. Pretendemos asimismo seguir un camino alejado de compromisos editoriales y de formas de financiación que orienten o condicionen, de alguna forma, el sentido de las reflexiones. La calidad reconocida por un amplio panel de expertos nacionales e internacionales con acreditada solvencia e independencia científica es la única carta de presentación necesaria para permitir su acceso. Esta revista se abre, por tanto, a todos los autores nacionales e internacionales que quieran compartir esta propuesta.

Los directores de esta revista parten de la premisa de que la tarea del Derecho no puede limitarse a la simple enumeración de las reglas jurídicas en vigor. La tarea del pensamiento jurídico consiste en conceptualizar las normas jurídicas. A tal fin, el Derecho debe trascenderse a sí mismo, debe buscar nuevos referentes y piezas para tratar de integrar la realidad de los hechos en la vida del Derecho. Por ello, la pretensión que nos guía es favorecer reflexiones de amplio espectro que trascienden escenarios coyunturales dominados, además, por la acelerada necesidad de dar respuestas inmediatas a cuestiones que requieren de serenidad y pausa. A nuestro juicio, el análisis de lo jurídico requiere, en tiempos de información masiva y en tiempo real, levantar la mirada y valorar desde la particular y enteramente libre perspectiva de cada autor la realidad de cada tiempo.

El formato de esta revista es clásico: Estudios doctrinales, estudios jurisprudenciales y reseñas bibliográficas. Ello no implica que, a lo largo de su evolución, que deseamos larga, se incorporen otros apartados que puedan incorporar nuevas dimensiones o aspectos.

José M. Goerlich Peset  
Jesús R. Mercader Uguina  
Ana de la Puebla Pinilla

# EDITORIAL

## En la antesala de la contrarreforma

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET\*

*Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*

*Universitat de València*

ORCID ID: 0000-0002-2910-2153

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5290>

### **2019: inestabilidad política y parálisis institucional**

Desde la sustitución del sistema bipartidista por otro nuevo caracterizado por la fragmentación política, los ciudadanos tenemos sensación de inestabilidad y parálisis institucional; y no parece que andemos muy desencaminados. Que, desde el vencimiento de la X legislatura en octubre de 2015, hayamos tenido que acudir en cuatro ocasiones a las urnas en dos series (2015-2016 y 2019), habiendo asistido entre ambas al triunfo de una moción de censura cuyo diseño constitucional parecía implicar su imposibilidad, es suficiente para explicar la primera. En cuanto a la parálisis institucional, cabe contrastarla con hechos objetivos como, por ejemplo, la brutal disminución de la actividad legislativa: frente al promedio superior a las 30 leyes ordinarias en los años no electorales, incluso en momentos, como 2011, de extrema debilidad gubernamental, en los últimos ejercicios parlamentarios completos, 2017 y 2018, apenas se ha alcanzado la decena.

El Gobierno salido de la moción de censura de la primavera de 2018 no ha sido, desde luego, una excepción. Inicialmente, se han emprendido medidas reformistas en colaboración con otras fuerzas políticas. En octubre de 2018, el Gobierno alcanzó un acuerdo con Unidos Podemos para impulsar los presupuestos del año siguiente. Aunque en su título se hacía referencia específica a los Presupuestos Generales del Estado de 2019, lo cierto es que el mismo incluía un programa más amplio en el que, además de medidas presupuestarias, se preveían otras reformas menos coyunturales entre las que ocupaban un espacio importante las de carácter laboral y de protección social. Una parte de estas medidas, se pusieron en marcha a finales de 2018. Tal es el caso, por ejemplo, de la subida del SMI a 900 euros mensuales (RD 1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2019) así como de otras medidas laborales y de seguridad social (RDL 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo).

Sin embargo, el Gobierno no contó con suficientes apoyos para el desarrollo de las restantes. De hecho, en febrero de 2019, la mayoría del Congreso votó a favor de las enmiendas de totalidad presentadas al proyecto de Ley de Presupuestos para 2019, lo que llevó a convocar anticipadamente elecciones para finales de abril. Eso sí, incluso después de la disolución de las Cortes (RD 129/2019,

---

\*Jose.M.Goerlich@uv.es

de 4 de marzo), el Gobierno ha continuado con su acción política llevando adelante importantes reformas en materia laboral y de protección social mediante la aprobación de Decretos-Leyes en sucesivos Consejos de Ministros (los llamados «viernes sociales»). Se trata de los RRDDL 6/2019, 8/2019 y 9/2019. Al margen este último por su ámbito más limitado –una nueva reforma del régimen de la estiba–, el primero contiene “medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación” y el segundo, “medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo”. Unas y otras habían sido recogidas en el citado acuerdo presupuestario y, en buena medida, habían sido objeto de diferentes proposiciones de ley durante la legislatura por parte de la entonces oposición.

La utilización del Decreto-Ley en esta situación ha sido objeto de discusión de carácter político: la proximidad de los comicios abría la posibilidad de imputar al Gobierno el intento de usar sus facultades normativas en clave electoral; de hecho, la oposición llevó, aunque infructuosamente, la cuestión ante la Junta Electoral Central. Por otro lado, al tratarse de cuestión inédita en la historia de nuestra democracia, se suscitó cierta perplejidad respecto a la posible tramitación de esta figura una vez disueltas las Cámaras. Sin embargo, la disolución no afecta por sí sola a las facultades constitucionales del Gobierno, que solo quedan afectadas cuando este pasa a estar en funciones por la efectiva celebración de las elecciones (cfr. art. 21.1 Ley 50/1997). Por supuesto, la disolución del Congreso de los Diputados impide que el trámite de convalidación del art. 86.2 CE se desarrolle ante el pleno. Pero el Reglamento de 24 de febrero de 1982 posibilita que ese trámite se desarrolle ante su Diputación Permanente (art. 57). Otra cosa es, por supuesto, que se den los requisitos constitucionales para el recurso a este tipo de normas, la “extraordinaria y urgente necesidad” a la que se refiere el art. 86.1 CE. Aunque la jurisprudencia constitucional ha reconocido al Gobierno un amplio margen de apreciación al respecto, la indicada exigencia “no es, en modo alguno, una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna”, sino que implica “un límite jurídico” a la actuación del Gobierno y, por tanto, permite valorar el “uso abusivo o arbitrario” de esta peculiar institución normativa (STC 61/2018, de 7 de junio, con cita de otras anteriores). La cuestión ha sido planteada ante el Tribunal Constitucional en relación con el RDL 6/2019: habrá que esperar la correspondiente resolución.

En todo caso, en los «viernes sociales» el Gobierno no ha podido acometer todos los temas que, a juzgar por el contenido del Acuerdo de Presupuestos Generales del Estado para 2019, pretendía abordar. Las posibles dificultades para su posterior convalidación le han impedido probablemente incorporar en el RDL 8/2019 otras cuestiones diferentes al registro de jornada que, sin embargo, habían sido también promovidas, antes de la moción de censura, por las fuerzas parlamentarias que le daban soporte –y que estaban presentes asimismo en aquel Acuerdo–. Probablemente, se ponderó el impacto electoral que podría haber tenido la falta de convalidación de alguno de estos Decretos-Leyes. A la postre, la acción del Gobierno fue también víctima de la situación política de inestabilidad.

Por lo demás, la interrupción de la actividad política se ha extendido desde la celebración de las elecciones a finales de abril hasta el final del año. Sin entrar en valoraciones, basta reseñar que las dificultades para formar Gobierno en un parlamento muy fragmentado han conducido a un intento fallido de investidura y, tras el transcurso del plazo establecido en el art. 99.5 CE, a la repetición electoral. Y durante todo este tiempo, las dos terceras partes del año, el Gobierno salido de la moción de censura ha permanecido en funciones. Formalmente su actividad normativa ha sido hasta cierto punto intensa –ocho Decretos-Leyes han sido aprobados en este período–, pero la lectura de sus títulos revela que se han dictado en “casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique” (art. 21.3 Ley 50/1997). Aunque acaso pueda ser explicado en otras claves, puede ser muestra de esta parálisis institucional en la materia laboral y de protección social el último de los Decretos-Leyes del año pasado, el 18/2019, de 27 de

diciembre, por el que se adoptan determinadas medidas en materia tributaria, catastral y de seguridad social cuyas principales virtualidades por lo que aquí interesa son la suspensión de la aplicación del índice de revaloración del art. 58 LGSS a la espera de la Ley de Presupuestos de 2020 (art. 7) y la prórroga del SMI establecido para 2019, hasta que se fije el correspondiente a 2020 (disp. adic. 5ª).

### **“Un nuevo acuerdo para España”: aspectos generales en materia laboral y de protección social**

Acaba de constituirse un nuevo Gobierno de coalición, que pone fin al período de interinidad que se extiende desde abril de 2019. En el penúltimo día del año, en efecto, se hizo público el documento titulado “COALICIÓN PROGRESISTA. Un nuevo acuerdo para España”, en el que se reúnen los compromisos alcanzados entre PSOE y Unidas Podemos para afrontar la legislatura. Igualmente, se han ido haciendo públicos los acuerdos entre el PSOE y las distintas fuerzas políticas que han hecho posible la investidura. En todo caso, dada su naturaleza nacionalista o regionalista, estos últimos no afectan a las cuestiones que nos interesan, las vinculadas al trabajo y a la seguridad social.

Centrándonos, pues, en el primero, conviene señalar, ante todo, que su título puede generar un cierto equívoco en el lector pues se refiere a un “nuevo acuerdo” para nuestro país. Sin embargo, que buena parte de las medidas en materia laboral y de protección social vienen del pacto presupuestario que se alcanzó en octubre de 2018. Puede ser razonable habida cuenta de la ya descrita parálisis institucional del año pasado que impidió la tramitación de las medidas; pero hace difícil explicar las razones por las que esta se prolongó tanto después de las elecciones de abril pasado.

Hay que resaltar, por otro lado, la declaración general que lo abre en relación con la finalidad de la acción del futuro Gobierno de coalición. En la misma, que se encontraba ya en el preacuerdo entre ambas organizaciones políticas alcanzado dos días después de las elecciones del 10 de noviembre, se manifiesta la ambiciosa intención de convertir a España en un “referente de la protección de los derechos sociales en Europa”. Como lógica consecuencia, se detecta una muy importante presencia de los temas laborales y de protección social en el conjunto del acuerdo. Y ello, tanto por lo que se refiere a la ubicación, como en relación con la extensión de las cuestiones que se enuncian. No parece tener una importancia menor que el primero de los “ejes prioritarios de actuación” del futuro Gobierno se refiera precisamente a las políticas del mercado de trabajo. Bajo la rúbrica “Consolidar el crecimiento y la creación de empleo de calidad”, se incluyen hasta 16 apartados que se refieren, en su práctica totalidad, a cuestiones laborales, colectivas, individuales o de empleo.

Pero con ello no se agota el elenco de aspectos. Se encuentran igualmente aspectos que incumben al trabajo o a la protección social en el interior de otros “ejes prioritarios”. Así, en el segundo, dedicado a “derechos sociales, regeneración democrática, ciencia e innovación”, existen extensos apartados sobre sanidad y pensiones, entre otros aspectos; y en el séptimo, sobre “políticas feministas” se dedica uno entero a las dirigidas a “garantizar la igualdad entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación”. Por último, las cuestiones sociales se incorporan incluso a la acción internacional de España: aparte la aspiración de ratificar la versión revisada de la Carta Social Europea a la que se alude, junto con el convenio 190 OIT recientemente aprobado, en el primero de los ejes prioritarios, en el undécimo –“una España europea abierta al mundo”– se contiene un compromiso de reforzar “el proyecto europeo, impulsando una Europa más fuerte y ágil, pero también más democrática, más social y más comprometida en la reducción de las desigualdades, la precariedad y la pobreza”, con específicas propuestas para llevar a la Unión.

En otro orden de consideraciones, en los diferentes ámbitos que nos interesan, se advierte una cierta secuenciación entre las medidas recogidas en el acuerdo. Es verdad que esta secuenciación no viene rígidamente predeterminada. Pero también lo es que existen previsiones de actuación

inmediata y otras en las que habrá de esperarse a un momento futuro, poco determinado, o que se producirán a lo largo de la legislatura. Esto se advierte, por ejemplo, en relación con la reforma laboral, en la que existen medidas urgentes y otras a más largo plazo, e igualmente, en materia de Seguridad Social. Por supuesto, no es posible descartar que algunas de las del primer tipo sean puestas en marcha de inmediato a través de la promulgación de Decretos Leyes. Es posible, pues, que, cuando estas líneas vean la luz, hayan sido ya aprobadas. Cabrá plantearse, desde luego, si esta figura normativa está pensada para la finalidad con la que ha venido siendo utilizada de forma creciente por los gobiernos, sean del signo que sean. Sin embargo, a estas alturas, como se ha comentado más arriba, parece una tendencia consolidada que resulta difícilmente reversible.

Una última consideración de alcance general hace referencia a la metodología para llevar adelante las medidas pactadas. Es muy significativo en este terreno el importante papel que el Acuerdo concede al diálogo social en su concreto diseño. De hecho, por lo que se refiere a los aspectos estrictamente laborales, se alude al mismo tanto en los de carácter urgente como en los que se han de desarrollar a más largo plazo. Así, el nuevo Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI se elaborará “previo diálogo con los agentes sociales” (§ 1.2). Pero también la derogación de la reforma laboral se ha de producir dentro de un impulso para la protección de las personas trabajadoras que ha de producirse “en el marco del diálogo social” (§ 1.3); y lo mismo cabría decir de la determinación de la política sobre el SMI (§ 1.4) o de la revisión de la normativa de contratación (§ 1.5). Igualmente, en los aspectos relacionados con la protección social el acuerdo se mueve en la misma línea: aparte la referencia a la participación del conjunto de las fuerzas políticas en la aprobación de un nuevo pacto de Toledo –de la que luego se dirá algo más–, la propuesta de reforma del sistema de Seguridad Social se desarrollará “en el marco del diálogo social” (§ 2.4.1.1).

## Entre el pasado y el futuro

Entrando ya en las medidas concretas, y siguiendo el orden del propio Acuerdo, la primera cuestión laboral que encontramos (§ 1.2) es la elaboración de “un nuevo Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI”; y la siguiente es la derogación de la “reforma laboral” con recuperación de “los derechos laborales arrebatados por la reforma laboral de 2012” (§ 1.3). De esta manera, el Acuerdo mira tanto al pasado como al futuro: de un lado, considera inadecuada la vigente ordenación de las relaciones laborales que resulta de las reformas de principios de la década; de otro, piensa en la superación de las normas vigentes por la sustancial transformación de las relaciones laborales que ya se está produciendo y que en el futuro se hará todavía mayor.

La idea de la aprobación de un nuevo Estatuto de los Trabajadores ha sido manejada por el presidente del Gobierno con anterioridad. Asimismo, se previó en el acuerdo presupuestario de octubre de 2018. De hecho, en la parcial implementación de este último, se puso en marcha alguna de las ideas que se manejaba entonces, y que ahora se reitera: la constitución de “un grupo de trabajo para su redacción, integrado por expertos y expertas de reconocido prestigio, del ámbito académico y profesional”. De hecho, la disp. adic. primera RDL 8/2019 previó su constitución, “con anterioridad al 30 de junio de 2019”, remitiendo “la composición y funciones de este grupo de expertos y expertas” a un “Acuerdo del Consejo de Ministros (...) previa audiencia de los interlocutores sociales en la Mesa de Diálogo Social de Empleo y Relaciones Laborales”. La circunstancia de que el Gobierno siguiera en funciones después de la fecha prevista para la constitución del grupo ha hecho que la previsión haya perdido su funcionalidad.

Con todo, la concreción del sentido de la propuesta de nuevo Estatuto es superior en el Acuerdo que se glosa que en su precedente de 2018. Es muy significativa la misión que se le asigna: com-

paginar “la protección de los trabajadores y trabajadoras frente a los desafíos sociales, tecnológicos y ecológicos del siglo XXI y el reconocimiento de nuevos derechos de los trabajadores propios de la realidad económica, social y laboral actual, con la necesaria competitividad empresarial y el papel de la negociación colectiva como elemento de reequilibrio necesario”. No hace falta insistir, en este sentido, en la importancia del propósito perseguido dada la magnitud de los indicados desafíos. Los supuestos básicos sobre los que se ha construido el ordenamiento laboral han experimentado importantes cambios y, como consecuencia de ellos, este tiene dificultades para cumplir las funciones que ha asumido históricamente. Se hace preciso, por tanto, un repensamiento del conjunto del sistema, que no se limite a los aspectos que, a fuerza de reformas o episodios judiciales, han ido entrando en el debate sino que se extienda al conjunto de los futuros impactos de los cambios, tanto individuales como colectivos. Esta labor ha de comprender, asimismo, la prevención de riesgos laborales y el sistema de protección social. De hecho, el propio Acuerdo lo anticipa, claramente para la primera y de forma menos obvia para el segundo. Respecto a la prevención, prevé una actualización de la normativa en relación con los “nuevos riesgos asociados al uso de las TIC, los psicosociales y de determinadas sustancias químicas dañinas para la salud, así como la creciente digitalización y robotización y las nuevas formas de organización del trabajo” (§ 1.9). Por lo que se refiere al sistema de protección, la configuración del ingreso mínimo vital como prestación de seguridad social (§ 2.4.2) puede también asociarse a los cambios del sistema productivo que se avecinan, aunque no se diga expresamente.

La elaboración del nuevo Estatuto de los Trabajadores para el siglo XXI podría ser, en definitiva, una tarea histórica. Pero si eso es así, quizá quepa plantear alguna crítica al diseño metodológico, más por lo que el Acuerdo no dice y podía haber dicho que por lo que dice. Nos dice, en efecto, que el nuevo texto resultará de un trabajo de los expertos y del diálogo social. Pero, a diferencia de lo que ocurre con las cuestiones de protección social, no se habla de plantear el nuevo Estatuto a todas las fuerzas políticas. La trascendencia del empeño hace en todo caso que sea interesante intentar un amplio pacto de Estado.

Por lo que se refiere a la mirada hacia el pasado, la exigencia de derogación de la reforma laboral ha venido siendo un lugar común entre las fuerzas políticas de oposición y el movimiento sindical durante los gobiernos del PP. Comoquiera, por otro lado, que el funcionamiento del mercado de trabajo, a pesar de haber mejorado con respecto a los peores años de la crisis, no es todo lo bueno que nos gustaría, la apelación a esta exigencia se ha vuelto una cláusula de estilo útil en el lenguaje político y en el periodístico como referencia a las vías de solución de sus problemas. Sin embargo, en una aproximación más técnica, es complicado saber a qué se hace referencia cuando se habla de la urgente necesidad de revertir la reforma laboral del PP y si tal reversión es suficiente para avanzar hacia un trabajo más digno. El discurso habría de ser necesariamente más matizado, como se ha comprobado en las primeras declaraciones de los nuevos responsables del nuevamente Ministerio de Trabajo. Y es que con toda probabilidad no todas las medidas de la reforma de 2012 pueden considerarse negativas y, además, enlazan con las que habían sido avanzadas en 2010 y 2011, durante el Gobierno de Rodríguez Zapatero. Por otro lado, y sobre todo, hay que tener en cuenta que las dinámicas negativas del mercado de trabajo no se relacionan solo con las reglas introducidas en 2012: algunas de ellas se refieren a fenómenos, señaladamente la descentralización, en los que la regulación ha permanecido inalterada durante toda la crisis.

Por eso, en relación con la derogación de la reforma de 2012, el acuerdo presupuestario de 2018 era mucho más matizado, pues se refería a la de sus “aspectos más lesivos”, que incluía “particularmente” los relacionados con la negociación colectiva, que habrían jugado un importante papel en la llamada devaluación salarial. Adicionalmente, se hacía una llamada a la conclusión de la tramitación parlamentaria de determinadas proposiciones de ley, entre las que figuraba la regulación de la subcontratación. En el acuerdo para el próximo Gobierno el discurso parece mucho más agresivo,



si se atiende al título del apartado 1.3. Pero la lectura de las concretas medidas que se enuncian en su interior permite advertir que, en realidad, las propuestas se mueven en la misma línea que en octubre de 2018. A pesar de la genérica afirmación de que “derogaremos la reforma laboral” que lo encabeza, las propuestas concretas que se enumeran como objetivo de actuación urgente son las relacionadas con la devaluación salarial, con las únicas salvedades de la reforma del régimen de la subcontratación y de la derogación del art. 52.d) ET sobre despido por absentismo que se ha incorporado como consecuencia del revuelo ocasionado por la polémica STC 118/2019, de 16 de octubre. Adicionalmente, existen cuestiones que fueron afectadas por las reformas de principios de la década a las que se alude en el resto de las propuestas

### **Negociación colectiva**

El propósito de derogación de la reforma laboral tiene una clara relación con la recuperación del papel de los convenios colectivos. Se prevé la derogación de “las limitaciones al ámbito temporal del convenio colectivo, haciéndolo llegar más allá de las previsiones contenidas en el mismo, tras la finalización de su vigencia y hasta la negociación de uno nuevo”, la de “la prioridad aplicativa de los convenios de empresa sobre los convenios sectoriales” así como la revisión del “mecanismo de inaplicación de los convenios colectivos, orientándolo a descuelgue salarial vinculado a causas económicas graves”.

Suele entenderse que estas tres instituciones, que ya estaban identificadas en el acuerdo presupuestario como objeto de actuación urgente, han sido claves en la devaluación salarial; y seguramente no puede negarse que han contribuido a ella. Sin embargo, a la hora de afrontar su reforma, no deberían perderse de vista otras circunstancias que seguramente apuntarían más a su rediseño que a una pura contrarreforma, con regreso al régimen anterior. De entrada, estas instituciones disciplinan cuestiones que estaban abiertas al debate con anterioridad a las reformas de 2010, 2011 y 2012. La ultraactividad indefinida planteaba anomalías en la evolución de los contenidos de los convenios y en las dinámicas estructurales de la negociación colectiva. Por su parte, nuestro modelo de convenio, basado en la eficacia normativa y general, puesto en relación con las inercias de la estructura de la negociación, hacía necesaria la existencia de válvulas de escape que posibilitaran el ajuste de las condiciones de trabajo a las reales condiciones existentes en las empresas. No es por ello de extrañar que todas tres estuvieran en la agenda de posibles reformas laborales. De hecho, la reforma de 2012 no es sino una continuación, si se quiere radical, de las que se produjeron en 2010 y 2011, durante el Gobierno de Rodríguez Zapatero.

Por otro lado, la conformación actual de las instituciones en cuestión resulta de un extenso rodaje a lo largo de esta década. Las tres han tenido una evolución interpretativa y aplicativa que ofrece soluciones diferentes a la vuelta atrás en el tiempo o dimensiona el alcance real de su aportación a la devaluación salarial. Parece razonable que esta evolución sea tenida en cuenta a la hora de diseñar las nuevas reglas. En efecto, por lo que se refiere a la caducidad del convenio, desde finales de 2014, la jurisprudencia viene recurriendo a una anómala «contractualización» para justificar la permanencia de las condiciones convencionales tras el vencimiento de la ultraactividad. Con independencia de que la idea pueda ser discutible desde una perspectiva técnico jurídica, no puede negarse que la continuidad del contenido del convenio como condiciones de hecho protegidas frente al *ius variandi* empresarial pero sujetas a posibles modificaciones sustanciales por la vía del art. 41 ET es un buen punto de equilibrio entre la protección de los trabajadores frente al vacío convencional y la evitación de las dinámicas perversas de la ultraactividad indeterminada en la estructuración de la negociación colectiva. Eso sí: siempre respetando el tradicional carácter subsidiario de la solución legal, que podría ser desplazada por lo que se hubiera pactado.

En cuanto al espacio del convenio de empresa, habría que partir de que se trata de una realidad que no puede ser demonizada. Es verdad que la experiencia muestra, a lo largo de la última década, la aparición de fenómenos relativamente preocupantes sobre su presencia en el sistema de relaciones laborales –disminución de la dimensión de las empresas en las que se negocian, aparición de las llamadas unidades empresariales «oportunistas»–. Pero también lo es que la evolución del ordenamiento ha abierto caminos intermedios que permitan simultanear el mantenimiento de la prioridad y la evitación de la utilización del convenio de empresa en clave de dumping social. Por un lado, la jurisprudencia sobre el principio de correspondencia en relación con la legitimación ha conducido a una sindicalización del convenio de empresa para aquellas con más de un centro de trabajo. Cabría, pues, extender esta solución a todos los convenios de empresa. Por otro lado, muchos de los supuestos de convenios de empresa que han sido objeto de discusión judicial se refieren a empresas que prestan servicios a otras. Existe, pues, una conexión entre la degradación de condiciones derivada de la prioridad del convenio de empresa y la descentralización productiva. Pero en este terreno los tribunales han ofrecido una solución que quizá pudiera ser extendida: la aplicación del convenio correspondiente a la actividad. De hecho, la reciente normativa en materia de contratación del sector público se ha situado de forma decidida en esta línea que bien pudiera ser utilizada en una futura reforma.

Por último, por lo que se refiere a la inaplicación, no parece conveniente sobrevalorar su importancia real. Los datos muestran que se trata de una institución de uso limitado, que además ha venido disminuyendo fuertemente conforme a la evolución del ciclo económico. Asimismo, el aspecto de la regulación que más ha sido objeto de discusión, la intervención arbitral obligatoria final, se ha verificado muy excepcionalmente en la realidad: los números muestran, en este sentido, que la inmensa mayoría de los acuerdos de descuelgue se basan en el acuerdo alcanzado en el ámbito de la empresa. Desde este punto de vista, quizá la proyección de reglas similares a las que podrían regular la suscripción de convenios de empresa podría conjurar los riesgos de que la inaplicación sea utilizada en clave de dumping social.

## **Sobre flexibilidad y precariedad**

Junto a la revisión del marco legal de la negociación colectiva, el eje prioritario sobre empleo propone una serie de medidas que miran al ajuste de las políticas de flexibilidad laboral y al combate de la precariedad. Algunas de ellas implican revisiones parciales de aspectos que fueron objeto de modificaciones en las reformas laborales del principio de la década. Otras intentan revertir tendencias estructurales del mercado de trabajo, a la búsqueda del “empleo de calidad” al que se hace referencia en el título.

Como se ha advertido más arriba, aunque existe una voluntad declarada de reversión de la reforma laboral, la verdad es que, además de las cuestiones que han sido objeto de comentario en apartados anteriores, son pocos los aspectos que se consideran. En concreto, existen referencias a la modificación sustancial de condiciones de trabajo y a los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción.

Por lo que se refiere a la primera, sorprende su aparición en dos lugares. Entre las medidas vinculadas a la reforma laboral (§ 1.3), se incluye la limitación de “la capacidad de modificación unilateral de las condiciones del contrato por parte de la empresa”; e, inmediatamente después, dentro del apartado “Contratación” (§ 1.5.2) se hace referencia a la recuperación de “los derechos laborales en los procesos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, revisando las causas y el procedimiento, garantizando su reversibilidad y su carácter negociado”. La secuencia de las

diferentes reformas que ha experimentado el art. 41 ET en los últimos tiempos permite saber de qué se habla cuando se alude a revisión de los aspectos causales y procedimentales. Es fácil igualmente saber a qué se refiere la reversibilidad –que puede ser interesante en relación con ciertas modificaciones–. Lo más problemático es la garantía del “carácter negociado”. Habrá que entender seguramente que no quiere decirse “acordado” pues ello implicaría volver al régimen anterior a 1994, lo que no parece razonable.

También se prevé una revisión causal y procedimental de los despidos económicos. Respecto a la primera, se pretende “hacer más precisa la definición de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción” (§ 1.5.6). De nuevo nos encontramos ante un problema que tiene un interés práctico relativamente limitado. Como en el caso de la modificación sustancial de condiciones, la aparente contundencia de las normas de 2012 en relación con el funcionamiento del control causal ha sido muy matizada por la introducción de un criterio de razonabilidad por la jurisprudencia desde enero de 2014. Una nueva y ponderada intervención normativa en este terreno tendría en todo caso cierto espacio: podría, además de incorporar expresamente el indicado criterio, eliminar los automatismos de las causas y su enunciado concurrente en las distintas medidas empresariales para recuperar explícitamente la existencia de cierta ordenación de las mismas en función de la gravedad de la situación empresarial. Desde la perspectiva procedimental, habrá que ver en que se concreta el reforzamiento del “papel de la ITSS y la autoridad laboral en el control de los despidos colectivos y en otros expedientes de regulación de empleo”. El uso del verbo reforzar no parece mirar tanto a un retorno a la autorización administrativa previa sino más bien a la superación de las restricciones que actualmente se advierten en el art. 51.2 ET sobre el objeto del informe de Inspección y la intervención de la autoridad laboral sobre las consultas. En todo caso, habrá que esperar para ver en que se concreta exactamente este nuevo papel.

Por lo que se refiere a otras medidas vinculadas a la consecución del “empleo de calidad” que se persigue y que no se relacionan con la revisión de la reforma laboral, habría que comenzar con el tratamiento de la descentralización. En este terreno, se propone modificar “el art. 42.1 del Estatuto de los Trabajadores sobre contratación y subcontratación laboral a efectos de limitar la subcontratación a servicios especializados ajenos a la actividad principal de la empresa”. El Acuerdo se separa de este modo de la línea seguida por la proposición de Ley presentada por el Grupo socialista en la legislatura anterior que buscaba más bien la equiparación de las condiciones de los trabajadores de contrata y subcontratas a las de la empresa principal. Sale más bien del programa de Podemos para las elecciones del 10 de noviembre, como se desprende de la conexión literal con su apartado 166.

Obviamente, la evolución de la descentralización se encuentra en la base de muchos de los problemas que aquejan al mercado de trabajo. Por eso, la revisión de su régimen jurídico a la luz de los efectos que produce en el deterioro de las condiciones de trabajo parece particularmente necesario. Sin embargo, es posible que los términos en los que el debate se ha planteado no sean enteramente correctos por cuanto se parte de una visión patológica de la descentralización. Tanto la proposición de Ley de 2016 como la medida que se comenta toman como referentes supuestos de externalización muy cercanos a lo que tradicionalmente se ha considerado cesión de trabajadores. Sin embargo, la subcontratación no siempre se mueve en este terreno. Por eso habría que ser cauto a la hora de reformar su régimen, sin que parezca lo más adecuado prohibirla salvo para los “servicios ajenos” o proceder a una igualación en todo caso de las condiciones de trabajo con la empresa principal. Acaso la regulación de los contratos en el sector público, que apunta a la aplicación de los convenios de sector, ofrezca una solución que conjugue la protección de los trabajadores con las facultades organizativas de las empresas.

Además de la actuación sobre subcontratación, la persecución de un “empleo de calidad” incluye la subida del Salario Mínimo Interprofesional “hasta alcanzar progresivamente el 60% del

salario medio en España tal y como recomienda la Carta Social Europea” (§ 1.4) así como determinadas medidas en materia de “contratación” (art. 1.5). El camino ya se ha abierto con la subida pactada que se ha incorporado al RD 231/2020, de 4 de febrero, recientemente aprobado. El avance hacia el objetivo propuesto incrementará a lo largo de la legislatura el debate que ya se abrió con la subida de 2019 sobre la existencia o no de efectos negativos sobre el empleo, acompañado ahora seguramente de polémica respecto de las consecuencias que pueda desplegar sobre la equidad del abanico retributivo. En cuanto a las medidas sobre contratación, a falta de ver su efectiva concreción, no parece discutible ninguna de las que se incluyen en la relativamente larga serie del apartado. Y ello tanto por lo que se refiere a la contratación, en sentido estricto, como respecto de las actuaciones de persecución del fraude laboral. De hecho, la estructura normativa de la contratación (a salvo el desaparecido contrato de emprendedores y los introducidos en 2013, todos ellos fracasados) ha permanecido sustancialmente idéntica desde 2010. Y lo mismo cabe decir de los focos de fraude laboral –contratación temporal, contratación a tiempo parcial, falsos autónomos– y de las posibles herramientas para actuar contra ellos –con la incorporación de las nuevas tecnologías–, que encuentra precedentes en programas gubernativos anteriores.

En rigor, la principal novedad parece encontrarse en el pretendido refuerzo del “principio de causalidad en la contratación temporal y las sanciones aplicables a su uso fraudulento” con la finalidad de que la contratación indefinida sea la forma ordinaria de acceso al empleo (§ 1.5.3). Se trata de una propuesta interesante que se mueve en línea con las propuestas teóricas. El análisis doctrinal ha indicado en efecto que la lucha contra el uso abusivo de la contratación temporal no depende tanto, ni solo, de la formulación de los supuestos en que procede recurrir a ella sino sobre todo de los efectos que tengan los comportamientos empresariales desviados. En otras palabras, la sola aplicación de la menguada indemnización por despido no es, ni mucho menos, suficiente para desincentivarlos. Ahora bien, el posible establecimiento de sanciones administrativas o contractuales adicionales debería ir acompañado de la erradicación de los conceptos indeterminados que la jurisprudencia ha comenzado a utilizar en la valoración de los contratos temporales. El robustecimiento de la garantía sancionadora, contractual o administrativa, habría de combinarse, en pocas palabras, con el incremento de la seguridad jurídica en el recurso a las diferentes modalidades contractuales.

Finalmente, el acuerdo se extiende sobre políticas de empleo (§ 1.7) y de formación (§§ 1.14 y 1.15), de todo punto necesarias en la búsqueda del “empleo de calidad”. Lo que se propone no es, en rigor, nuevo: se trata de viejas aspiraciones que, hasta el momento, no se han alcanzado. Habrá que ver si ha llegado el momento de que se hagan efectivas.

## **Conciliación de la vida laboral y personal y corresponsabilidad**

Es este un aspecto al que aparentemente se presta intensa atención en el Acuerdo. De hecho, son dos los momentos en los que se alude a la cuestión. Dentro del primero de los ejes prioritarios –el que se ha venido examinando hasta ahora–, existe un apartado dedicado a “conciliación de la vida laboral, familiar y personal y corresponsabilidad en el tiempo de trabajo” (§ 1.10); pero, además, en el eje séptimo, dedicado a las “políticas feministas” existe otro cuya rúbrica es “políticas para garantizar la igualdad entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación” (§ 7.1). Sin embargo, ello no debe llamar a engaño: las propuestas que se recogen en una y otra ubicación no son acumulativas; y, además, no parecen novedosas. En el primero de estos apartados, las previsiones son excesivamente genéricas: se expresa un genérico propósito de “favorecer la conciliación de la vida laboral, familiar y personal, y la necesaria corresponsabilidad entre hombres y mujeres”, pero no se enumeran medidas concretas más allá de una inespecífica alusión al “derecho a la desconexión y la adecuada gestión

del tiempo de trabajo dentro de la normativa laboral, así como a la protección efectiva en casos de embarazo y lactancia”. Por contra, el detalle de las medidas que se contienen en el otro apartado es muy superior.

Sin embargo, las medidas que se establecen en este son limitadamente innovadoras. En efecto, las tres primeras medidas que se incluyen fueron objeto del RDL 6/2019 y están ya en vigor desde marzo, aunque la efectiva aplicabilidad de algunas de ellas haya sido dilatada en el tiempo. Tal es el caso de la garantía de la igualdad retributiva “a través, entre otras, de medidas como la transparencia salarial, obligando a las empresas a llevar un libro de salarios” así como el avance “también en la implantación de planes de igualdad en las empresas de 50 o más trabajadores”. Lo mismo cabe decir del impulso de “la equiparación por ley de los permisos de paternidad y maternidad iguales e intransferibles” y de las concreciones al respecto –actuación “progresiva” hasta 2021, remoción de las “trabas actuales que dificultan la no simultaneidad de los permisos”–. Y también de la garantía del “derecho a la adaptación de la jornada de trabajo, en el caso de personas trabajadoras con hijos o hijas, tras la reincorporación de un permiso de crianza, y hasta que los menores cumplan doce años”. Puestos a buscar un sentido a la inclusión de estas medidas en el “nuevo Acuerdo”, cabría pensar en el carácter literalmente abierto que algunas de ellas presentan lo que permitiría ulteriores desarrollos –tal es el caso de los “programas para fomentar la paternidad responsable, para avanzar en la corresponsabilidad”–. Y acaso también en las referencias a la Ley que se contienen en alguna de ellas, que podrían vincularse al interés en orillar los problemas sobre la utilización del decreto-ley a los que se ha aludido más arriba –el RDL 6/2019 está pendiente ante el TC–.

Sea como sea, el potencial innovador más inmediato parece encontrarse en la puesta en marcha de nuevos mecanismos de garantías y en la extensión de las políticas de igualdad efectiva. Por lo que se refiere a los primeros se prevé potenciar las inspecciones laborales en materia de igualdad, reforzando el régimen sancionador y organizando una “Oficina Estatal de lucha contra la discriminación en la Inspección de Trabajo”. En cuanto a los segundos, se dan pasos adicionales en relación con la “presencia equilibrada de mujeres y hombres”. Por lo que interesa a la materia laboral se alude a “los órganos de toma de decisiones sobre las condiciones laborales, sobre los procesos electorales, sobre los convenios colectivos o sobre los acuerdos profesionales”. A ello hay que añadir la pretensión, también anunciada, aunque estérilmente, por el Gobierno del Partido Popular, de “impulsar y aprobar un pacto social y político por la racionalización de los horarios”, cuya conexión con los temas que nos ocupa es obvia. Se hace mucho hincapié en él, puesto que se repite en los dos lugares que estamos analizando. Acaso esta vez vaya en serio...

## Protección social

No es posible acabar estas rápidas reflexiones sin hacer referencia a las propuestas contenidas en el acuerdo en relación con los derechos de carácter social, que integran el segundo de los “ejes prioritarios” que lo articulan. Centrándonos en las que habitualmente ocupan la atención de los laboristas, se advierte con facilidad una tendencia común en todas ellas. En efecto, un aspecto transversal a las que se recogen en los apartados dedicados a sanidad (§ 2.2), dependencia (§ 2.3) y pensiones (§ 2.4) es la intención de mejorar la situación actual. Ello supone no solo recuperar los niveles de protección anteriores a los recortes derivados de la crisis, muy señaladamente los introducidos en 2012, sino también incrementar el nivel de protección introduciendo nuevas prestaciones o mejorando las existentes.

En el ámbito de la sanidad, se prevé en la primera línea la eliminación de los copagos (§ 2.2.1) y la consolidación de la universalización a través de la tramitación como Ley del RDL 7/2018 y la

derogación definitiva del RDL 16/2012 (§ 2.2.8), y en la segunda, la puesta en marcha progresiva de la prestación bucodental (§ 2.2.2). En cuanto al sistema de la dependencia, se pretende mejorar “la financiación del Sistema de Atención a la Dependencia para reducir las listas de espera” (§ 2.3.2) así como las cuantías en el nivel mínimo y en el acordado (§ 2.3.3), en ambos casos con la idea de volver a la situación anterior a las reformas del Gobierno popular. En el sistema de Seguridad Social, en fin, encontramos, en la línea de revisar criterios introducidos durante el gobierno del PP, la actuación de “las pensiones conforme al IPC real mediante ley de forma permanente”, aumentar “el poder adquisitivo de las pensiones mínimas y las no contributivas” (§ 2.4.1) así como derogar el factor de sostenibilidad. Apenas constituido el Gobierno, el RDL 1/2020, de 14 de enero, se ha situado ya en la primera línea. Por otro lado, en relación con la mejora de prestaciones, se proponen medidas concretas –como revisar “el sistema de cobertura de lagunas y determinación de la base reguladora para evitar perjuicios a las personas con carreras profesionales irregulares”, la mejora de la protección por supervivencia “garantizando la igualdad de trato en los casos de parejas sin vínculo matrimonial” o la plena integración del empleo doméstico en el Régimen General–; y, sobre todo, introducir, aunque de forma progresiva y limitada, “el Ingreso Mínimo Vital como prestación de Seguridad Social” (§ 2.4.2).

No parece fácil discutir estas medidas –ni otros aspectos sociales del acuerdo–. Con todo, sí que suscitan un par de dudas de importancia. La primera se relaciona, por supuesto, con su financiación. En materia de protección social, el propio programa se hace eco de ella: la necesidad de garantizar la sostenibilidad, a veces referida al “medio y largo plazo”, sale reiteradamente en el texto (cfr. §§ 2.4.1; 2.4.1.1 –dos veces–; 2.4.1.2). Sin embargo, no existe un tratamiento acabado del modo en que se garantizará la financiación de estas medidas ni, al límite, del conjunto del sistema.

Es verdad que existen algunas previsiones cuya puesta en marcha puede implicar un aumento de sus recursos. Se mueven en esta línea la ya comentada completa integración del empleo doméstico y, sobre todo, la equiparación de los trabajadores autónomos para los que se prevé “un sistema de cotización por ingresos reales, sobre la base de la información fiscal, que les comportará mayor protección social en caso de desempleo, enfermedad o jubilación y que evitará que los y las autónomos que menos ingresan paguen una cuota excesiva y que además redundará en una mayor recaudación para el sistema y contribuirá a reforzar la solidaridad entre autónomos” (§ 4.6). Pero no debe olvidarse que estas actuaciones pueden tener efecto neutro en la medida en que implican también mejora de prestaciones para los colectivos. Desde la perspectiva de los gastos, se hace hincapié en la revisión de “las bonificaciones a la contratación con el objetivo de reducirlas, garantizando el mantenimiento de aquéllas que contribuyen a la inserción en el mercado laboral de los colectivos con especial vulnerabilidad” (§ 2.4.1.1) y en la “reorganización de la Seguridad Social para dotar de mayor eficacia a la gestión con menores costes” (§ 2.4.1.3). En todo caso, fuera de estas ideas, el de la sostenibilidad no parece un tema suficientemente maduro y se remite a un análisis de futuro. Se prevé en concreto que “se estudiarán y desarrollarán medidas para, entre otras, garantizar el aumento de los ingresos de forma estructural” (§ 2.4.1.1).

La segunda gran cuestión se relaciona con la metodología de las futuras reformas. El documento no abandona la que ha sido tradicional en los últimos veinticinco años: la consideración del sistema de pensiones como cuestión de Estado que ha de quedar al margen de tensiones políticas y electorales. Existen dos llamadas, en este sentido, al diálogo social y político como método de determinar los ajustes necesarios. De hecho, se pretende plantear “a todas las fuerzas políticas y a los agentes sociales un nuevo Pacto de Toledo, que garantice la sostenibilidad y suficiencia del sistema público de pensiones” (§§ 2.4.1 y 2.4.1.1).

Se trata, sin duda, de un potente reto. La penúltima edición del Pacto de Toledo, en 2010, acabó sin acuerdo en un punto esencial: la edad de jubilación. La última sigue pendiente desde mediados de

la década anterior: los sucesivos intentos de renovarlo, en 2015/2016 y 2018/2019, han acabado sin acuerdo alguno. Después de ver el nivel de la tensión política, no parece que quede mucho espacio para un pronóstico optimista sobre las posibilidades reales de renovar el consenso en esta materia.

\* \* \* \* \*

Esta última reflexión da pie para hacer una consideración final sobre los aspectos laborales y de seguridad social del acuerdo. Probablemente, la situación política de conjunto será el principal obstáculo para llevarlos adelante. Aun habiendo logrado la investidura, la coalición PSOE-UP no tiene soporte parlamentario suficiente para actuarlo por sí solo, sus aliados en el momento inicial de esta XIV Legislatura pueden tener o no intereses concurrentes en los temas laborales y sociales que se han analizado y, visto lo visto, no parece fácil que pueda hallarse apoyo en las fuerzas de oposición. Sería, sin embargo, una pena desaprovechar la ocasión. Con independencia de que se compartan o no las soluciones concretas que se apuntan, el documento da cuenta de los principales problemas abiertos en nuestro sistema. Aprovechar la fragmentación parlamentaria para abrir un diálogo social y político sincero podría conducir a soluciones de consenso ponderadas y duraderas.

ARTÍCULOS DOCTRINALES



# Los derechos laborales colectivos y las relaciones laborales transnacionales: competencia judicial y ley aplicable\*

## Collective labor rights and transnational labor relations: international jurisdiction and applicable law

PILAR FERNÁNDEZ ARTIACH\*\*

*Universitat de València*

ORCID: 0000-0003-4025-1691

Recibido: 4/8/19

Aceptado: 11/11/19

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5296>

*Resumen:* La solución de los conflictos de jurisdicciones y de leyes que pueda provocar el ejercicio extraterritorial de los derechos laborales colectivos carece de tratamiento por parte del legislador comunitario, al no haber introducido en las normas existentes en materia de determinación de la competencia judicial y de la legislación aplicable los criterios de conexión necesarios para determinar cuál pueda ser el órgano judicial competente para conocer del conflicto (conflicto de jurisdicciones) y qué ordenamiento jurídico nacional resulta aplicable al asunto (conflicto de leyes). Con este trabajo se busca aportar soluciones razonadas en los casos en los que no existen tales criterios de conexión, así como argumentar sobre la posible aplicación, en ciertos casos, de las normas comunitarias existentes en la actualidad.

*Palabras clave:* derechos laborales colectivos, relación transnacional, conflicto de jurisdicciones, conflicto de leyes.

*Abstract:* The solution to the conflicts of jurisdictions and laws caused by the extraterritorial exercise of collective labor rights lacks treatment by the EU legislator, since it has not introduced into the existing norms regarding the determination of judicial competence and applicable legislation the necessary connection criteria to determine which the competent judicial body may be to hear about the conflict (conflict of jurisdictions) and what national legal order is applicable to the matter (conflict of laws). This work seeks to provide reasonable solutions in cases where there are no such connection criteria, as well as to argue about the possible application, in certain cases, of the existing EU norms.

*Keywords:* collective labor rights, transnational relationship, conflict of jurisdictions, conflict of laws.

---

\*pilar.fernandez@uv.es

\*\*Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Las relaciones laborales internacionales: jurisdicción competente y ley aplicable en materia de contrato individual de trabajo, derechos colectivos y Seguridad Social” (DER2016-77772-P).

## 1. Introducción

En las últimas décadas, la globalización de los mercados económicos y de trabajo ha incrementado la complejidad de las relaciones laborales, incorporando en muchas de ellas un elemento internacional o de extranjería que puede recaer, de manera aislada o combinando los distintos factores, bien en la figura del empleador, bien en la figura del trabajador, o bien en el lugar de la prestación de los servicios. En los casos en que surge un conflicto entre empleador y trabajador, la presencia de un elemento internacional en la relación de trabajo suele generar problemas para determinar tanto la jurisdicción competente para conocer de la disputa, como la ley que haya de aplicarse al fondo del litigio para resolver el conflicto. Cuando el conflicto se refiere al ejercicio extraterritorial de derechos laborales colectivos, sea de forma individual o sea de forma colectiva, estos problemas se acrecientan.

El objetivo del presente trabajo es tan sólo analizar la dimensión de los problemas de determinación de la competencia judicial internacional y determinación de la ley aplicable en aquellos supuestos conflictivos de ejercicio individual y colectivo de los derechos laborales colectivos clásicos (libertad sindical, representación de los trabajadores, negociación colectiva y conflicto colectivo, incluyendo a la huelga como medida de conflicto) en relaciones de trabajo transnacionales y/o plurilocalizadas. Del análisis de la jurisprudencia existente se deduce que una mayoría de supuestos conflictivos aparece cuando los trabajadores participan en alguna modalidad de acción de conflicto colectivo de carácter transnacional, aunque también los hay concernientes al ejercicio de otros derechos laborales colectivos.

## 2. Determinación de la jurisdicción competente en materia de derechos laborales colectivos

### 2.1. Normativa comunitaria: el Reglamento (CE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y el Convenio de Lugano de 30 de octubre de 2007

Para las partes de un conflicto laboral, la determinación de cuál haya de ser el órgano judicial ante el que interponer la demanda es especialmente relevante en aquellos casos en los que existe en la relación un elemento de extranjería.

En el ámbito comunitario, pues es desde esta perspectiva desde la que se va a realizar el estudio, el Reglamento (CE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (conocido también como *Bruselas I bis*), que entró en vigor el 10 de enero de 2015 sustituyendo al anterior Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre (*Bruselas I*), de necesaria aplicación por los Tribunales españoles y complementado por el Convenio de Lugano II, de 30 de octubre de 2007<sup>1</sup>, incluye solamente de manera expresa al "*contrato individual de trabajo*" dentro de su ámbito de aplicación (sección 5, arts. 20 y ss.), por lo que, *a sensu contrario*, la mayoría de la doctrina científica entiende **excluidos** los litigios referidos a las relaciones colectivas de trabajo<sup>2</sup>, aun cuando estos no se encuentren entre las materias expresamente exceptuadas en su artículo 1.2, lo que sí ocurre, por ejemplo, con la Seguridad Social o el arbitraje.

<sup>1</sup> Convenio aplicable en principio a los Estados miembros de la Unión Europea, incluyendo a Dinamarca, y a los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio (Suiza, Noruega, Islandia) y cuya regulación de los foros competentes en relación con el contrato individual de trabajo es idéntica a la del Reglamento *Bruselas I Bis*.

<sup>2</sup> Por todos, PALAO MORENO, G, "La comunidad europea y el contrato individual de trabajo internacional: aspectos de jurisdicción competente y de ley aplicable", *Revista Sequencia*, nº 52, 2006, pág. 39.

En esa ausencia de tratamiento por el Reglamento *Bruselas I bis* y el Convenio de Lugano II influye, sin duda, el hecho de que la regulación de los derechos colectivos y de las relaciones colectivas de trabajo ha estado tradicionalmente en manos de los Estados, conforme al clásico principio de territorialidad que gobierna los ordenamientos jurídicos laborales nacionales. Ni siquiera la Unión Europea (UE en adelante), como entidad supranacional, posee competencias legislativas en algunos aspectos de la materia (art. 153.5 TFUE<sup>3</sup>). Desde que empieza a legislarse sobre el trabajo, los Estados se han encargado de regular los derechos laborales colectivos a través de su legislación nacional pensando en su ejercicio en un territorio determinado, que es el del propio Estado. No ha de sorprender, por tanto, que la posibilidad de entablar un proceso relacionado con el ejercicio extraterritorial de derechos colectivos no se contemple, ni se establezcan reglas de conflicto para determinar el órgano judicial competente para resolver tales conflictos.

Sin embargo, como es habitual, la realidad ha desbordado a la teoría en este punto, de modo que, en un mundo global, el derecho adscrito a un territorio concreto pierde sentido y necesita adaptarse a un espacio en el que, de una parte, existen relaciones de trabajo prestadas de modo simultáneo para una misma empresa pero sometidas a ordenamientos jurídicos distintos, pues se trata de empresas que actúan internacionalmente, bien sea deslocalizando o bien sea externalizando y subcontratando parte de su actividad<sup>4</sup>, de manera que, al llevarse a cabo el proceso de producción en Estados distintos, los sistemas jurídicos a los que se someten las relaciones de trabajo en la empresa o en su cadena global de producción son también diferentes; y de otra, un espacio en el que existen organizaciones nacionales o internacionales de trabajadores que convocan acciones de conflicto colectivo de carácter transnacional, o que convocan acciones de solidaridad en las que el lugar donde estas se realizan no coincide necesariamente con el lugar donde quiere producirse, o se produce, el daño. De modo tal que, en la práctica, en estos casos se plantea el problema de determinar cuál sería el órgano judicial competente para resolver posibles conflictos de carácter colectivo que surjan en ese espacio global si se judicializan, o los conflictos generados por la participación individual en acciones colectivas.

En el Reglamento *Bruselas I bis* se podrían haber incorporado reglas de conflicto para la determinación de la competencia judicial en estos casos pero, al no haberse hecho, y como sucede en aquellos supuestos en que no cabe aplicar el Reglamento, el cual utiliza como criterio general de aplicación espacial de sus normas reguladoras de la competencia judicial internacional el *domicilio del demandado en un Estado miembro de la UE*<sup>5</sup>, se ha de recurrir en estos casos a su propio artículo 6.1, que remite a la aplicación de las **normas de competencia judicial internacional de los sistemas autónomos de los Estados correspondientes**, sean estos miembros de la UE o no, las cuales servirán para determinar si el órgano judicial nacional ante el que se sustancia el asunto es competente o no para conocer del mismo.

<sup>3</sup> Como es por todos conocido, excluye de las competencias de la UE, entre otros, los derechos de asociación y sindicación, el derecho de huelga y el derecho al cierre patronal.

<sup>4</sup> GORDO GONZALEZ, L., "Una óptica nacional: los derechos de participación de los trabajadores en las empresas multinacionales; la recepción de la transnacionalización", En: QUINTERO LIMA, M.G. (Dir.), *La Globalización económica y el Futuro del Trabajo: algunas reflexiones*, Universidad Carlos III de Madrid, 2018, págs. 48-52, define la empresa transnacional como aquella que emplea trabajadores en varios Estados a través de una estructura de dominación –donde la empresa matriz controla a las filiales mediante vínculos societarios o contractuales- o de coordinación -donde no hay una sociedad dominante sino que todas se guían en su actuar por objetivos comunes a medio y largo plazo-, caracterizándose por la facilidad para eludir los controles estatales sobre sus acciones; por la distancia de las filiales o las empresas proveedoras con el lugar donde se toman las decisiones; por la necesidad de armonizar culturas y tradiciones diferentes al trabajarse en Estados distintos con sistemas no sólo jurídicos sino también culturales diversos; y por la pérdida de influencia de los trabajadores y sus representantes, cuando existen, en la toma de decisiones, al estar atomizada la representación por trabajarse mediante estructuras empresariales en red.

<sup>5</sup> Véase al respecto AGUILAR GRIEDER, H., "Alcance de la regulación europea relativa a la competencia judicial internacional en materia civil y mercantil en el marco del nuevo Reglamento Bruselas I bis (1215/2012): una apuesta parcialmente frustrada", *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 9, 2015. También, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., "Competencia judicial en el contrato laboral con elemento extranjero", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 132, 2017, págs. 79 y ss.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) ha venido admitiendo demandas por cuestiones litigiosas referidas a las relaciones colectivas de trabajo con elemento de extranjería<sup>6</sup>, evidentemente no por tratarse de materia laboral colectiva, que estaría excluida, sino al considerar que la responsabilidad por los daños ocasionados en estos supuestos, que permite entrar a analizar a su vez la legalidad de la acción colectiva, debe calificarse como “*materia delictual o cuasidelictual*”<sup>7</sup>, que sí se encuentra incluida expresamente en el Reglamento *Bruselas I Bis* dentro de los foros especiales (artículo 7.2), permitiéndose en estos casos demandar a una persona domiciliada en un Estado miembro en otro distinto, concretamente ante los tribunales del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso<sup>8</sup>.

Para comprender las razones que llevan al TJUE a admitir este tipo de demandas hay que detenerse, siquiera de forma breve, en el análisis de los términos “*materia delictual o cuasidelictual*” del artículo 7.2 del Reglamento. Este dispone expresamente que “*una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro: (...) 2) en materia delictual o cuasidelictual, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso*”. Este foro concurre con la posibilidad de sumisión expresa o tácita y de acción del foro general del domicilio del demandado<sup>9</sup>.

Entiende el TJUE<sup>10</sup>, y así lo ha resaltado la doctrina internacional privatista<sup>11</sup>, que el legislador comunitario está contraponiendo, dentro de los foros especiales, la *materia contractual* del artículo 7.1<sup>12</sup> a la *materia delictual o cuasidelictual* del artículo 7.2, de manera que esta última se considera equivalente a “*materia extracontractual*”<sup>13</sup>. El TJUE, en interpretación autónoma y uniformadora del concepto<sup>14</sup>, entiende en su sentencia de 13 de Marzo de 2014 (asunto C-548/12, *Marc Brogsit-*

<sup>6</sup> Véase FOTINOPOULOU BASURKO, O., *El proceso laboral internacional en el Derecho comunitario*, Consejo Económico y Social de Andalucía, 2008, págs. 78 y ss., donde hace referencia en este sentido a la STJUE de 12 de noviembre de 2007 (asunto C-438/05, *Viking*).

<sup>7</sup> Así, por ejemplo, la STJUE de 5 de Febrero de 2004, (asunto C-18/2002, *Torline*), sobre responsabilidad por daños derivados de conflicto colectivo entablado frente a un empresario marítimo, señala en su apartado 28 que “*constituye «materia delictual o cuasidelictual» una acción judicial sobre la legalidad de una acción colectiva cuya competencia corresponde exclusivamente, conforme al Derecho del Estado contratante de que se trate, a un órgano jurisdiccional distinto al que es competente para conocer de las demandas de indemnización de los daños y perjuicios causados por dicha acción colectiva*”.

<sup>8</sup> Conforme interpretación realizada por el TJUE en diversas sentencias (véanse los asuntos *Bier*, apartado 11; *Dumez France y Tracoba*, apartado 17; *Shevill y otros*, apartado 19; *Marinari v. Lloyds Bank*, apartado 10; *Torline*, apartado 40), “*esta regla de competencia especial, cuya elección depende de una opción del demandante, se basa en la existencia de una conexión particularmente estrecha entre el litigio y otros Tribunales distintos de los del domicilio del demandado, que justifique la atribución de competencia a dichos órganos jurisdiccionales en aras de una buena administración de la justicia, así como de una sustanciación adecuada del proceso*”.

<sup>9</sup> Véase esta opinión en FERNANDEZ ROZAS, J.C. y SANCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, Ed. Civitas, 10ª ed., 2018, pág. 500.

<sup>10</sup> Sostiene el TJUE en la sentencia de 27 de septiembre de 1988 (asunto C-189/1987, *Kalfelis Schröder*), que “*Para garantizar una solución uniforme en todos los Estados miembros, conviene admitir que el concepto de «en materia de delitos o cuasidelitos» comprende toda demanda que se dirija a exigir la responsabilidad de un demandado y que no esté relacionada con la «materia contractual» en el sentido del apartado 1 del artículo 5*”, refiriéndose en aquel momento al Convenio de Bruselas de 1968, precedente de los Reglamentos Bruselas I y Bruselas I bis.

<sup>11</sup> Puede verse, por todos, el preciso análisis que lleva a cabo CEBRIÁN SALVAT, M.A., “Estrategia procesal y litigación internacional en la Unión Europea: distinción entre materia contractual y extracontractual”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2014, Vol. 6, nº 2, págs. 318 y ss.

<sup>12</sup> Que permite demandar a una persona domiciliada en un Estado miembro ante el órgano jurisdiccional en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirve de base a la demanda.

<sup>13</sup> Como recuerda CEBRIÁN SALVAT, *ibidem*, pág. 322, el término español “*cuasidelictual*” no aporta nada distinto, pues es mera transcripción literal de la versión en inglés del Reglamento, en lugar de haberse efectuado una traducción ajustada a su sentido, como existe en la versión italiana donde, en lugar de *materia delictual o cuasidelictual*, se habla de *ilícitos civiles dolosos o culpables*, lo que en español hubiera facilitado la comprensión del precepto.

<sup>14</sup> Sin remitirse por tanto en su interpretación a un derecho nacional determinado, sino creando un concepto propio, en clave europea, de modo que se garantice su interpretación y aplicación uniforme por los tribunales de los distintos Estados miembros. Debe tenerse en cuenta que un mismo asunto puede recibir respuestas diferentes en los distintos Estados miembros, aplicando su derecho nacional. La intención del TJUE es que, al menos por lo que respecta a la calificación de la materia objeto de la acción, se

*ter v. Fabrication de montres normandes EURL y Karsten Fräbendorf*) como materia **extracontractual** toda pretensión con la que se exija la responsabilidad de un demandado que ha cometido un hecho dañoso, con o sin dolo, y que no esté relacionada con la materia contractual, bien porque no exista un compromiso previo libremente asumido por las partes, bien porque, aunque exista, la acción que se ejercita no esté basada en dicho compromiso.

En definitiva, aunque exista un contrato entre las partes, la acción puede también calificarse como extracontractual. Para ello el tribunal al que le llega el asunto tendrá que analizar si la conducta imputada al demandado supone o no un incumplimiento de ese contrato, conforme al objeto del contrato y los hechos concretos que se enjuicien<sup>15</sup>. Así, si para resolver sobre la pretensión fuera indispensable tener en cuenta al contrato, es decir, si para valorar la licitud o ilicitud de la actuación del demandado a la vista de los hechos concretos es necesario tomar en consideración el contrato, aquella habrá de calificarse como **contractual** en el sentido del artículo 7.1 del Reglamento *Bruselas I bis*, siendo entonces foro competente la jurisdicción del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda; por ejemplo, en el caso de una prestación de servicios como la analizada en la citada STJUE de 13 de Marzo de 2014 (asunto C-548/12), el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, se hayan cumplido o hayan de cumplirse los servicios, salvo pacto en contrario.

Como se verá más adelante, la calificación como contractual o extracontractual de una materia a los efectos de determinar el foro no ha de condicionar necesariamente, aunque sí resulte recomendable, la calificación que se le otorgue a efectos de ley aplicable al fondo del litigio, de modo que, si contractual, el tribunal debiera de aplicar el Reglamento (CE) nº 593/2008, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales -*Roma I*-, para determinar la ley aplicable a la resolución del conflicto; y si se califica como extracontractual, sería el Reglamento (CE) nº 864/2007, de 11 de julio, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales -*Roma II*-, el utilizado. En principio, esa calificación se habrá de hacer con arreglo a la ley del foro. Volveré sobre esto en la tercera parte de este trabajo, adelantando ya, sin embargo, que la doctrina<sup>16</sup> ha revelado la existencia de una discordancia reseñable entre el artículo 7.2 del Reglamento *Bruselas I bis* y el artículo 9 del Reglamento *Roma II*, discordancia que puede llevar a la situación de que el tribunal competente para conocer de la cuestión litigiosa relativa a las acciones de conflicto colectivo (el del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso) haya de aplicar a la acción de responsabilidad por daños la ley de otro Estado Miembro (la del país donde se realiza la acción de conflicto o donde vaya a producirse).

De la misma forma, aunque la impugnación de convenios colectivos en principio no esté expresamente incluida dentro del ámbito de aplicación de *Bruselas I Bis*, si la validez de un convenio colectivo y su cumplimiento o incumplimiento es una cuestión accesoria o accidental del pleito principal, quedaría incluida en el Reglamento, en este caso como materia contractual. Y es

---

parta del mismo concepto, para lo cual ha tenido que resolver numerosas cuestiones prejudiciales sobre la distinción entre materia contractual y extracontractual. Y en ellas se ha decantado por esa interpretación autónoma: por ejemplo, en la ya citada sentencia de 27 de septiembre de 1988, asunto *Kalfelis Schroder*, sostiene que “*Como este Tribunal de Justicia juzgó a propósito del concepto de «materia contractual», empleado por el apartado 1 del artículo 5 (véanse las sentencias de 22 de marzo de 1983, Peters, 34/82, Rec. 1983, p. 987, y de 8 de marzo de 1988, PRL Arcado y SA Haviland, 9/87, Rec. 1988, p. 1539), teniendo en cuenta los objetivos y la sistemática general del Convenio, y, con el fin de asegurar en la medida de lo posible la igualdad y uniformidad de los derechos y obligaciones derivados del mismo para los Estados contratantes y las personas interesadas, es importante no interpretar dicho concepto como una simple remisión al Derecho interno de uno de los Estados afectados. Consiguientemente, hay que considerar el concepto de en materia de delitos o cuasidelitos como un concepto autónomo, que debe interpretarse, para la aplicación del Convenio, refiriéndose principalmente al sistema y a los objetivos de aquél, con el fin de asegurar su plena eficacia*” (apartados 15 y 16).

<sup>15</sup> Véase esta idea en CEBRIÁN SALVAT, *ibidem*, pág. 329.

<sup>16</sup> PERARO, C., “Right to collective action in cross-border employment contexts: a fundamental social right not yet covered by EU private international law”, *UNIO-EU Law Journal*, Vol. 2, nº 2, 2016, pág. 37.

que, como ha sostenido la doctrina<sup>17</sup>, una vez firmado un convenio colectivo, los sujetos firmantes están inmersos en una relación “contractual”. Es decir, el resultado de la negociación colectiva es un “contrato” en aplicación de la doctrina del TJUE, que mantiene una interpretación amplia y autónoma del concepto, incluyendo aquellas situaciones en que una parte voluntariamente asume obligaciones hacia otra parte.

En algunos países se establece, por lo demás, un deber de paz, relativo o absoluto, durante la vigencia del convenio colectivo, de manera que los conflictos colectivos que se produzcan afectando a ese deber de paz pueden ser considerados como una vulneración de una obligación “contractual” por el sujeto colectivo que los plantee. De este modo, la responsabilidad por el incumplimiento del deber de paz previsto en el convenio podría ser calificada como materia contractual, y no extracontractual, a los efectos de los foros especiales del artículo 7 del Reglamento *Bruselas I bis*.

En consecuencia, en estos casos, para determinar el órgano judicial competente para conocer del asunto, lo primero que habría que analizarse es si existe una sumisión tácita o expresa a un foro determinado (arts. 25 y 26 *Bruselas I Bis*). En su defecto, los demandantes pueden elegir entre interponer la demanda ante los tribunales del domicilio del demandado<sup>18</sup> si este está domiciliado en un Estado Miembro (art. 4 *Bruselas I Bis*) o ante los tribunales a los que corresponda de acuerdo con el principio de proximidad al objeto del conflicto, esto es, los tribunales del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirve de base a la demanda (art. 7.1.a) *Bruselas I Bis*).

En fin, aun cuando se haya concluido que el Reglamento *Bruselas I Bis* no contiene reglas de conflicto expresas para determinar cuál es el órgano judicial competente para resolver conflictos referentes al ejercicio colectivo de derechos laborales colectivos y en los que exista elemento internacional o de extranjería, se ha de resaltar también que las normas de conflicto comunitarias sí resultan en cambio aplicables para determinar la competencia judicial en los litigios que surgen en relación al **ejercicio individual de los derechos laborales colectivos** y sus efectos sobre la relación individual de trabajo<sup>19</sup>, de modo que en estos casos se aplicarán, como sucede con el contrato individual de trabajo, en primer lugar, los foros voluntarios (de sumisión expresa o tácita) y, en su defecto, el foro general y los foros especiales, de aplicación alternativa<sup>20</sup>.

## 2.2. La jurisdicción española competente en los conflictos en materia de relaciones colectivas de trabajo

Como ya he anticipado, en los conflictos colectivos o vinculados con el ejercicio colectivo de los derechos colectivos de trabajo, en caso de que el Reglamento *Bruselas I Bis* no resulte aplicable, rigen las normas internas (nacionales) de derecho internacional privado para determinar la jurisdic-

<sup>17</sup> Véanse DORSSEMENT, F. y VAN HOEK, A., “Collective action in Labour conflicts under the Rome II Regulation (part I)”, *European Labour Law Journal*, Vol. 2, nº 1, 2011, pág. 68; CARBALLO PIÑEIRO, L., *International Maritime Labour Law*, Ed. Springer, 2015, págs. 257-258.

<sup>18</sup> Para saber cuál es el domicilio del demandado cuando estamos ante una persona jurídica se ha de acudir a lo previsto en el artículo 63 del Reglamento *Bruselas I Bis*.

<sup>19</sup> En la doctrina española puede verse esta opinión, por todos, en FOTINOPOULOU BASURKO, O., *La determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo internacional*, Ed. Thomson-Aranzadi, 2006, págs. 71 y ss.; SERRANO GARCÍA, M.J., *Competencia judicial y ley aplicable en el ámbito de los contratos de trabajo internacionales*, Ed. Reus, Madrid, 2011, pág. 45; o CRESPO HERNÁNDEZ, A., *Análisis metodológico de la ley aplicable a la responsabilidad por daños derivados de la adopción de medidas de conflicto colectivo*. Disponible en: <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/kinesis/analisis-conflicto-colectivo.pdf>, pág. 7. En la doctrina extranjera, DORSSEMENT, F. y VAN HOEK, A., “Collective action in Labour conflicts under the Rome II Regulation (part I)”, cit., págs. 71-72; o PERARO, “Right to collective action in cross-border employment contexts: a fundamental social right not yet covered by EU private international law”, cit., págs. 36-37.

<sup>20</sup> Véase TODOLÍ SIGNÉS, A., “La competencia judicial y la prueba de derecho extranjero en caso de movilidad internacional de trabajadores. Especial mención a la nueva ley de cooperación judicial internacional”, En: LÓPEZ TERRADA, E. (Dir.), *La internacionalización de las relaciones laborales. Principales cuestiones procesales, laborales y fiscales*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2017, pág. 72 y ss.

ción competente, también llamadas *normas residuales*; en nuestro caso<sup>21</sup>, concretamente, el artículo 25.2 de la LOPJ; el artículo 36 de la Ley 10/1997, de 24 de Abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, modificada por Ley 44/1999, de 29 de Noviembre; y el artículo 34 de la Ley 31/2006, de 18 de Octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas.

En los casos regidos por las dos últimas normas, que transponen Directivas comunitarias<sup>22</sup>, nos encontramos en presencia de derechos de titularidad y ejercicio colectivo, que han sido concebidos y reconocidos a los trabajadores como colectivo<sup>23</sup>. Ello puede apreciarse, de modo evidente, en los artículos que regulan la legitimación procesal, reconocida en ambas leyes únicamente a sujetos colectivos (arts. 37 de la Ley 10/1997 y 35 de la Ley 31/2006, refiriéndose a los empresarios, los representantes de los trabajadores, la comisión negociadora y el Comité de Empresa Europeo o el órgano de representación de los trabajadores de la Sociedad Europea, así como los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales), y no así al trabajador individual.

Así, serán competentes para conocer de conflictos relacionados con derechos colectivos laborales en relaciones de trabajo con elemento internacional:

- a) Los Juzgados y Tribunales españoles del orden social, en materia de control de legalidad de los convenios colectivos celebrados en España y de pretensiones derivadas de conflictos colectivos de trabajo promovidos en territorio español (artículo 25.2 de la LOPJ).

A este respecto, el Tribunal Supremo ha señalado, en sentencia de 20 de julio de 2007 (Rº. 76/2006, Sala de lo Social), que, cuando el conflicto *no es una confrontación colectiva en sentido estricto* sino que afecta de forma directa a los contratos de trabajo y se sustancia de forma colectiva porque afecta a un grupo de trabajadores y se plantea de forma general, para aplicar el art. 25.2 LOPJ **el conflicto colectivo habrá de tener un elemento de conexión con el territorio nacional**, lo que se da si está presente alguno de los factores que recoge el artículo 25.1<sup>24</sup>, esto es, que los servicios se hayan prestado en España o el contrato de trabajo se haya celebrado en territorio español; cuando el domicilio del demandado se ubique en España o tenga aquí una sucursal, agencia o establecimiento<sup>25</sup>; cuando tanto trabajador como empresario posean nacionalidad española, cualquiera que sea el lugar de la prestación de servicios o de celebración del contrato; y en caso del contrato de embarque, si el contrato fue precedido de una oferta recibida en España por trabajador español<sup>26</sup>.

Por otro lado, nuestras normas procesales internas no atribuyen competencia específica a un órgano concreto para conocer de los conflictos colectivos que trascienden nuestras fronteras -cuyos efectos se extienden fuera de nuestras fronteras-, por lo que podrá ser competente un Juzgado de lo Social, el Tribunal Superior de Justicia o la Audiencia Nacional, que son los órganos a los que nuestra

<sup>21</sup> Resulta útil para comprender toda la dimensión de las normas residuales el cuadro comparativo incluido en CEBRIÁN SALVAT, M.A., "La competencia judicial internacional residual en materia contractual en España", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, nº 2, 2017, págs. 134-135

<sup>22</sup> Directivas 2009/38/CE, de 6 de mayo de 2009, "sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria"; y 2001/86/CE, de 8 de octubre de 2001 y 2003/72/CE, de 22 de julio de 2003, "sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas".

<sup>23</sup> PONS CARMENA, M., *La participación de los trabajadores en la empresa en el ámbito de la Unión Europea*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2016, p. 201.

<sup>24</sup> Un análisis de tales factores en MENÉNDEZ SEBASTIÁN, "Competencia judicial en el contrato laboral con elemento extranjero", cit., págs. 100-104.

<sup>25</sup> Señala acertadamente TODOLÍ SIGNES, *ob.cit.*, pág. 88, que en este último caso la norma aplicable sería el Reglamento *Bruselas I bis*, salvo que el conflicto no estuviera relacionado con dicho establecimiento.

<sup>26</sup> Véase al respecto, entre otras, la interesante sentencia del TSJ de Galicia, de 26 de abril de 2004 (Rº. 946/2004).

legislación procesal atribuye la competencia en instancia. Sin embargo, cada uno de ellos la ostenta conforme al principio de territorialidad, esto es, en función del ámbito territorial del conflicto. El problema aquí es que el ámbito del conflicto excede de la solución aportada por nuestro ordenamiento.

Por este motivo, el Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de abril de 2015 (Rº. 100/2014, Sala de lo Social), ha tenido que pronunciarse sobre este problema, al menos en un asunto planteado como conflicto colectivo donde la empresa es española, y la mayoría de trabajadores (900) tiene como lugar de trabajo una única Comunidad Autónoma (Extremadura), siendo 6 los trabajadores que ejercen su actividad en el extranjero. De este modo, en su Fundamento de Derecho Quinto sostiene que *“Puesto que las normas orgánicas sobre competencia jurisdiccional no atribuyen de forma expresa la misma a ningún tribunal español en casos como el presente, lo lógico es neutralizar el elemento de internacionalidad que el ordenamiento ignora. De este modo, el juez natural de un conflicto con proyección internacional es el mismo que lo sería si los efectos se desplegasen solo dentro de las fronteras del Estado. En consecuencia: 1) Las normas procesales solo determinan la competencia judicial en función del ámbito territorial del conflicto colectivo dentro de las fronteras españolas. 2) La existencia de trabajadores destacados en otros países comunitarios no puede alterar la competencia judicial. 3) No es equiparable la situación de la empresa que posee centros de trabajo en varias Comunidades Autónomas con la de aquella que solo está establecida en una Comunidad y tiene delegaciones internacionales”*. En definitiva, el juzgador en este tipo de conflictos con elemento de internacionalidad ha de ser el mismo que asumiría el asunto de no existir tal elemento; en el caso de autos, el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura.

- b) Los órganos jurisdiccionales españoles del orden social, en los litigios referidos a los derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria, cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los mismos o, en su defecto, cuando el demandado tenga su domicilio en España o cuando la obligación que sirviese de base a la demanda hubiese sido o debiese ser cumplida en territorio español (artículo 36.1 de la Ley 10/1997). La competencia de los órganos jurisdiccionales españoles del orden social se determinará de acuerdo con las reglas contenidas en los artículos 6 a 11 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social. Establece al respecto el artículo 36.2 Ley 10/1997 que, para determinar el órgano judicial competente, en los procesos de conflictos colectivos, sobre impugnación de convenios colectivos y sobre tutela de los derechos de libertad sindical se atenderá a la extensión de sus efectos en territorio español. En estos casos, en ausencia de acuerdo o de determinación expresa al respecto, el artículo 36.3 Ley 10/1997 dispone que se entenderá que el domicilio de la comisión negociadora y del comité de empresa europeo es el de la dirección central.
- c) Los órganos jurisdiccionales españoles del orden social conocerán de los litigios que se planteen en aplicación de la Ley 31/2006, cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los mismos o, en su defecto, el demandado tenga su domicilio en España o cuando la obligación que sirviese de base a la demanda hubiese sido o debiese ser cumplida en territorio español (artículo 34.1 de la Ley 31/2006). A la hora de determinar el órgano judicial competente para conocer un proceso de conflicto colectivo, sobre impugnación de convenios colectivos y sobre tutela de los derechos de libertad sindical producidos en el ámbito de esta Ley se atenderá, aquí también, a la extensión de sus efectos en territorio español, como señala el artículo 34.2 Ley 31/2006. Igualmente, en estos casos, en ausencia de acuerdo o de determinación expresa al respecto, se entenderá que el domicilio de la comisión negociadora y del órgano de representación es el de registro de la Sociedad Europea, conforme al artículo 34.3 Ley 31/2006.



### 3. Determinación de la ley aplicable en materia laboral colectiva

#### 3.1. Las normas aplicables en función del ejercicio individual o colectivo de los derechos colectivos laborales: ¿Reglamento (CE) nº 593/2008 –ROMA I- y/o Reglamento (CE) nº 864/2007 –ROMA II-?

A la hora de analizar las fuentes comunitarias reguladoras de la determinación de la ley aplicable en los conflictos que afecten al ejercicio extraterritorial de los derechos colectivos laborales en relaciones con elemento internacional o de extranjería, necesariamente se ha de distinguir entre el ejercicio individual (a) o colectivo (b) de los mismos.

**3.1. a)** Así, como ya hemos adelantado, las normas de conflicto comunitarias, cuando se dan las circunstancias en ellas exigidas, resultan plenamente aplicables a los litigios que surgen en relación al *ejercicio individual de los derechos laborales colectivos* y a sus consecuencias sobre la relación individual de trabajo, tanto a efectos de competencia judicial internacional (Reglamento *Bruselas I Bis* complementado por *Convenio de Lugano II*) –ya visto antes brevemente– como de determinación de ley aplicable (por aplicación del Reglamento (CE) nº 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las relaciones contractuales –conocido como *Roma I-*, que sustituyó al Convenio de Roma de 19 de junio de 1980; y/o por aplicación de la Directiva 96/71/CE).

Concretamente, por lo que respecta a la ley aplicable, la solución de los conflictos de leyes generados en relaciones de trabajo con elemento internacional, por ejemplo, por la existencia de conductas discriminatorias relacionadas con el ejercicio individual del derecho de libertad sindical o con el ejercicio de las funciones representativas, por la aplicación o inaplicación al trabajador del contenido de un acuerdo/convenio colectivo determinado, o por la participación del trabajador individual en una huelga o cualquier acción colectiva sometida al Derecho internacional privado que repercuta de forma negativa en su relación individual de trabajo, provocando por ejemplo su despido, o un descuento arbitrario sobre su retribución, vendrá dada por la aplicación del ordenamiento jurídico al que remitan los criterios de conexión del artículo 8 del Reglamento *Roma I*<sup>27</sup>, y por las leyes de policía y/o la excepción de orden público del país del foro y del país de ejecución del contrato de trabajo conforme a lo previsto en los artículos 9 y 21 del mismo Reglamento.

Ejemplos del uso de estos criterios de conexión en litigios donde se dirimen cuestiones relativas al ejercicio individual de derechos laborales colectivos pueden encontrarse, en nuestra jurisprudencia, en las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de octubre y de 27 de noviembre de 1982, sobre consecuencias de la participación en huelga prohibida según las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo<sup>28</sup>; y de 16 de febrero de 1994 (Rº. 351/1993, Sala de lo Social) y de 7 de julio de 1997 (Rº. 206/1997, Sala de lo Social), sobre ámbito de aplicación de convenio colectivo en relación de trabajo internacional.

Pero también pueden encontrarse sentencias de Tribunales Superiores de Justicia en las que se despeja cuál haya de ser la ley aplicable en supuestos de ejercicio individual de derechos colectivos con repercusión en el contrato de trabajo. Por ejemplo, del TSJ de Madrid pueden citarse las sentencias de 17 de diciembre de 2007 (Rº. 4382/2007), sobre convocatoria de huelga que provoca el despido del trabajador, considerado nulo como consecuencia de la aplicación del derecho griego; o de 17 de

<sup>27</sup> De forma resumida, pues es abundante la doctrina que ha estudiado este aspecto de la cuestión y no es la materia propia de este trabajo, la ley que gobierne el caso concreto vendrá dada por la aplicación alternativa de los criterios de *electio iuris*, *lex loci laboris*, *lex loci celebrationis* y, finalmente, los vínculos más estrechos.

<sup>28</sup> Una nota crítica a la aplicación de las leyes de policía extranjeras en estos casos, por incompatibles con los principios del orden público español, puede verse en GARDEÑES SANTIAGO, M., “Derecho imperativo y contrato internacional de trabajo”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 132, 2017, pág. 173.

noviembre de 2014 (Rº. 609/2014), sobre lesión del derecho de libertad sindical de trabajador sujeto de una relación de trabajo con elemento internacional. También resulta especialmente interesante la sentencia del TSJ de Galicia, de 26 de abril de 2004 (Rº. 946/2004), donde se establece que la calificación, validez y eficacia de acuerdos colectivos extranjeros ha de hacerse conforme a la legislación aplicable al acuerdo, la extranjera, y no conforme a la legislación española, aunque, en todo caso, en su aplicación a la relación individual de trabajo habrán de respetarse las normas de orden público del foro, lo que lleva a considerar nula una cláusula del citado acuerdo, por contraria al principio de no discriminación por razón de la edad existente en el ordenamiento jurídico español.

**3.1.b)** Sin embargo, el Reglamento *Roma I* no contiene reglas de conflicto de leyes aplicables al *ejercicio colectivo de los derechos colectivos laborales*<sup>29</sup>, quizás porque no son tan numerosos los supuestos conflictivos vinculados con más de un ordenamiento jurídico, a diferencia de lo que ocurre con los que afectan a la relación individual de trabajo.

De modo similar a como sucede con las cuestiones de competencia judicial, las cuestiones conflictivas relativas a la determinación de la ley aplicable al régimen jurídico sindical (constitución de sindicatos y organizaciones empresariales, capacidad de obrar, funcionamiento interno, responsabilidad civil o penal y hasta patrimonial); a los requisitos para el establecimiento de sistemas de participación o representación de los trabajadores en la empresa y a su funcionamiento (competencias, garantías, facilidades de actuación etc.); a los requisitos para la negociación y aplicación de convenios colectivos, a su validez y eficacia; o a las condiciones de ejercicio del derecho de huelga u otras medidas de conflicto colectivo y sus consecuencias, no se encuentran contempladas dentro del ámbito de aplicación del Reglamento *Roma I*, de modo que los criterios de conexión previstos en este Reglamento no les resultan aplicables<sup>30</sup>.

Por este motivo, cuando se plantea la cuestión relativa a cuáles puedan ser los criterios de conexión a utilizar para resolver el problema de determinación de la ley aplicable que pueda afectar a tales derechos no resulta sencillo dar una respuesta inequívoca o irrefutable, pues son muchos los interrogantes que hay que enfrentar. En este trabajo se proponen algunas respuestas, aunque no puedan considerarse concluyentes. De este modo:

**1º)** Comenzando con el **derecho de libertad sindical**, las cuestiones litigiosas pertenecientes al derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas (que afecten por tanto, en lo que aquí interesa, a *organizaciones sindicales o empresariales*) relativas a materias como la constitución, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno, la disolución, el régimen de responsabilidades, etc., se encuentran expresamente excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento *Roma I* en su artículo 1.2.f)<sup>31</sup>.

Si se trae en este punto, a falta de norma de conflicto aplicable, la jurisprudencia del TJUE en materia de sociedades, puede destacarse la doctrina siguiente<sup>32</sup>: (1) en primer lugar, que las sociedades

<sup>29</sup> Lo explica muy claramente LABORDE, J.P., "Les rapports collectifs de travail en droit internationale privé", *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, 13e année, 1995-1998. 2000, pág. 173, cuando dice que « *La convention de Rome n'a pas entendu s'appliquer aux conventions collectives : l'article 6 précise bien que c'est le contrat individuel de travail et que la loi de ce contrat englobe les conventions collectives, donc, sur ce point-là c'est très clair. Mais, il n'y a pas de dispositions et elle n'entend pas s'appliquer au rapport collectif de travail* ».

<sup>30</sup> En el mismo sentido, FOTINOPOULOU BASURKO, *La determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo internacional*, cit., p. 74.

<sup>31</sup> Sostiene la doctrina sobre esta exclusión que "es indudable que el Reglamento debe ser compatible, en este punto, con las propias normas comunitarias relativas a la política de sociedades, y que este sector del ordenamiento tiene una dimensión institucional que escapa razonablemente de un régimen de obligaciones contractuales". Cfr. FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, cit., pág. 446. Sin embargo, en el caso que nos ocupa no resulta aplicable el derecho europeo societario, más específico.

<sup>32</sup> En extenso, GARCIMARTÍN, F., (2015), "De nuevo sobre la ley aplicable a las sociedades en Europa: ¿hacia un futuro

son “creaciones” del Derecho nacional, por lo que solo existen en la medida en que hayan sido “creadas” al amparo del Derecho de un Estado miembro<sup>33</sup>; (2) y en segundo lugar, cada Estado establece las condiciones para que una sociedad pueda constituirse bajo su propio ordenamiento y, en particular, el punto de conexión que la vincula con el mismo ordenamiento y la hace, en ese caso, titular de la libertad de establecimiento<sup>34</sup>, sea el domicilio estatutario o la sede de su administración efectiva.

En consecuencia, a esas cuestiones resultará aplicable el derecho nacional, de modo que la ley personal de estas asociaciones, que podrá ser la determinada por su nacionalidad, será la que deba aplicarse en cuestiones litigiosas relativas a esta materia, sin perjuicio de la posible aplicación de las leyes de policía de otros ordenamientos jurídicos. Concretamente, en nuestro caso, dispone el artículo 9.11 del Código Civil que “*la ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad, y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción. En la fusión de sociedades de distinta nacionalidad se tendrán en cuenta las respectivas leyes personales*”. Por lo que se refiere a las organizaciones sindicales conforme al derecho nacional, son la Ley Orgánica 11/1985, de 1 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS) y resto de normas del ordenamiento laboral donde se regula todo lo relativo a su constitución, capacidad, etc., disponiendo el artículo 4 LOLS que dichas organizaciones adquieren personalidad jurídica y plena capacidad de obrar a los 20 días hábiles del depósito de sus estatutos en la oficina pública correspondiente a su ámbito territorial de actuación.

Por su parte, los derechos y obligaciones de las organizaciones sindicales hacia sus afiliados y viceversa, esto es, los conflictos que puedan surgir entre un sindicato y sus afiliados, trabajen estos últimos donde trabajen e incluyendo por tanto la obligación de prestarles servicios y apoyo cuando trabajan en el extranjero<sup>35</sup>, se encuentran igualmente sometidos a la ley que se aplica al sindicato.

En realidad, si los sindicatos están sujetos a la ley del país de su creación, que generalmente determina su capacidad para representar a los trabajadores en un territorio específico, que habitualmente coincide con el ámbito territorial y funcional de actuación de la organización prevista en sus normas internas (Estatutos o reglamentos de actuación), hemos de ser conscientes de que las actividades sindicales transnacionales, o allende las fronteras del territorio en el que estas organizaciones se han creado, están limitadas por ese principio de territorialidad. Por ello, son en realidad las organizaciones internacionales de trabajadores las que, en ocasiones de forma conjunta con organizaciones sindicales nacionales, y en otras de forma aislada, llaman a la realización de acciones de conflicto colectivo de carácter transnacional o negocian acuerdos marco globales o internacionales (AMI) con las empresas multinacionales, consideradas como un espacio claro de acción para las organizaciones sindicales, respecto no sólo de las relaciones laborales en los centros que éstas poseen en terceros países (esto es, la compañía matriz y sus entidades locales o filiales) sino, principalmente, en las empresas integrantes de la conocida como *cadena de suministro* o *cadena global de producción* (proveedores y subcontratistas), presentes también en terceros países en los que la normativa protectora de los derechos de los trabajadores es escasa o, sencillamente, inexistente, y donde la acción sindical encuentra todo tipo de obstáculos. La aplicación o no de las normas de conflicto comunitarias a estos acuerdos marco internacionales ha sido objeto de estudio de la doctrina internacional

---

reglamento?”. Disponible en: <https://almacendederecho.org/de-nuevo-sobre-la-ley-aplicable-a-las-sociedades-en-europa-hacia-un-futuro-reglamento/> (visto el 7 de junio de 2019).

<sup>33</sup> “*Las sociedades son creación del Derecho y, en el estado presente del Derecho europeo, creaciones del Derecho nacional. Sólo existen en virtud de las diversas leyes nacionales que determinan su constitución y funcionamiento*” (asuntos C-81/87, *Daily Mail*, ap. 19; C-208/00, *Überseering*, ap. 67; C-210/06, *Cartesio*, ap. 104; C-378/10, *Vale Epitesi*, ap. 27)

<sup>34</sup> “... un Estado miembro... tiene el poder incuestionable para definir el punto de conexión requerido para que esa sociedad sea considerada como válidamente constituida de acuerdo con su Derecho y, como tal, sujeto de la libertad de establecimiento y el factor de conexión requerido para que la sociedad pueda mantener, subsiguientemente, tal status” (asunto C-378/10, *Vale Epitesi*, ap. 29).

<sup>35</sup> Esta idea puede verse en CARBALLO PIÑEIRO, *International Maritime Labour Law*, cit., pág. 233.

privatista<sup>36</sup>, que no ha llegado a conclusiones indiscutibles al respecto. Más concluyente resulta, sin embargo, la escasa doctrina laboralista que se ha pronunciado sobre el tema<sup>37</sup>.

2º) Para resolver los litigios sobre **representación de los trabajadores en las empresas** (elección o designación, funciones representativas, competencias, derechos y garantías, etc.) cuando existe un elemento de extranjería (normalmente, trabajador de un país prestando servicios en una empresa de un país diferente, y en donde surge la duda respecto de los derechos que le asisten en materia de representación), ha de partirse del hecho indudable de que cada Estado puede y suele regular esta cuestión de manera diversa, contemplándola desde una lógica interna. Además, debe tenerse presente que la materia ha sido objeto de distintas Directivas comunitarias con ánimo de armonizar su tratamiento en los distintos países de la Unión Europea<sup>38</sup>.

Normalmente, a estas cuestiones litigiosas les ha sido aplicada la ley seleccionada con base en el principio de territorialidad<sup>39</sup>, esto es, la ley del lugar en el que se van a ejercitar estos derechos; en otras palabras, la ley aplicable en el centro de trabajo. Pero esta aplicación se produce porque, como la doctrina ha expresado recientemente a la luz de la jurisprudencia francesa en la materia<sup>40</sup>, en el ámbito del derecho internacional privado, la normativa estatal sobre representación de los trabajadores se considera como ley de policía, que se impone a toda empresa que desarrolle su actividad con trabajadores contratados en su territorio<sup>41</sup>, independientemente de dónde la empresa tenga su sede, lo que incluso podría dar lugar a la existencia de una doble representación si tales trabajadores contaran con los órganos de representación previstos en la legislación aplicable al Estado donde la empresa tenga su sede.

Un ejemplo de esta situación se observa en la decisión de la Cour de Cassation francesa, de 14 de enero de 2004 (nº de recurso 02-60119), resolviendo la demanda sobre el derecho a organizar elecciones a delegados de personal planteada entonces por los trabajadores de una empresa holandesa contratados en Francia para prestar servicios en este país, en la que el tribunal establece que « *Mais attendu, d'abord, que le juge du fond ayant souverainement constaté que les salariés employés par la société AGIO en permanence sur le territoire français ne bénéficient d'aucune représentation du personnel sur ce territoire pour l'exercice de leurs droits collectifs et la sauvegarde des intérêts spécifiques défendus par les*

<sup>36</sup> Por citar alguno reciente, véanse VAN HOEK, A.A.H., "Finding a legal framework for transnational collective agreements through international private law", *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper*, Centre for the Study of European Contract Law, 2016-02; SALÉS PALLARES, L. y MARULLO, M.C., "El ángulo muerto del derecho internacional: las empresas transnacionales y sus cadenas de suministro", *Persona y Derecho*, Vol. 78, 2018, págs. 261-291.

<sup>37</sup> FOTINOPOULOU BASURKO, O., "Las relaciones colectivas de trabajo en el Derecho Internacional Privado", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 132, 2017.

<sup>38</sup> Deben, en todo caso, respetarse las Directivas 2009/38/CE, de 6 de Mayo de 2009, "sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria"; 2001/86/CE, de 8 de Octubre de 2001 y 2003/72/CE, de 22 de Julio de 2003, "sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas"; y 2002/14/CE, de 11 de Marzo de 2002, "por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta a los trabajadores en la Comunidad Europea", aplicable en empresas o centros de trabajo localizados en Europa que tengan una dimensión determinada. Disponen todas ellas, con carácter general, que es competencia de los Estados miembros determinar a través de las normas nacionales de transposición los mecanismos adecuados para garantizar su cumplimiento, obligando a estas normas a tutelar la aplicación de los derechos participativos más allá de sus fronteras (por ejemplo, se contempla en ellas la posibilidad de responsabilizar a una dirección central o empresarial, o a un órgano competente de la Sociedad Anónima europea, y a sus trabajadores o a los representantes, estén situados o no en su territorio nacional).

<sup>39</sup> Con cita de jurisprudencia alemana, véase CARBALLO, *International Maritime Labour Law*, cit., pág. 303.

<sup>40</sup> Véanse LABORDE, "Les rapports collectifs de travail en droit internationale privé", cit., págs. 156 y ss.; FITA ORTEGA, F., "El impacto del actual contexto productivo en los derechos de representación de los trabajadores", *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, nº 46, 2017, pág. 124.

<sup>41</sup> La Cour de Cassation, civile, Chambre sociale, 14 février 2001, 99-60.355, mantuvo que « *Toute personne juridique ayant son siège à l'étranger, qui, pour exercer son activité emploie des salariés sur le territoire français, exerce les responsabilités de l'employeur selon la loi française, et doit appliquer les lois relatives à la représentation des personnels dans l'entreprise ou l'organisme, au sens de l'article L. 421-1 du Code du travail* ».

*délégués du personnel, il en résulte que l'application immédiate de la loi française donnant le droit à ces salariés d'être représentés par des délégués du personnel au niveau le plus approprié permet d'apporter une solution au litige qui a pour seul objet la demande d'organisation d'élections à cette fin, de sorte qu'il n'y a pas lieu à renvoi préjudiciel* ». En otras palabras, constatado que los trabajadores contratados por la sociedad holandesa para trabajar en territorio francés no disponían de representantes para el ejercicio de sus derechos colectivos y la defensa de sus intereses específicos, aplicarles la legislación francesa dándoles derecho a estar representados por delegados de personal permite resolver un litigio que tiene por único objeto la demanda de organización de elecciones con esta finalidad. Y esta solución se dio por el tribunal aun cuando la empresa holandesa alegaba no tener establecimiento acreditado ni estructura alguna en el país de acogida, Francia, lo que la propia Corte desmiente con el siguiente argumento, aplicando la legislación francesa vigente en aquel momento y la noción de colectividad de trabajo con intereses comunes: «*Attendu, ensuite, que le jugement attaqué, après avoir relevé que la société AGIO, qui dispose d'une organisation économique implantée sur le territoire français, exerce les responsabilités de l'employeur sur une collectivité de travail formée sur ledit territoire par plus de 10 salariés en présence d'un directeur et ayant des intérêts communs, a exactement décidé qu'il existait un établissement au sens de l'article L. 421-1 du Code du travail et que l'employeur devait organiser les élections des délégués du personnel; que le moyen n'est pas fondé*». En definitiva, aplicando el Código de Trabajo francés vigente entonces<sup>42</sup>, la Cour de Cassation entendió, con el claro precedente de la decisión de 14 de febrero de 2001 (nº de recurso 99-60355), que la empresa holandesa disponía de una organización económica en territorio francés y ejercía la responsabilidad como empleador sobre una colectividad conformada por más de 10 trabajadores dependientes de un director y con intereses comunes, lo que obligó a la empresa a acceder a la solicitud de organización de elecciones a delegados de personal.

En nuestra jurisdicción, con relación a las competencias de los representantes de los trabajadores y vinculada a la *lex contractus*, puede traerse a colación la opinión del Tribunal Supremo, expresada en sentencia de 7 de julio de 1997, en la cual, sin entrar a valorar si la norma de conflicto aplicable es el artículo 10.6 del Código Civil o son los artículos 3 y 6.1 del Convenio de Roma de 1980, precedente del Reglamento *Roma I* y aplicable entonces, señala que, en la medida en que los trabajadores de la empresa española –de nacionalidad austríaca y contratados en Austria para prestar servicios en aeronaves que cubren la ruta de Austria a las islas griegas– no estaban representados por la representación legal española a los efectos de la negociación colectiva, tampoco lo estaban a los efectos de entregarles la copia básica del contrato suscrito con aquellos y no sujeto, con carácter principal, a la legislación española.

**3º)** En los litigios sobre **impugnación de los convenios colectivos** –acaecidos principalmente, en ámbito transnacional, como consecuencia de la suscripción del convenio tras recurrir los sindicatos al uso de medidas de presión y conflicto colectivo como huelgas, boicots, acciones de solidaridad etc.– pero también en los de **interpretación y aplicación de un convenio en una relación individual de trabajo con elemento de extranjería**, es necesario, primeramente, determinar la ley aplicable a su existencia, su eficacia, la validez de su firma y su ámbito de aplicación, si lo que se quiere es precisamente cuestionar este tipo de materias.

En la búsqueda de una regla de conflicto de la que valerse al respecto, son diversas las opiniones y propuestas doctrinales<sup>43</sup>. De este modo, se ha sostenido que les será de aplicación la ley del país donde más contratos de trabajo haya sometidos al ámbito de aplicación del convenio colectivo,

<sup>42</sup> Sobre la reforma más reciente del Código del Trabajo puede verse JEAMMEAUD, A., “La reforma Macron del Código del Trabajo francés”, *Temas Laborales*, nº 139, 2017, págs. 13-54.

<sup>43</sup> Véase FOTINOPOULOU BASURKO, *La determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo internacional*, cit., pág. 69, y las citas de otros autores que incluye en su texto.

o donde se ejecuten la mayor parte de las relaciones de trabajo cubiertas por el convenio. Otros consideran más oportuno dejar a los sujetos negociadores la determinación de la ley reguladora del convenio colectivo, aplicable en caso de conflicto de leyes.

En realidad, la existencia de distintas propuestas doctrinales no es tan extraña como en principio pudiera estimarse, sino un resultado previsible de la posible norma de conflicto a aplicar. Y es que a este tipo de litigios les resulta de aplicación el Reglamento *Roma I*<sup>44</sup>, de modo que, en primer lugar, habrá que estar, según el artículo 3.1, a la autonomía de las partes como regla de conflicto (en este sentido, los convenios pueden incluir una cláusula sobre legislación aplicable, aunque lo habitual es que la elección sea tácita). En la práctica, señala la doctrina<sup>45</sup> que las partes tienden a aplicar la ley más próxima al convenio colectivo, ya que, de no hacerlo así y remitirse a un ordenamiento extranjero, el artículo 3.3 del Reglamento *Roma I* introduce límites a su autonomía, puesto que todos los mandatos imperativos de derecho colectivo vigentes en el Estado al que se refieren todos los elementos del caso –salvo la ley a la que se someten– resultan aplicables<sup>46</sup>.

En ausencia de elección, la ley aplicable conforme al artículo 4.2 *Roma I* sería la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato. En otras palabras, resultaría aplicable la ley del lugar donde reside habitualmente la parte obligada a la prestación característica del convenio colectivo. Sin embargo, dado que aquí estamos hablando de litigios relativos a la aplicación y/o impugnación de un convenio colectivo, donde la prestación característica del contrato es compleja, el artículo 4.2 no puede aplicarse de forma literal. En consecuencia, la doctrina ha considerado que en este caso hay que recurrir a la ley del país con el que el convenio tiene un vínculo más estrecho<sup>47</sup>, aplicando el artículo 4.4 *Roma I* en lugar del artículo 4.2. Y es en la identificación de los posibles factores de conexión entre convenio y país donde surgen las propuestas a las que antes se hizo mención, así como muchas otras (por ejemplo, el ámbito territorial del convenio; la nacionalidad y residencia habitual de las partes; el lenguaje utilizado; la ley del lugar donde las obligaciones reguladas por el convenio vayan a llevarse a cabo, etc.)<sup>48</sup>.

Será el juzgador quien, en función de estos criterios de conexión, determine la ley aplicable al convenio colectivo<sup>49</sup>, que regirá en consecuencia, conforme disponen los artículos 10 a 12 del Reglamento *Roma I*, su existencia, validez, eficacia, interpretación, el cumplimiento de las obligaciones que genere, las consecuencias de su incumplimiento y de su nulidad, o los modos de extinción de sus obligaciones.

Ahora bien, como límite se prevé la preceptiva aplicación de las leyes de policía, entendiendo

<sup>44</sup> Si bien se refieren al acuerdo marco internacional y no exactamente al convenio colectivo, puede verse VAN HOEK, A. y HENDRICKX, F. (Coord.), *International private law aspects and dispute settlement related to transnational company Agreements*, 2009, pág. 9, donde dicen: “*The distinction between contractual and non-contractual liability determines the application of Article 5(1) as opposed to Article 5(3) of the Brussels I Regulation as well as the respective scopes of application of the Rome I and Rome II Regulations. According to the ECJ, the concept of ‘contractual matters’ refers to obligations taken on voluntarily by one party towards another. The obligations do not have to qualify as contractual under national law. The concept is a relatively wide one. We conclude from this that the commitments of an employer as laid down in a TCA may come within the concept of contract when the commitments are claimed to be legally binding and specific enough as to their scope and content*”

<sup>45</sup> CARBALLO PIÑEIRO, *International Maritime Labour Law*, cit., pág. 261.

<sup>46</sup> “Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo”.

<sup>47</sup> En este sentido, CARBALLO PIÑEIRO, *International Maritime Labour Law*, cit., págs. 259 y 262; también FOTINOPOULOU BASURKO, “Las relaciones colectivas de trabajo en el Derecho Internacional Privado”, cit., pág. 226.

<sup>48</sup> Véase CARBALLO, *International Maritime Labour Law*, cit., pág. 262.

<sup>49</sup> Resulta interesante aquí la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 26 de abril de 2004 (Rec. Supl. 946/2004), cuando dice que “*los acuerdos de 15.11.1993 y de 25.2.2003 no son calificables como acuerdos sobre materias concretas, ni en la cuestión de su validez y eficacia es trascendente su carácter estatutario o extraestatutario, simplemente porque esas calificaciones son propias de la legislación española, que en este aspecto resulta inaplicable –si lo fuese, se llegaría al absurdo que cualquier acuerdo colectivo extranjero, válido y eficaz conforme al derecho extranjero, sería tratado como extraestatutario en España–*”.

por tales, conforme al artículo 9 del Reglamento *Roma I*, las disposiciones cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable. Se refiere el legislador comunitario a las pertenecientes al derecho del Estado cuyos tribunales conocen del asunto, así como del Estado donde se ejecuta el contrato.

A este respecto, destaca en nuestra jurisdicción la sentencia del TSJ de Galicia, de 26 de abril de 2004 (Rº. 946/2004), en la que la Sala, debido a “*la integración de los derechos fundamentales dentro del orden público español*”, reconoce que no puede dejar de aplicar las disposiciones imperativas españolas relativas a la discriminación por razón de edad, lo que le lleva a declarar nula conforme al derecho español vigente una cláusula del acuerdo colectivo extranjero aplicable a la relación de trabajo “*al ser contraria a la prohibición de discriminación por razón de edad avanzada y, en consecuencia, el no llamamiento del demandante, avalado en esa cláusula, no puede considerarse amparado en causa justa de extinción del contrato de trabajo...*”.

Y es que, evidentemente, los Tribunales nacionales sí que pueden conocer, en los litigios sobre contratos individuales de trabajo, de la validez o eficacia de un convenio colectivo extranjero, de acuerdo con las leyes que lo regulen. Pero ese convenio colectivo habrá de respetar las leyes de policía del foro y del Estado en donde se ejecuta el contrato de trabajo, contrato que está regido no sólo por las normas legales y reglamentarias sino también, en su caso, por los convenios colectivos vigentes en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico que resulte aplicable a dicho contrato de acuerdo con lo previsto en el artículo 8 del Reglamento *Roma I*<sup>50</sup>.

Para finalizar este apartado, debo señalar que, aunque en algún ordenamiento se ha admitido la posibilidad de que el convenio goce directamente de una aplicación extraterritorial, sobre todo en el caso de trabajadores desplazados con derecho a retornar, siempre que existan suficientes vínculos con el país de origen del convenio y con la empresa ubicada allí<sup>51</sup>, lo habitual es que ello se vincule con la ley aplicable al contrato de trabajo, de manera tal que se admite la aplicación del convenio a relaciones laborales fuera del territorio para el que fue negociado, pero por el hecho de que tales contratos de trabajo están sometidos a la legislación del citado territorio. Y lo contrario: no se admite la inclusión dentro del ámbito de aplicación del convenio de tales relaciones de trabajo porque a ellas se aplica legislación extranjera<sup>52</sup>.

4º) En los litigios planteados a partir de la realización de una **huelga internacional o la adopción de otras medidas de conflicto colectivo**, son varios los temas a tratar. El primero es la cuestión de la ley aplicable a la calificación de la licitud de la huelga u otras medidas de conflicto colectivo, que debe diferenciarse de la determinación de aquella aplicable a sus consecuencias.

En la primera de las cuestiones –**cuál es la ley aplicable a la determinación de la licitud o ilicitud de la huelga**–, no existe regla conflictual alguna en el ámbito comunitario. Pero es ciertamente un aspecto esencial en estos conflictos, por las consecuencias que tal calificación tiene sobre los contratos individuales de trabajo y sobre la posibilidad de reclamar compensación por los daños que eventualmente pudieran producirse. Lo cierto es que la cuestión de la licitud o ilicitud de la acción no es algo que se plantee en abstracto, sino que normalmente viene vinculado a una demanda planteada por los efectos que la participación en tal acción produce sobre el contrato de trabajo, o

<sup>50</sup> Por todos, LABORDE, “*Les rapports collectifs de travail en droit internationale privé*”, cit., pág. 159, donde señala que « *En droit international privé tout au contraire, la loi compétente est en réalité l'ordre juridique compétent* ».

<sup>51</sup> En este sentido, CARBALLO PINÉIRO, *International Maritime Labour Law*, cit., pág. 253, citando jurisprudencia alemana al respecto.

<sup>52</sup> Esta idea puede extraerse de la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1997 (Rec. Cas. 206/1997).

de reclamación por daños, en supuestos, como la doctrina ha apuntado<sup>53</sup>, en los que existe divergencia entre la ley que regula los contratos de trabajo –la del Estado de origen- y la normativa que rige el conflicto colectivo en el país donde se encuentran los trabajadores. En otras palabras, suele tratarse de una cuestión incidental o accesorio al pleito principal.

Son muchos los partidarios de la aplicación de la ley del lugar donde se desarrolla la huelga (*locus actus o lex loci actus*)<sup>54</sup>, lugar donde la normativa en materia de huelga suele tener reconocida la naturaleza de las normas imperativas absolutas o de orden público<sup>55</sup>, y que normalmente coincide con el lugar en el que los trabajadores que la secundan prestan servicios, aunque el empresario contra el que se dirige la acción no esté domiciliado en el mismo, y que se corresponde a su vez con el foro al que compete conforme a la norma de conflicto sobre competencia judicial aplicable a la responsabilidad por los daños causados (artículo 7.2 Reglamento *Bruselas I bis*), dada su calificación como materia delictual o cuasidelictual.

Respecto de la segunda cuestión –**la determinación de la ley aplicable a las consecuencias de la huelga**–, hay que distinguir, a su vez, entre, por un lado, (a) la cuestión relativa a la ley aplicable a los efectos que tal acción produce sobre el contrato de trabajo de los huelguistas (*Roma I*) y, por otro, (b) la relativa a la ley aplicable a la responsabilidad derivada de los daños provocados durante y por causa de la misma (*Roma II*).

(a) La primera cuestión, ya resuelta *supra* mediante la aplicación de las reglas de conflicto del Reglamento *Roma I*, plantea a su vez el problema de qué sucede cuando la ley aplicable que determina la ilicitud de la huelga –ley del lugar donde se desarrolla la acción- no coincide con la ley que se aplica al contrato individual de trabajo, respecto de los efectos que sobre el mismo produce la participación del trabajador en la huelga declarada ilícita conforme a la ley aplicable. Pudiera ser que, de acuerdo con el ordenamiento aplicable al contrato, dicha huelga hubiera sido calificada como lícita, de modo que los efectos sobre el contrato debieran ser otros.

Sobre esta cuestión lo cierto es que existen pronunciamientos antiguos de tribunales franceses, con los que la doctrina ha sido muy crítica<sup>56</sup>, en los que, por ejemplo<sup>57</sup>, el despido del trabajador se declara procedente al haberse considerado ilícita la huelga, y su participación en la misma ilegal también, conforme a la ley del lugar donde se desarrolló la acción (Gabón y Sudáfrica). Es el mismo caso que resuelve nuestro Tribunal Supremo en sentencia de 27 de noviembre de 1982, aplicando las normas de orden público del país donde se realiza la huelga (Sudáfrica), considerada conforme a su ordenamiento un acto prohibido. Coinciden ambas en obviar el carácter de normas de orden público de la legislación francesa y española en materia de huelga, que hubiera impedido legitimar los efectos que la participación en las huelgas “ilícitas” tuvo en los contratos de trabajo.

(b) En el segundo caso, el empresario podrá reclamar la responsabilidad de los trabajadores o de los sindicatos. Así, reclamará por los daños y perjuicios causados por una acción colectiva que no está amparada por el derecho. Para determinar la ley aplicable a la responsabilidad por daños, el Reglamento n° 864/2007, del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (*Roma II*) contiene, además de una regla de

<sup>53</sup> Véase FOTINOPOULOU BASURKO, O., “La responsabilidad del sindicato en huelgas transnacionales (Primera parte)”, *Tribuna Social*, n° 238, 2010, pág. 51.

<sup>54</sup> Véase un listado en CARBALLO PIÑEIRO, *ibidem*, pág. 269, notas a pie 156, 157 y 160. También LAURICHESSE, C., *La grève en droit internationale privé*, Droit. Université de Bourgogne, 2014, <NNT: 2014DIJOD008> pág. 107.

<sup>55</sup> Véase un ejemplo de ello en la sentencia del Tribunal Supremo español de 27 de noviembre de 1982, considerando la prohibición de la huelga en la República de Sudáfrica como *norma de orden público aplicable en el lugar de trabajo*.

<sup>56</sup> Véase LABORDE, “*Les rapports collectifs de travail en droit internationale privé*”, cit., pp. 157-158.

<sup>57</sup> Decisiones de la Cour de Cassation, de 17 junio 1982 y 16 junio 1983 (también sobre la República de Sudáfrica).



libertad de elección en el artículo 14 que resulta plenamente aplicable en estos supuestos<sup>58</sup>, una norma de conflicto especial en su artículo 9<sup>59</sup>, donde establece que “*la ley aplicable a una obligación extracontractual respecto de la responsabilidad de una persona en calidad de trabajador o de empresario o de las organizaciones que representen sus intereses profesionales por los daños causados por una acción de conflicto colectivo futura o realizada, será la ley del país en el que se haya emprendido la acción o vaya a emprenderse*” (*locus actus* o *lex loci actus*), salvo que, “*cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplicará la ley de dicho país*” (artículo 4.2 Reglamento *Roma II*).

Lo que este último artículo no resuelve es qué sucede cuando hay múltiples sujetos que causan el daño, o más de una víctima de la acción colectiva con lugar de residencia en países diferentes, lo que podría dar lugar a la aplicación del foro por conexidad del artículo 8.1 Reglamento *Bruselas I bis*. En estos casos, la doctrina<sup>60</sup> considera que este tipo de acción colectiva no sólo requiere un alto grado de previsibilidad respecto de la ley aplicable sino también que todas las partes implicadas sean capaces de coordinar su acción. Y para hacer esto es preciso, o deseable al menos, que todos puedan basarse en el mismo sistema legal para determinar la licitud o ilicitud de la acción.

En definitiva, para determinar la ley aplicable a la responsabilidad por daños provocados por una acción de conflicto colectivo, las reglas serán: en primer lugar, la libertad de elección conforme al artículo 14 del Reglamento *Roma II* (“*las partes podrán convenir someter la obligación extracontractual a la ley que elijan: a) mediante un acuerdo posterior al hecho generador del daño... La elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de las circunstancias del caso y no perjudicará los derechos de terceros*”); en segundo lugar, en defecto de elección se aplicará el artículo 4.2 del Reglamento, que vela por la aplicación, en ciertos supuestos, de la ley del país de residencia común de las partes del litigio; y por último, en caso de que ninguna de las dos reglas anteriores entre en juego, se aplicará lo previsto en la regla especial del artículo 9, esto es, la ley del país en que la acción colectiva se lleva a cabo o va a emprenderse<sup>61</sup>.

Debe tenerse en cuenta por último que, al igual que sucede con las obligaciones contractuales, el artículo 16 del Reglamento *Roma II* establece que lo previsto en el Reglamento no afecta a la aplicación de las disposiciones de la ley del foro que tengan carácter imperativo, cualquiera que sea la ley aplicable a la obligación extracontractual. En definitiva, el precepto contempla la aplicación en estos supuestos de las *leyes de policía*, esto es, de aquellas normas consideradas tan importantes para un Estado que este exige su aplicación en cuanto la situación jurídica litigiosa presenta un vínculo con su territorio, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato, siendo entonces aplicadas tales normas de oficio por el juzgador<sup>62</sup>. Y, por su parte, el artículo 26 también contempla la posibilidad de excluir la aplicación de una disposición de la ley aplicable conforme al Reglamento si dicha aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro.

<sup>58</sup> Una crítica a su aplicación, en REQUEJO ISIDRO, M., “Elección de ley aplicable y responsabilidad contractual: ¿cambio de orientación en el modelo conflictual?”, *Revista de Derecho*, nº 8 (noviembre 2013), pág. 222.

<sup>59</sup> Un análisis detallado en FOTINOPOULOU BASURKO, O., “La responsabilidad del sindicato en huelgas transnacionales (Segunda parte)”, *Tribuna Social*, nº 239, 2010, págs. 39-47.

<sup>60</sup> DORSSEMENT y VAN HOEK, “Collective action in labour conflicts under the Rome II Regulation (Part II)”, cit., pág. 109.

<sup>61</sup> Evidentemente, hay supuestos en los que esta regla no parece la más adecuada. Al respecto puede verse FOTINOPOULOU BASURKO, “La responsabilidad del sindicato en huelgas transnacionales (Segunda parte)”, cit., pág. 42.

<sup>62</sup> Puede verse este concepto de ley de policía en el Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización, COM (2002) 654 final, pág. 36.

### 3.2. La aplicabilidad de la Directiva 96/71/CE a las relaciones colectivas de trabajo: las disposiciones de orden público

La Directiva 96/71/CE, de 19 de diciembre de 1996, del Parlamento europeo y del Consejo, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, no es exactamente una norma de armonización de las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores desplazados temporalmente en el marco de una prestación de servicios transnacional en el espacio de la Unión Europea, ni una norma de conflicto. Su objetivo es garantizar la aplicación a estos trabajadores de unas condiciones de trabajo mínimas existentes en el Estado Miembro al que se desplazan, cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato individual de trabajo, tratando con ello de evitar el *dumping* social entre empresas que actúen en el tráfico jurídico dentro de la Unión Europea. Esta Directiva ha sido modificada por la Directiva (UE) 2018/957, de 28 de junio de 2018<sup>63</sup>, que en su artículo 3, relativo a su transposición y aplicación, reconoce a los Estados miembros, con fecha límite de 30 de julio de 2020, el deber de adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, comenzando a aplicar dichas medidas a partir de dicha fecha. Hasta entonces, la Directiva 96/71/CE seguirá siendo aplicable en su redacción anterior a las modificaciones introducidas por la Directiva 2018/957.

Aunque el artículo 3.1 de la Directiva 96/71/CE no incluía a los derechos colectivos entre los derechos a garantizar por los Estados Miembros donde trabaje el trabajador desplazado en el marco de una prestación de servicios transnacional, sí era posible que las leyes de transposición nacionales de la Directiva añadieran a la enumeración de derechos individuales contenidos en ésta otros derechos colectivos, con base en su artículo 3.10, donde se señala que “*la presente Directiva no impedirá que los Estados miembros, de conformidad con las disposiciones del Tratado, impongan a las empresas nacionales y a las empresas de otros Estados, por igual... condiciones de trabajo y empleo referidas a materias distintas de las enumeradas en el párrafo primero del apartado primero, en la medida en que se trate de disposiciones de orden público*”.

Como disposiciones de orden público deben entenderse las disposiciones obligatorias, que no se pueden derogar y que, por su naturaleza y objetivos, responden a las exigencias imperativas del interés público (STJUE de 19 de junio de 2008, asunto C-319/06, *Comisión contra Luxemburgo*). Ahora bien, la doctrina internacional privatista<sup>64</sup> señala que no todas las normas de orden público interno, entendidas como el “*conjunto de normas imperativas de un ordenamiento jurídico*”, pueden ser consideradas normas de orden público internacional, entendiendo como tales al “*conjunto de normas imperativas de un ordenamiento jurídico interno absolutamente irrenunciables, incluso en presencia de una situación privada internacional*”. Además, sostiene que no hay que confundir orden público con leyes de policía. Para dicha doctrina, la *excepción de orden público internacional* es un mecanismo de protección de los principios jurídicos del foro que se consideran fundamentales, pero sólo actúa como reacción ante el contenido de una ley extranjera una vez ha entrado en juego la norma de conflicto, mientras que las *leyes de policía* no se aplican como reacción frente al contenido de una ley extranjera sino por la “*imperatividad particular de la ley del foro*”.

En nuestro caso, el derecho de libertad sindical, el derecho de negociación como integrante del contenido esencial de la primera, el derecho de huelga como medida de conflicto, todos ellos se consideran materia de orden público. Así, la Ley española 45/1999, de 29 de noviembre, de desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, incorporó en su artículo 3.1, junto a los derechos enumerados por la Directiva, los referidos a la “*libre sindicación y*

<sup>63</sup> DOUE núm. L 173, de 9 de julio de 2018.

<sup>64</sup> CALVO CARAVACA, A.L., “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 1, nº 2, 2009, pág. 116.

*los derechos de huelga y de reunión*". Algo parecido sucede, por ejemplo, con el *Code du Travail* francés, que reconoce expresamente el ejercicio del derecho de huelga entre las materias incluidas en el listado (Art. L. 1262-4).

Así pues, si el ejemplo de la legislación española de transposición de la Directiva se encuentra generalizado entre los distintos Estados miembros de la Unión Europea, en aplicación del artículo 3.10 de la Directiva, el Estado miembro al que haya sido desplazado el trabajador, *"cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral"*, garantizará a éste en su territorio los derechos colectivos de libertad sindical, huelga y reunión *"que estén reconocidos"* en su legislación. Ello no impedirá que, en todo caso, puedan aplicarse aquellas normas más favorables al trabajador derivadas de lo dispuesto en la legislación aplicable a su contrato de trabajo (artículo 7).

La Directiva 2018/957, por lo que respecta a la concreta materia de este trabajo, incorpora dos modificaciones del articulado de la Directiva 96/71/CE especialmente destacables. De un lado, introduce un nuevo apartado a su artículo 1, el 1*bis*, con el siguiente tenor literal: *"La presente Directiva no afectará en modo alguno al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros y a escala de la Unión, incluyendo el derecho o la libertad de huelga o de emprender otras acciones contempladas en los sistemas de relaciones laborales específicos de los Estados miembros, de conformidad con la legislación o las prácticas nacionales. Tampoco afecta al derecho a negociar, concluir y hacer cumplir convenios colectivos o llevar a cabo acciones colectivas conforme a la legislación o las prácticas nacionales"*. La doctrina<sup>65</sup> lo ha considerado una toma de posición del legislador comunitario en busca del equilibrio entre las libertades comunitarias económicas de establecimiento y de prestación de servicios y los derechos de acción colectiva, puestos en cuestión a partir de las conocidas sentencias del TJUE en los casos *Viking* y *Laval*, si bien el mismo texto ya se encontraba incorporado en el artículo 1.2 de la Directiva 2014/67/UE, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE.

De otro lado, la nueva Directiva 2018/957 reconoce a los trabajadores desplazados, no sólo las condiciones de trabajo que se establezcan, en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo, a través de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, o convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación universal, sino también, como novedad, las establecidas por convenios colectivos o laudos *"de cualquier otro modo de aplicación"*. Es decir, habrán de respetarse también las condiciones de trabajo del país de acogida, aunque vengan establecidas por convenios que no sean de eficacia general o no gocen de aplicación universal, por utilizar la terminología usada por la Directiva, lo que podría quizás impedir a futuro decisiones como la adoptada por el TJUE en el Caso *Ruffert*.

Para finalizar, con relación a los derechos de representación de los trabajadores, aun cuando la ley española de transposición de la Directiva 96/71/CE no recoge la misma entre las materias a imponer a las empresas que desplazan temporalmente trabajadores a nuestro país, su Disposición Adicional 3ª sí reconoce a los representantes de los trabajadores que hayan sido desplazados a España, y que ostenten la condición de representantes conforme a las legislaciones o prácticas nacionales, capacidad para ejercer acciones administrativas o judiciales en los mismos términos que la legislación española reconoce a los representantes de los trabajadores. Y otorga a los representantes de los trabajadores de las empresas usuarias y de las empresas que reciban en España la prestación de servicios de trabajadores desplazados, respecto de estos, las competencias que la legislación española les confiere, con independencia del lugar en que radique la empresa de trabajo temporal o la empresa prestataria de los servicios.

<sup>65</sup> Véase GARCIA MURCIA, J., "Dos nuevas Directivas de la Unión Europea en materia social: desplazamiento temporal de trabajadores y titulaciones profesionales", *Foro Nueva Época*, Vol. 21, nº 1, 2018, pág. 333.

Por su parte, la Directiva 2014/67/UE establece en su artículo 11.3 la obligación de los Estados miembros de garantizar que los sindicatos y otras terceras partes, como asociaciones, organizaciones y otras personas jurídicas que tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de ambas Directivas puedan iniciar, en nombre y apoyo de los trabajadores desplazados o de sus empleadores, y con su autorización, acciones judiciales o administrativas con el fin de implementar las Directivas y garantizar el cumplimiento de las obligaciones que deriven de las mismas; ello “*sin perjuicio de las normas procesales nacionales en materia de representación y defensa ante los tribunales y de las competencias y demás derechos que los sindicatos y otros representantes de los trabajadores tengan con arreglo al Derecho y las prácticas nacionales*”. La propia jurisprudencia comunitaria europea ha favorecido este ejercicio de acciones procesales por parte de los representantes sindicales en el marco de la Directiva 96/71, con apoyo en la tutela judicial efectiva del artículo 47 de la CDFUE<sup>66</sup>.

#### 4. Conclusiones

Como ha podido observarse a lo largo del presente estudio, los derechos colectivos laborales y las relaciones entre los sujetos colectivos que representan a trabajadores y empresarios vienen regulados por los Estados a través de su legislación nacional con base, claramente, en un principio de territorialidad. Junto a ello, a diferencia de lo que ha sucedido con la relación individual de trabajo en la que existe un elemento internacional o de extranjería, el ejercicio extraterritorial de los derechos laborales colectivos ha carecido de tratamiento expreso, por parte del legislador comunitario, en lo relativo al establecimiento de unos criterios de conexión necesarios para determinar el órgano judicial competente para resolver los conflictos que se producen a raíz de tal ejercicio extraterritorial, pero también en lo relativo a la fijación de los criterios de conexión que permitan establecer cuál sea el ordenamiento jurídico aplicable al derecho en conflicto, cuando su ejercicio se produce extraterritorialmente.

Cuando nos referimos al ejercicio individual de los derechos colectivos, como pueda ser la participación del trabajador, sujeto de una relación de trabajo con elemento internacional, en una huelga en su lugar de trabajo, o la posible lesión de su derecho de libertad sindical, o la aplicación de convenio o acuerdo colectivo extranjero a su relación individual, se ha constatado que las normas de conflicto comunitarias resultan plenamente aplicables. No sucede lo mismo, sin embargo, con el ejercicio colectivo de tales derechos, algunos de los cuales se encuentran expresamente excluidos del ámbito de aplicación de las normas comunitarias. Por este motivo, en el trabajo se han intentado, de una parte, aportar soluciones razonadas para aquellos supuestos en los que resultan claramente inaplicables los reglamentos comunitarios; y, de otra, se ha tratado de argumentar la aplicación de dichos reglamentos en otros supuestos conflictivos en los que sí puede caber su empleo, aun cuando tales normas ni siquiera los mencionan.

Sin duda, una solución más fácil vendría dada por la reforma de las normas comunitarias en materia de competencia judicial y de legislación aplicable, para incorporar dentro de su ámbito de aplicación, de manera expresa, a los derechos laborales colectivos.

<sup>66</sup> Véase JIMENA QUESADA, L., “La protección constitucional de las relaciones laborales transnacionales en España”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 132, 2017, pág. 63, donde menciona, en tal sentido, la STJUE de 12 de febrero de 2015 (asunto C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto ry*). En el apartado 71 de la citada sentencia el Tribunal establece expresamente que, “*en circunstancias como las del litigio principal, la Directiva 96/71/CE ... se opone a que una normativa del Estado miembro del domicilio de la empresa que ha desplazado trabajadores al territorio de otro Estado miembro (...) impida que un sindicato, como Sähköalojen ammattiliitto, interponga un recurso ante un órgano jurisdiccional del segundo Estado miembro en el que se ejecuta el trabajo, para cobrar en nombre de los trabajadores desplazados créditos salariales en relación con el salario mínimo en el sentido de la Directiva 96/71 y que le han sido cedidos de conformidad con el derecho vigente en ese último Estado*”.

# Temporary agency work in the Hungarian Labour Code Critical analysis – with special regard to EU requirements for judicial harmonization

Trabajo temporal de agencia en el Código Laboral de Hungría  
Análisis crítico: con especial atención a los requisitos de la UE  
para la armonización judicial

DR. ISTVÁN HORVÁTH

*Head of department, habil. associate professor*

*Department of Labour Law and Social Law*

*Teacher*

*Eötvös Loránd University. Faculty of Law*

ORCID ID: 0000-0002-3260-5464

Recibido: 30/10/19

Aceptado: 4/12/19

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5299>

*Abstract:* From prohibition to support! The introduction of the study gives a brief overview of the history of international and Hungarian regulation of temporary agency work (TAW). The focus is on certain problematic issues of the Hungarian legal regulation of the TAW. On the one hand, the study analyses the disharmony or its concern of certain provisions of the Hungarian legislation regarding the requirements of EU legal harmonization. For example: the role of TAW in the labour market, the derogation from the principle of equal treatment in remuneration or “removing” the TAW from the scope of collective redundancies. On the other hand, the study describes the inconsistency of the Hungarian Labour Code on this subject. The study analyses the concerns of negative discrimination between TAW and all other types of employment relationship regarding the termination of employment by the employer. Namely, from the TAW point of view the regulation is obviously disadvantageous in terms of justification for termination, period of notice and eligibility for severance pay.

*Keywords:* Equal treatment, temporary agency work, temporary-work agency, user enterprise, European framework

*Abstract:* ¡De la prohibición al apoyo! El artículo aborda, en primer lugar, una breve descripción de la historia de la regulación internacional y húngara del trabajo a través de agencias de empleo temporal (TAW) para seguidamente analizar ciertos aspectos problemáticos de la regulación legal húngara de la TAW. En el segundo epígrafe, el estudio analiza la falta de armonía o su preocupación por ciertas disposiciones de la legislación húngara con respecto a los requisitos

---

<sup>1</sup>horvath.istvan@ajk.elte.hu

de armonización legal de la UE. Por ejemplo: el papel de TAW en el mercado laboral, la derogación del principio de igualdad de trato en la enumeración o “remover” el TAW del alcance de los despidos colectivos.

Por otro lado, el estudio describe la inconsistencia del Código de Trabajo húngaro en este tema. En la última parte del estudio, se analizan los efectos discriminatorios de los empleados de agencias de empleo temporal respecto a los demás tipos de relación laboral con respecto a la terminación del empleo por parte del empleador. Es decir, desde el punto de vista de TAW, la regulación es obviamente desventajosa en términos de justificación de terminación, período de notificación y elegibilidad para indemnización por despido.

*Palabras clave:* Igualdad de trato, agencias de empleo temporal, trabajadores temporales, usos de empresa, regulación comunitaria.

### **Atypical employment relationships – The purpose of the legislation**

In the regulation of the employment relationship, in addition to numerous reasons – such as increase of the number of employees in the labour market, alignment to the market needs of enterprises and the private life needs of the employees – the prevention and reduction of abuses are the very reasons why the atypical category is significant both in international and Hungarian frameworks. In examining the legislation of the European Union (EU), this consideration may be detected with regard to temporary agency work, through the establishment of the temporary nature of agency work on a directive level.<sup>1</sup> The use of temporary agency workers should not be allowed to be an equivalent alternative to the indefinite-term employment, provided that the labour force need related to any activity of the employer happens to be not temporary. All this is not an end in itself. The unjustified expansion of temporary agency work – compared to the actual needs of the employment – causes the deterioration of the condition of finding employment, and it leads to the reduction of the employee rights which are ensured by the typical employment relationship.

### **The regulated appearance and spread of temporary agency work in Europe**

What do we usually borrow? Things that we do not intend to buy because we need them only temporarily. With regard to workforce, this was the need that gave rise to the borrowable nature of employment – instead of the establishment thereof. The relatively small-scale, but already not isolated regulated appearance of this arrangement in the Western European states dates back – with relatively little difference in time – to the end of the 1960s and the start of the 1970s.<sup>2</sup> The “discovery” of temporary agency work became the solution for cases where the undertaking had to employ employees under extraordinary circumstances and for a relatively short time. Using the services of a third party for consideration and merely “using” the employee of such third party had been the appropriate instrument to solve this.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> 2008/104/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on temporary agency work

<sup>2</sup> Bankó, Z.– Berke, Gy. (2009), “A munkaező-kölcsönzés és a távmunka szabályozása az Európai Unióban és Magyarországon” (The Regulation of Temporary Agency Work and Teleworking in the European Union and in Hungary) (University of Pécs), 7.

<sup>3</sup> Horváth, I. (2015.), “Ideiglenesen tartózkodók – A munkaező-kölcsönzés: uniós követelmények, magyar megoldások” (Temporary Residents - Temporary Agency Work: European Union Requirements, Hungarian Solutions”; in Horváth I., (eds), Tisztelegés, Ünnepi tanulmányok Dr. Hágelmayer Istváné születésnapjára (Honouring and Celebratory Studies for the Birthday of Dr. Istvánné HÁGELMAYER), ELTE Eötvös Kiadó, (Budapest).167-184.

*The loosening of international rigour*

Our brief journey into legal history starts in 1933. In this year the Fee-Charging Employment Agencies Convention (No. 34) of the International Labour Organisation (ILO) prohibited the operation of undertakings which facilitated the meeting of the demand and supply sides of the labour market for a profit.<sup>4</sup> The international rigour subsequently loosened, therefore in 1949, the Fee-Charging Employment Agencies Convention (No. 96) allowed the operation of employment agencies conducted with a view to profit subjected to strict regulations (e.g. state supervision, permit to be renewed every year, administrative charges).<sup>5</sup>

Temporary agency work developed in the shadow of these prohibitions. The service for lending workforce was the legal loophole through which the prohibition of private employment agency became avoidable, since the scope of the ILO Convention mentioned above extends to the agency who acts as intermediary between the employee and the employer. Thus, it could not be considered to fall under the scope of the convention if the employer provided the employee who had concluded an employment relationship with employer to a third party (other employer) temporarily, with that the end of any placement did not affect the employment relationship. The legal loophole was closed in 1965. In its official opinion the ILO established that the provisions of the 1949 ILO Convention No. 96 on private employment agencies are applicable to the temporary work agencies as well. The reasoning: it is not the legal form but the nature of the labour market activity that shall be taken into consideration primarily. The ILO considered placements as agency service and declared that this service was subject to the scope of the convention on private employment agencies. The result of this: in the countries which maintained state monopoly, private undertakings were allowed to perform temporary work agency only in respect of those employee groups specified by law, where the appropriate service was not feasible through the state agencies.<sup>6</sup>

*The state regulation of temporary agency work – two waves, two legislative approaches*

The need shown for temporary agency work brought legal regulation with it only by the 1960s and 70s, which by then was still rather distrustful.<sup>7</sup> Firstly, the – later – EU Member States may be divided into two large groups according when the first laws on temporary agency work were made. The Member States which belong to the first “wave” (1965-1977) *Belgium, Denmark, France, Germany, Ireland, Netherlands, Norway and the United Kingdom* – had legal foundations which had been in existence for a long time. The members of the second group (1989-2001) — *Austria, Luxembourg, Portugal, Spain and Sweden* — adopted the laws applicable to temporary agency work during the period between 1980s and the millennium. Due to the partial overlap in time (1998-2004), this group may also include the following Member States from among the states which joined the EU in 2004 and later: *Poland, Romania, Slovenia, Czech Republic, Slovakia and Hungary*.<sup>8</sup>

<sup>4</sup> ILO Fee-Charging Employment Agencies Convention, 1933 (No. 34), Article 2 (1)

<sup>5</sup> ILO Fee-Charging Employment Agencies Convention, 1949 (No. 96), Article 10

<sup>6</sup> For the sake of completeness: By the 1990s, the approach of the ILO changed. In 1997 the Private Employment Agencies Convention (No. 181) was adopted, the Preamble of which acknowledges the role of private employment agencies in the efficient functioning of the labour market. Priority objectives are the permitting of the operation of private employment agencies and the protection of the employees who use the services. [Article 2(3)].

<sup>7</sup> Kártyás, G. (2009), “Munkaerő-kölcsönzés a közösségi irányelv elfogadása után, Munkaerő-kölcsönzés a közösségi irányelv elfogadása után” (Temporary Agency Work After the Adoption of the Community Directive, Temporary Agency Work After the Adoption of the Community Directive), *Kérdések és válaszok*, Vol. V.2., 28.

<sup>8</sup> Horváth, I. (2013), “Hazai kölcsönzés - európai szemmel; A munkaerő-kölcsönzés magyar szabályozása - európai összehasonlításban, figyelemmel a 2008/104/ EK irányelv jogharmonizációs követelményeire” (Hungarian Temporary Agency Work – for the European

The pioneers of the first wave are those states which acknowledged temporary agency work on the legislative level: *Netherlands, Denmark and Ireland*. This “trio” was soon followed by countries of significant economic influence such as *Germany, France* and the *United Kingdom*, and then *Belgium* and *Norway*. The national regulations were established in the above-mentioned “headwinds” of the ILO, and the common characteristic of which was the restriction of the temporary work agency activity.<sup>9</sup> Two legislative processes may actually be registered behind the first temporary agency work regulation “wave”. After the restrictive approach of the first stage, the reputation of temporary agency work changed by the turn of the 1980s and 1990s. The crucial reason behind all of this is that the state employment agencies were unable to manage the unemployment which affected all segments of the labour market, which caused widespread dissatisfaction regarding the governmental service.<sup>10</sup> As the role of temporary agency work in employment grew, the Member States - simultaneously with the changing of the community approach – amended their laws regulating temporary agency work accordingly in a lot of times.

Directive 2008/104/EC on temporary agency work (Directive 2008/104/EC) – which was made after 26 years of “labour and delivery” – established a common base for the EU Member State regulation of temporary agency work, with 2011 legal harmonisation obligation and in the framework of legal alignment aspects.

#### *The Dutch example – legislative reaction to the need for flexibility*

In picking out the example of the pioneering Netherlands among the first countries: they regulated temporary agency work for the first time in Europe in 1965, by introducing the permit procedure applicable to temporary agency work. Both the restrictive and the permissive regulatory approaches appear in the Dutch legislation. The first government was motivated to regulate firstly by the spreading of temporary agency work and the restriction thereof. However, all this did not affect the continuous spreading of temporary agency work, the underlying reason behind which was the fast-increasing need for flexibility which appeared in the labour markets of the European Economic Community and which brought about the review of the laws. For example, the permit procedure related to temporary agency work and numerous restrictions (for example, the determination of the longest duration of the temporary agency work) was abolished.

The Flexibility and Security Act entered into force in 1999, which – in reacting to the changed needs – aimed at codifying the wave of flexibility which appeared in the labour market. This act considered the legal status of the employees employed for the purpose of temporary agency work as something that was determined by the traditional employment contract concluded between the employee and the temporary-work agency. The opportunity to exercise the participation rights of the employee provided for the purpose of performing work at the user enterprise employer was created. While causing contradiction with the classic function of temporary agency work, the act was applicable in case where – in the absence of the speciality of the need for workforce – the services of the temporary-work agency were not necessary. After the entry into force of the act which stipulated flexibility and security at the same time, temporary agency work became a routine for undertakings and employers satisfied their a significant part of their long-term workforce need by buying the services of the temporary-work agencies.

---

Observer; The Hungarian Regulation of Temporary Agency Work – In European Comparison, Considering the Legal Harmonisation Requirements of Directive 2008/104/EC) - habilitation dissertation, manuscript (Eötvös Loránd University, Budapest) 53.

<sup>9</sup> Arrowsmith, J. (2006), “Temporary Agency Work in an Enlarged European Union”. Office for Official Publications of the European Communities (Luxembourg), 13-16.

<sup>10</sup> Kártyás, G. (2009), Op. cit. 20.



## Brief Hungarian legal history

In Hungary, the governmental regulation of temporary agency work had no restrictive phase. Presumably, one of the reasons behind it is the date. The provisions which institutionalised temporary agency work were enacted in 2001 in the former Labour Code (former LC) which was passed in 1992 after the change in the political regime in 1990. The Hungarian legislation was created during a period when – based on the prohibited or tolerated category – temporary agency work had not only become acknowledged all over Europe, but the majority of the Member States had already been over the second regulatory wave, which liberalised the opportunity to use temporary agency work. In deviating from its classic function, temporary agency work became part of the former LC in 2001 as the equivalent alternative of indefinite-term employment.

In the absence of any international obligation established expressly for temporary agency work, the legislator was granted discretion to determine the function and the content of the legal institution. This is how the regulation which – on the one hand - did not include any provisions as to the reasons and/or the duration of the temporary agency work could enter into force. With regard to the conditions of employments, the former LC did not stipulate the requirement of equal treatment of temporary agency workers and the user enterprise's own employees at all. Directive 2008/104/EC tightened the belt the most regarding exactly these two legal institutions, by demanding the temporary nature of temporary agency work and equal treatment.<sup>11</sup>

The entry into effect of temporary agency work in 2001 through the amendment of the former LC – for example,

- a) through a level of employee protection upon the termination of the employment which was significantly lower than the average (e.g. exclusion of the application of statutory rules applicable to termination prohibitions in case of employment relationships established for the purpose of temporary agency work), and
- b) through the unlimited nature of the application of temporary agency work –

showed that through the employment relationship so created the legislator facilitated the adaptation of the employer organization to the market needs.<sup>12</sup> In this way a layer of employees could develop who had weaker defence position compared to those who concluded an employment contract with the user enterprise for an indefinite term, without however their employment relationship being characterized by a temporary nature.<sup>13</sup>

Until fulfilling the European Union judicial harmonisation obligation in 2011, the Hungarian regulation did not prevent legal subjects at all from using temporary agency work to “replace” indefinite-term employment relationships. As a consequence, in Hungary temporary agency work could become an instrument for realizing objectives different from the original concept and for managing problems which are originally not undertaken by temporary agency work.<sup>14</sup> It was not uncommon that immediately after the employer had terminated the employment relationship of part of its employees, the employer “hired them back” through a temporary-work agency appointed by the em-

<sup>11</sup> Horváth I. (2010), “Munkajogi triangulum - Gondolatok a munkaerő-kölcsönzésről szóló 2008/104/EK irányelv magyar harmonizációjához” (Labour Law Triangle – Thoughts on the Hungarian Harmonisation of Directive 2008/104/EC on Temporary Agency Work) Pécsi Munkajogi Közlemények, Vol.III, Issue II of November, 13-22.

<sup>12</sup> Bankó, Z. – Berke Gy. Op. cit., 24.

<sup>13</sup> Horváth, I. (2010), Op. cit., 13-22.

<sup>14</sup> Petrovics, Z. (2009), „Hogyan éljük túl a válságot? A munkaerő-kölcsönzés: Csodaszer vagy tünetek kezelése?” (How to Survive the Crisis? Temporary Agency Work: Miracle Cure or Treating the Symptoms?) 19<sup>th</sup> National HR Conference and Exhibition, (Budapest), manuscript.

ployer.<sup>15</sup> The application of the concept which utterly contradicted the purpose of temporary agency work was made “accessible” by the unrestrictedness of the use of temporary agency work. According to the comparative analysis of the era, through this the regulation of temporary agency work changed the most significantly in Hungary among the EU Member States after the turn of the millennium.<sup>16</sup>

After the fulfilment of the legal harmonisation: the provisions of concern of the Labour Code – not only those related to EU legislation

Jumping ahead 18 years, when directing our attention from the state of 2011 Hungarian legislative institutionalisation of temporary agency work to the critical points of the effective regulation, compliance with the legal harmonisation requirements of Directive 2008/104/EC had also become an unavoidable aspect of forming an opinion. The fast growth of the market share of temporary agency work made community regulation inevitable, noting that the temporary use of workforce – although not in official form – has been in operating all around Europe for almost a century.<sup>17</sup> The primary objective set related to Directive 2008/104/EC was – as an instrument of social development – the more efficient protection of temporary agency workers. According to legal literature analyses, temporary agency work becomes the perfect example of the flexible security often mentioned, considering that in respect of employment the social law of the EU is unable to guarantee the simultaneous existence and the balanced enforcement of the flexibility of the employment of employees and the requirement of protection.<sup>18</sup> The establishment of Directive 2008/104/EC made it obvious that the creation of a regulation – in the frameworks of the doctrine of flexible security – which serves the two purposes equally poses a significant challenge to the Member States.

First, I will discuss the Hungarian rules which I consider problematic with regard to the fulfilment of the legal harmonisation obligation.

### *The temporariness of temporary agency work – The most flexible Member State regulation?*

In citing the original function, Directive 2008/104/EC restricts the role of temporary agency work as labour market service in one regard. It stipulates the temporariness of the provision of any given employee to any given user enterprise.<sup>19</sup> Firstly, this brought about restriction compared to the previous regulation in all EU Member States – therefore in Hungary as well – which did not limit the duration of the assignment. Therefore, all this established the unambiguous requirement for the Hungarian legislation that temporary agency work shall no longer substitute or replace employment based on the traditional employment relationship.<sup>20</sup> Undoubtedly, the legislative content of temporariness – as legal alignment aspect in the directive – is rather difficult to specify. At the same time, the question is whether the assignment of an employee to a user enterprise for up to five years under the effective Labour Code (LC) [Section 214 (2)] complies with the community legislative intention. My

<sup>15</sup> Kártyás, G. (2009), Op. cit., 28.

<sup>16</sup> Arrowsmith, J. Op. cit., 11.

<sup>17</sup> Grapperhaus, F. (2010), “A twist of the equality logic: The Directive on Working Conditions for Temporary Agency Workers and Dutch Law”, European Labour Law Journal, Volume 1., No. 3., 406–413.

<sup>18</sup> Robin-Oliver, S. (2010), “A French reading of Directive 2008/104 on Temporary Agency Work”, European Labour Law Journal, Volume 1., No. 3., 398–405.

<sup>19</sup> Article 3 (1) e “assignment”: means the period during which the temporary agency worker is placed at the user undertaking to work temporarily under its supervision and direction;

<sup>20</sup> Bankó, Z. – Berke, Gy. Op. cit., 30.

question is strengthened on the one hand by that the maximum duration of Hungarian temporary agency work is the same as the maximum five-year duration of the fixed-term employment contract to be concluded by the employer and the employee [LC, Section 192 (2)]. In addition – with regard to the determination of the longest duration - the European Union regulation does not demand the requirement of temporariness in case of fixed-term employment contracts...<sup>21</sup>

On the other hand, at the time the Hungarian legal harmonisation obligation was fulfilled, the five-year term meant unprecedented length, even in comparison to other European Union Member States. The countries which restricted the possible duration of the temporary agency work even before the adoption of Directive 2008/104/EC (e.g. *France*) specified a time limitation of up to eighteen months. *Poland* went beyond that, where the duration of the temporary agency work for the purpose of substituting absent employees was set at 36 months,<sup>22</sup> as well as *Greece*, where the maximum duration for which any employee could be employed at a user enterprise was 36 months. The maximum 24 months of temporary agency work specified by the *Romanian* legal regulations could be “extended” only up to 36 months in case the contract for the temporary agency work was extended or renewed.<sup>23</sup>

### *The role of temporary agency work in the labour market – the review of restriction and prohibitions*

Upon submitting its proposal for the directive on temporary agency work in 2002, the European Commission (Commission) explained that ensuring the fundamental working conditions for temporary agency workers would preclude the concerns arising related to temporary agency work, and as a result it would allow the elimination of those restriction which already do not serve the protection of temporary agency workers.<sup>24</sup> In its Green paper published in 2006 the Commission showed that since temporary agency work had a substantial role in the European labour market, it is necessary to modernise the labour law in order to be able to stand the challenges of the 21<sup>st</sup> century.<sup>25</sup> Directive 2008/104/EK unambiguously establishes the legislative intention aimed at eliminating the market restrictions of temporary agency work: it obliges the Member States to review the restrictions and prohibitions specified by their regulations and affecting the use of temporary agency work.<sup>26</sup>

In my opinion, the Hungarian legal harmonisation treated the review of the prohibition of temporary agency work too liberally in one regard. In adopting the same approach as some other Member States (e.g. Poland, Sweden), in order to ensure the elimination of abuses – proper labour market operation acknowledged as general interest in Directive 2008/104/EC – and thereby to ensure the purpose of temporary agency work, from 2006 the former LC prohibited temporary agency work of the employee

- if the employment relationship with the user enterprise had ceased up to six months prior and

<sup>21</sup> See Council Directive 1999/70/EC of 28 June 1999 concerning the framework agreement on fixed-term work concluded by ETUC, UNICE and CEEP

<sup>22</sup> Pedersen, H.S. – Hansen, K.B. - Mahler, S. (2004), “Temporary agency work in the European Union (report)”, - European Industrial Relations Observatory, 27.

<sup>23</sup> Schömann, I. – Guedes, C. (2012): “Temporary Agency Work in the European Union; Implementation of Directive 2008/104/EC in the Member States”; European Trade Union Institute (Brussels), 35.

<sup>24</sup> European Commission - Employment, Social Affairs & Inclusion – Unit B2 – Labour Law (2011), “Report Expert Group: “Transposition of Directive 2008/104/EC on Temporary agency work”; 28.

<sup>25</sup> European Commission Green paper “Modernising Labour Law to meet the challenges of 21<sup>st</sup> century” [COM (2006) 708 final]

<sup>26</sup> Guamán, A. (2010), “Temporary agency work directive and its transposition in Spain”; European Labour Law Journal, Volume 1., No. 3., 414-421.

- through termination (notice) justified by reasons in connection with the operation of the employer or termination with immediate effect (dismissal without notice) during the probationary period [Former LC, Section 193/D (2)].

The LC which entered into force after the former LC in 2012 repealed a significant element of the institution of temporary agency work.<sup>27</sup> Namely, the LC does not prohibit the employer from employing its “dismissed” employees as user enterprise – bases on a contract concluded with the temporary-work agency – after the communication of the termination justified by circumstances related to the operation of the employer, as early as the day after the termination of their employment. At least it should have been stipulated by the LC that: for example, those employees who join the workforce as temporary agency workers at their old workplaces and in the same job function shall be entitled to their previous wage for six months.<sup>28</sup> It causes concern that the Hungarian regulation contradicts the following provisions of Directive 2008/104/EC, which stipulates that prohibitions or restrictions on the use of temporary agency work shall be justified only on grounds of general interest relating in particular to the protection of temporary agency workers, the requirements of health and safety at work or the need to ensure that the labour market functions properly and abuses are prevented [Article 4 (1)]. The rule of the LC itself provides a reason for abuse. Making the employer’s own employees redundant with that the employer may employ such workers in the temporary agency worker status – which provides weaker employee protection – as early as the day following the delivery of the termination.

### *The principle of equal treatment – with two problematic Hungarian exceptions*

One of the aims of Directive 2008/104/EC is ensuring the protection of temporary agency workers and to improve the quality of temporary agency work by ensuring that the principle of equal treatment is applied to temporary agency workers [Article 2.]. Depending on the previous regulations of the Member States, the principle of equal treatment may be considered as the result of the judicial harmonisation or as an already existing regulatory principle. Firstly, in those Member States which had already enforced the principle of equal treatment in respect of the temporary agency worker and the user enterprise’s own employees, these conditions could not be derogated by reason of the derogation opportunity ensured by Directive 2008/104/EC. Namely, all directives contain the general rule according to which the legal harmonisation of the Member State law shall under no circumstances constitute sufficient grounds for justifying a reduction in the general level of protection of workers in the fields covered by the Directive [Article 9 (2)]. For example, in course of the fulfilment of the legal harmonisation obligation, *Belgium, France, Poland, Portugal, Spain, the Czech Republic, Estonia, Romania, Slovakia and Slovenia* did not make use of the opportunity of derogation, the option to establish exceptions to equal treatment at all. Similarly, *Bulgaria, Latvia* and *Lithuania* also did not make use of the opportunity to make regulations which restrict the enforcement of the principle of equal treatment, the particular reason behind which is that these three countries introduced the regulation of temporary agency work in 2011, as the fulfilment of the legal harmonisation obligation stipulated by Directive 2008/104/EC. *Norway* also decided to enforce the principle of equal treatment completely.<sup>29</sup>

Of the three rules of the LC which provides opportunity to make exceptions one is undoubtedly in compliance with the European Union requirement. According to this rule, as regards pay,

<sup>27</sup> Act LXXXVI of 2012 on the Transitional Provisions and Amendments Related to the Entry into Force of the LC, Section 85 (2)

<sup>28</sup> Horváth, I. (2013), Op. cit., 173.

<sup>29</sup> Schömann, I. – Guedes, C. Op. cit., 37.

Member States may, after consulting the social partners, provide that an exemption be made to the principle of equal treatment [Article 5 (1)], where temporary agency workers who have a permanent contract of employment with a temporary-work agency continue to be paid in the time between assignments. [Directive 2008/104/EC Article 5(2)]. According to the LC as regards the amount of wages and other benefits, the provisions on equal treatment shall apply

- a) as of the one hundred and eighty-fourth day of employment at the user enterprise
- b) with respect to any employee who is engaged with a temporary-work agency in an employment relationship established for an indefinite duration, and
- c) who is receiving pay in the absence of any assignment to a user enterprise [LC Section 219 (3) a)].

In addition, with respect to the requirement of equal treatment, the LC used derogation in a debatable manner in one case, however, in case of one provision, the LC definitely used derogation without authorization by the Directive. In Directive 2008/104/EC the Member States were give authorization that the Directive does not apply to employment contracts or relationships concluded under a specific public or publicly supported vocational training, integration or retraining programme [Article 1 (3)]. According to the LC, the for the first 183 days of the assignment, the principle of equal treatment is not applicable to wages for those employees who are considered permanently absent from the labour market according to the provisions of Act CXXIII of 2004 on the Promotion of the Employment of Young Professionals, Unemployed Aged 50 Years and over, People Returning to Work after Child Care or Nursing and the Introduction of the Paid Internship Programme (Act CXXIII of 2004).<sup>30</sup>

At the same time, it is questionable whether – for the reason of supporting the labour market integration of this scope of people in itself (in order to facilitate their employment, Act CXXIII of 2004 provides tax advantage for their employment) the Hungarian labour law regulation can be reconciled with the expression “publicly supported integration programme” of the Directive, on which the temporary statutory exemption of application of the equal treatment is based? In connection with this the Commission Expert Group formed the following as an issue of interpretation: do the Member States have opportunity for derogation at employers which pursue for-profit activity and in case of persons for the employment of whom the employers receive financial support originating from state funds? In its answer the Expert Group notes that the derogation under Article 1(3) shall take place only if the employees are working in the framework of vocational, integration or retraining programmes, which is rather unlikely, if otherwise the disadvantaged employees perform their work with the same terms and conditions as other employees.<sup>31</sup> According to the interpretation referred to above it raises concern that: if an employment contract is concluded with a person who is considered as permanently absent from the labour market, then can the LC exempt the temporary-work agency from complying with the principle of equal treatment with regard to wages during the first 183 days

<sup>30</sup> According to Point 1 Subsection (2) Section 1 of Act CXXIII of 2004, the following are considered as *persons permanently absent from the labour market*:

- a) young professional,
- b) the person who intends to establish a legal relationship for employment within one year (365 days) of the termination of the payment of benefit aiding childcare, childcare payment, child-raising benefit, as well as the at-home care payment of children or the care payment, or who intends to take up employment after the child had reached the age of six months and meanwhile receiving benefit aiding childcare, provided that such person is not engaged in any legal relationship for work,
- c) permanent job-seeker,
- d) job-seeker entitled to benefit substituting employment.

*Young professional* means a person who has not reached twenty-five years of age – in case of person with higher education degree, thirty years of age – and who fulfils the conditions of establishing the legal relationship for employment and has valid START card.

<sup>31</sup> European Commission - Employment, Social Affairs & Inclusion, Op. cit., 9.

of the assignment, provided that such employees otherwise fulfil job functions which are the same as those fulfilled by the employees of the user enterprise which pursues economic activity.<sup>32</sup>

In my opinion, the other Hungarian derogation concerned definitely does not comply with the requirements set by Directive 2008/104/EC in respect of a possible user enterprise. According to the LC, as regards the amount of wages and other benefits, the provisions on equal treatment shall not be applicable for the first six months of the assignment at the user enterprise with respect to any worker who – among others – is working at a business association under the majority control of a municipal government [LC Article 219 (3)]. According to the provision applicable to the scope of Directive 2008/104/EC, the same parameters shall be applicable to the user enterprise and the temporary-work agency, it was only those employers which do not pursue economic activity regarding whom therefore the Hungarian legislator could have made a decision about any exemption from compliance with a provision of the directive regarding a fundamental working or employment condition, i.e. the payment of wages.<sup>33</sup> It is merely a “Hungarian issue” why user enterprises held in the majority ownership of the state- as public companies - are not beneficiaries of the rule which presumably decreases the fee payable for the assignment to the temporary-work agency.

#### *Contrary to another directive – exclusion of collective redundancy*

The provision of the LC which excludes the application of the statutory rules applicable to collective redundancy in case of all employment relationships established for the purpose of temporary agency work [LC Article 222. (4) does not comply with the provisions on the scope of Directive 98/59/EC on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies. This Directive shall not apply to collective redundancies effected

- a) under contracts of employment concluded for limited periods of time or for specific tasks except where such redundancies take place prior to the date of expiry or the completion of such contracts;
- b) workers employed by public administrative bodies, and
- c) the crews of seagoing vessels [Directive 98/59/EC, Article 1(2).]

It follows from all of these provisions that if the collective redundancy is related to any employment concluded with any employer – other than any public administration employer or employer operating sea vessel – for an indefinite duration or any employment terminated by the employer before the expiry of the fixed term, then the collective redundancy falls within the scope of the European Union community law. In this regard it is irrelevant whether the employment contract was concluded for the purpose of temporary agency work.<sup>34</sup> Thus no matter how problematic it would be and would increase the costs of temporary agency work as well in practice, the employment relationship for temporary agency work in itself should not be excluded from the scope of collective redundancy.

#### *Our Hungarian internal affairs – the codification questions related to Hungarian law*

There are three provisions which are not related to the European Union legal harmonisation but to the internal concordance of the Hungarian labour law regulation, and which three provisions make

<sup>32</sup> Horváth, I. (2013), Op. cit., 188.

<sup>33</sup> Horváth, I. (2013), “Kölcsönzős előnyök?” (Agency Benefits?) HR Plusz HVG Kiadványok lapcsalád, 42-47.

<sup>34</sup> Horváth, I. (2015), Op. cit., 167-184.

exclusively the termination of employment – beyond collective redundancy – “employer-friendly” in a manner that causes concern. Firstly, in contrast to the general rule of the LC, in case of termination by the temporary-work agency as employer, the justification obligation may be avoided in case of indefinite duration employment. For the purposes of the termination rules of the LC<sup>35</sup> termination of the assignment shall be construed as a reason in connection with the temporary-work agency’s operation [LC Section 220 (1)]. Since the user enterprise has no justification obligation specified by law towards the temporary-work agency as to why the user enterprise no longer wants the work of the temporary agency worker, therefore in fact for any reason and whenever the user enterprise no longer employs the worker assigned to it, the temporary-work agency may actually terminate the employment without justification. It only has to include this in the termination notice: the assignment of the employee had ceased. Apart from the case where the employee is assigned for a fixed term and this fixed term expires, the employee – by law – will not know “why” his/her employment was terminated. Secondly, the notice period is half of the shortest period of 30 days applicable according to the general rule (15 days) [LC Article 220 (2)]. And regardless of whether the temporary agency worker spends a longer period of time in employment relationship with the temporary-work agency – the chance of which is expressly supported by the fact that an employee may work up to five years at the same user enterprise – his/her notice period will not extend at all, in contrast to the statutory rules applicable to the traditional employment relationship.<sup>36</sup> This is an especially disadvantageous rule in terms of social security as well.

Thirdly, the eligibility to severance pay is regulated in an unfavourable manner as well – from the viewpoint of the employees who contracted for temporary agency work. In respect of this right one of the crucial right acquiring conditions is that the calculation of the time spent at the employer [LC Article 77 (2)] shall be applied with the difference that upon the determination of the eligibility of severance pay, the duration of the employment relationship during the last assignment shall be taken into consideration [LC Article 222 (5)]. Therefore, it does not matter if the employee spends at least three years – which gives rise to the eligibility for severance pay – in employment relationship at the temporary-work agency, when before the delivery of the termination notice – for the very purpose of avoiding paying the severance pay – the employee still gets assigned for several days.

In my opinion, all three statutory provisions raise the concern of negative discrimination. Notably, the discrimination based on other situation<sup>37</sup>, and within that it is based on the temporary agency worker status which is no longer specified in the Equal Treatment Act, as a characteristic which cannot be changed in the employee’s employment relationship in respect of his/her person. The violation of the requirement of equal treatment may be established between the temporary agency workers and the persons who – have are in comparable situation and - are engaged in any other type of employment relationship.

<sup>35</sup> LC Article 66 (2) An employee may be dismissed only for reasons in connection with his/her behavior in relation to the employment relationship, with his/her ability or in connection with the employer’s operations.

<sup>36</sup> LC Article 70 (1) The period of notice is thirty days.

(2) Where employment is terminated by the employer, the thirty-day notice period shall be extended:

- a) by five days after three years;
- b) by fifteen days after five years;
- c) by twenty days after eight years;
- d) by twenty-five days after ten years;
- e) by thirty days after fifteen years;
- f) by forty days after eighteen years;
- g) by sixty days after twenty years of employment at the employer.

<sup>37</sup> Act CXXV of 2003 on Equal Treatment and Equal Opportunity [Equal Treatment Act]; Section 8 t)

# Indirect discrimination, employment and equality in the workplace: a comparison between the UK and Australian equality legislation

Discriminación indirecta, empleo e igualdad en el lugar de trabajo: una comparación entre la legislación de igualdad del Reino Unido y Australia

ZIA AKHTAR\*

*Gray's Inn*

ORCID ID: 0000-0001-9513-7496

Recibido: 2/7/2019

Aceptado: 9/9/2019

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5298>

*Resumen:* The Directive 2000/78/EU establishes a general framework for equal treatment in employment law and prohibits direct and indirect discrimination on several grounds, including religion or belief. The Equality Act 2010 implements this provision in the UK on the principle of equal treatment, and a rule or dress code that targets a specific religious group, such as a ban on Muslim women wearing hijab would be direct discrimination. A more neutral dress code which applies equally to all employees may have an indirectly discriminatory effect on those who wish to wear religious clothing or symbols at work such as a general ban on wearing religious clothing. The central issue in English law in most cases will be justification and whether the employer had a legitimate aim and if the ban was proportionate under Article 9 of the European Convention of Human Rights (ECHR). In Australian law there is a policy that bans religious discrimination on an institutional level and there is a free exercise clause under section 116 of the constitution. There is a more flexible policy because is no protection of religious belief in the equality legislation towards the hijab as a right of the employee in the workplace. Both jurisdictions have socio-economic as well as organisational policies on diversity management informed by a multilevel framework that contributes to integrating the individuals and organisations in the workplace. This paper adopts a comparative approach between the two common law systems where the UK follows a multinational framework based on the Equality Act and the ECHR case law and the Australian accept the federal and state law which have concurrent jurisdictions in the legal framework.

*Keywords:* Directive 2000/78/EU, Equality Act 2010, ECHR Article 9, Indirect discrimination, Australian Human Rights and Equal Opportunities Commission, Free Exercise Clause, Racial Discrimination Act 1975.

---

\*pelawgraduate@gmail.com

LLB (Lon) LLM (Lon) Gray's Inn, Sussex university



*Abstract:* La Directiva 2000/78/CE establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo, y prohíbe diversas formas de discriminación directa o indirecta, incluyendo la religión y las creencias del trabajador. La “Equality Act 2010” (Ley de Igualdad de 2010) traspone estas normas al Reino Unido bajo la lógica del principio de igualdad de trato. Las reglas o códigos de vestimenta dirigido a un grupo religioso determinado, como la prohibición a las mujeres musulmanas de vestir hiyab es un caso de discriminación directa; una regulación neutra que se aplique por igual a toda la plantilla puede producir una discriminación indirecta en aquellas personas que quieran utilizar determinadas ropas o símbolos asociados a su confesión religiosa tanto como la prohibición directa de uso de dichas prendas. La clave de la ley británica, en la mayor parte de los casos, será la eventual existencia de un objetivo legítimo en el empresario y el análisis de la proporcionalidad, a la luz del art. 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos. En la Ley Australiana, por su parte, se prohíbe la discriminación por motivos religiosos en un nivel institucional, y se reconoce la libertad de culto en la sección 116 de la constitución. La regulación es más flexible, porque no existe protección de las creencias religiosas en la legislación de igualdad que ampare un derecho a vestir hiyab en el centro de trabajo. Ambas jurisdicciones tienen políticas socioeconómicas y organizativas en materia de gestión de la diversidad informadas por un marco multinivel que contribuye a la integración en el ámbito laboral de individuos y organizaciones. Este trabajo plantea una aproximación comparativa entre los dos sistemas de common law, en el que Reino Unido sigue un esquema de multinacionalidad basado en la Ley de Igualdad y la Convención Europea de Derechos Humanos y Australia acepta la legislación federal y estatal, que tienen competencias concurrentes en materia legislativa.

*Palabras clave:* Directiva 2000/78/CE, Ley de Igualdad (Equality Act), artículo 9 de la CEDH, Discriminación indirecta, Comisión Australiana para los derechos humanos y la igualdad de oportunidades, Libertad religiosa y de culto, Ley de discriminación racial de 1975.

## Introduction

The right to freedom of religion is a recognised principle of international law which is limited by the demands of justice.<sup>1</sup> This has been argued in the courts in the UK that have had to consider issues regarding female employees of the Muslim faith who have adopted an avowed symbol of religious manifestation. It affirms an identity for some of the women but it also presents a separation from the mainstream employees who may not have a religious belief. This presents an employer with a choice to accept the employee as a member of a minority who has a protected characteristic or to make western dress obligatory. The discrimination in the workplace is forbidden by the Equality Act 2010 in English law which is superimposed by the ECHR, and is multinational, while the Australian law which is also based on common law the federal government and states have promulgated statutes that apply to employees and which impact on wearing of religious symbols. The issue which better protects the employee in the workplace from indirect discrimination.

<sup>1</sup> The right of all persons to equality before the law and protection against discrimination constitutes a universal right recognised by the Universal Declaration of Human Rights, the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, United Nations Covenants on Civil and Political Rights and on Economic, Social and Cultural Rights and by the European Convention for the Protection of Human

Rights and Fundamental Freedoms, to which all Member States are signatories. Convention No 111 of the International Labour Organisation (ILO) prohibits discrimination in the field of employment and occupation.

The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms has a framework for the protection of rights.<sup>2</sup> Article 9 states "(1) Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance; (2) Freedom to manifest one's religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others". Article 14 states 'The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.'

There is further protection under Article 1 of Protocol No 12 to the ECHR is entitled 'General prohibition of discrimination'. Paragraph 1 states:

'The enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.'<sup>3</sup>

This obligation is reinforced by Charter of Fundamental Rights of the European Union Article 10<sup>4</sup> entitled 'Freedom of thought, conscience and religion' Paragraph 1 affirms this duty as follows:

'Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion. This right includes freedom to change religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or in private, to manifest religion or belief, in worship, teaching, practice and observance.'<sup>5</sup>

There is Council Directive 2000/78/EC that establishes a general framework for equal treatment in employment and work place.<sup>6</sup> Article 2 distinguishes between direct and indirect discrimination. This has been transposed into English law by means of the Equality Act 2010 that prohibits discrimination based on religion or belief. The Act incorporates the Directive. The preamble states that the Directive applies to the employment practice and labour law and its impact is on the work environment where it sets out the duties and obligations of the employer towards the employee such as respect for their religious beliefs.<sup>7</sup> It renders unlawful the dismissal of an employee who practises a religion on the ground that he or she refuses to comply with an instruction from the employer

<sup>2</sup> Signed at Rome on 4 November 1950. All the Member States are signatories to the ECHR, but the European Union has not yet acceded as such; see Opinion 2/13, EU:C:2014:2454.

<sup>3</sup> The protocol was opened for signature on 4 November 2000. Of the EU Member States, it has to date been signed by Austria, Belgium, Croatia, Cyprus, the Czech Republic, Estonia, Finland, Germany, Greece, Hungary, Ireland, Italy, Latvia, Luxembourg, Malta, the Netherlands, Portugal, Romania, Slovakia, Slovenia and Spain. Only Croatia, Cyprus, Finland, Luxembourg, Malta, the Netherlands, Romania, Slovenia and Spain have so far ratified it.

<sup>4</sup> OJ 2010 C 83, p. 389.

<sup>5</sup> Article 21 of the Charter is entitled 'Non-discrimination'. Paragraph 1 states: 'Any discrimination based on any ground such as sex, race, colour, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, birth, disability, age or sexual orientation shall be prohibited.'

<sup>6</sup> (OJ 2000 L 303, p. 16).

<sup>7</sup> Recitals of the Directive 2000/78/EU state (9) Employment and occupation are key elements in guaranteeing equal opportunities for all and contribute strongly to the full participation of citizens in economic, cultural and social life and to realising their potential; (11) Discrimination based on religion or belief, disability, age or sexual orientation may undermine the achievement of the objectives of the EC Treaty, in particular the attainment of a high level of employment and social protection, raising the standard of living and the quality of life, economic and social cohesion and solidarity, and the free movement of persons; and (12) To this end, any direct or indirect discrimination based on religion or belief, disability, age or sexual orientation as regards the areas covered by this Directive should be prohibited throughout the [European Union].

(a private-sector undertaking) that she is not to wear a religious symbol when in contact with the customers of the business.

The Australian jurisdiction by comparison has a federal system where the states have their enact their legislation that prohibits discrimination in employment. The policy framework of overseeing legislation in this sector comes under the Australian Human Rights and Equal Opportunities Commission. The federal Fair Work Ombudsman also provides education and assistance for employees and employers on preventing discrimination in the workplace. Section 116 of the Commonwealth Constitution confers a guarantee of religious freedom and discrimination is prohibited in principle. However, every state jurisdiction prohibits religious discrimination except South Australia and New South Wales but these states have also adopted a precedent from the federal law to prevent victimisation in the workplace.

The research output shows that the wearing of religious symbolism can lead to discrimination but that it also breeds a victim complex and if there are no plausible reasons such as industry practice then it should be allowed in the workplace. The motivation of this study can be justified by the choice of 2 legal systems that compare the United Kingdom with that of Australia which are both based on common law. The difference needs to be highlighted that contrasts the equality legislation based on precedent which is found in English law and the Australian legal system that has incorporated the federal and the state law. This draws from the standards and, in particular, judicial, international and national resolutions and conceptualize them in the theoretical framework in order to differentiate between direct and indirect discrimination.

This paper examines the framework of English law that has adopted the EU Equality Directive into the Equality Act 2010 and evaluates the laws that protect religious symbolism of wearing the *hijab*, the head gear worn by Muslim women who profess a belief derived from Islamic custom.<sup>8</sup> Part A deals with the religious discrimination in the British labor system and the indirect discrimination in the work place. It considers the Equality Act and the interpretation of the Article 9 of the ECHR. There is also a distinction between the cases raised at the ECHR and the CJEU. Part B considers the Australian jurisdiction and the impact of the clauses of the Commonwealth Constitution and how they are implemented in the states which have their own statutes. The conclusions will analyse the common and divergent elements existing between the impact of the UK legal system and the Australian legal system on the use of the religious symbol in the form of the veil in the workplace.

## Part A. Religious discrimination in the British labor system

### *I. Indirect discrimination and religious freedom*

The legislative framework in English law distinguishes between both the direct and indirect discrimination.<sup>9</sup> There is a need to distinguish them in employment law and the protections available

<sup>8</sup> This has different types of veils but the more commonly known is the hijab, the headscarf that covers the hair; jilbab is an unfitted, long sleeved, ankle length gown; the niqab is a term for cloth which covers the body and entire face, leaving only the eyes visible; and the burka is an all enveloping robe which covers the entire body except for the eyes which are concealed under a net. Fadaw El Guindi, *s v hijab*. The Oxford Encyclopaedia of the Modern Islamic World (Oxford University Press 1995) 108-111.

<sup>9</sup> Article 2 of the EU Directive is entitled 'Concept of discrimination'. It states, in particular:

'1. For the purposes of this Directive, the "principle of equal treatment" shall mean that there shall be no direct or indirect discrimination whatsoever on any of the grounds referred to in Article 1.

2. For the purposes of paragraph 1:

(a) direct discrimination shall be taken to occur where one person is treated less favourably than another is, has been or would be treated in a comparable situation, on any of the grounds referred to in Article 1;

(b) indirect discrimination shall be taken to occur where an apparently neutral provision, criterion or practice would put persons

to those with different religious beliefs. These principles have been derived from case law and by the reasoning of the judges in discrimination cases when they have come to court. These have impact on race discrimination but where the issue was the religious symbols worn by those who practice the faith of the claimants. The Courts have interpreted indirect discrimination in the religious context where there has been victimisation on account of nationality that also amounts to racial discrimination providing it satisfies certain characteristics.

In *Mandla v Dowell Lee*<sup>10</sup> there was an appeal to the House of Lords by a pupil belonging to the Sikh community who had asserted his right to wear a turban to school as part of his racial identity. The decision of their Lordships was based on the interpretation of the Race Relations Act 1976 section 1(1) (b) (i) and (ii) the issue was if the headmaster of a school in refusing to admit the boy unless he removed his turban in order to minimise religious distinctions was guilty of unlawful discrimination. The defence was that under section 3 the boy was a member of a 'racial group . . . who can comply' with the rule did not need to show the rule to be 'justifiable irrespective of [the boy's] ethnic . . . origins'.

Lord Fraser held that "*a distinct community had to have a long shared history, of which the group was conscious as distinguishing it from other groups, and the memory of which it kept alive, and second it had to have a cultural tradition of its own, including family and social customs and manners, often but not necessarily associated with religious observance. In addition, the following characteristics could also be relevant, namely (a) either a common geographical origin or descent from a small number of common ancestors, (b) a common language, which did not necessarily have to be peculiar to the group, (c) a common literature peculiar to the group, (d) a common religion different from that of neighbouring groups or from the general community surrounding it, and (e) the characteristic of being a minority or being an oppressed or a dominant group within a larger community*".<sup>11</sup>

By applying those characteristics, the Sikhs were deemed as a racial group defined by reference to 'ethnic origins' even though they were not racially distinguishable from other people living in the Punjab. It was not material to the case that the racial and religious minority came under one definition of race because it was the overriding characteristic of the ethnic group. The definition of an ethnic group consisted of a cultural tradition and long shared history, and other characteristics could be relevant also such as religious affiliation. There is subsequent case law that sets out the principle of indirect discrimination.

In "*Jewish Free School Case*" - *R(E) v Governing Body of JFS and Another*<sup>12</sup> the issue was did it constitute direct racial discrimination under section 1(1)(a) of the Race Relations Act 1976 (RRA) to impose a criterion for admission to JFS (the Jewish free School as it used to be known) that the child applicant concerned be recognised as being Jewish by the Office of the Chief Rabbi of the United Congregation of the Commonwealth (OCR). If this applied then such a condition was unlawful by reason of section 17, of the RRA which outlawed discrimination in the arrangements made for selecting children for admission to schools and permits of no relevant exceptions.

The House of Lords ruled by 7-2 majority that there had been discrimination "on racial grounds" (defined by section 3 of the Act to include the ground of "ethnic origins"). Lord Phillips held that "the critical question is whether the requirements of Jewish identity as defined by the

---

having a particular religion or belief, a particular disability, a particular age, or a particular sexual orientation at a particular disadvantage compared with other persons unless:

(i) that provision, criterion or practice is objectively justified by a legitimate aim and the means of achieving that aim are appropriate and necessary, ...

<sup>10</sup> [1983] 2AC 548

<sup>11</sup> p 1066

<sup>12</sup> [2010] 2 AC 728, SC

1976 Act met the characteristics define those who have them by reference to " colour, race, nationality, or ethnic or national origins ?"<sup>13</sup>

His Lordship stated ruled :

*" The difficulties in which the school ensnared itself illustrate the confusion created by the distinction, created by anti-discrimination legislation, between discriminating on the basis of religion (which is justifiable) and discriminating on the basis of ethnic origin or race (which is not). The school, in excluding the son, was enacting a policy which was based on religious precepts. But the impact it had on the son was because of his ethnicity. In situations such as there is no bright line between the one and the other. As Lord Kerr observes, the school's policy was unimpeachable and justifiable. That is not to the point. There was direct discrimination under the Act, and therefore no justification could be advanced. "The breach of the legislation arises because of the breadth of its reach" .<sup>14</sup>*

Lord Hope one of the dissenting judges held that the crucial question was not whether the person was a member of a separate ethnic group from those advantaged by the school's admissions policy, but whether he had been treated differently on grounds of ethnicity. His Lordship recognised the right of the Office of the Chief Rabbi (OCR) to define Jewish identity in the way it does as a matter of Jewish religious law but "to say [its] ground was a racial one is to confuse the effect of the treatment with the ground itself" .<sup>15</sup>

Both the above cases invite a more nuanced approach by the judges and it is not in the remit to change the law which is for the Parliament to enact. However, it is clear from the judgments that in employment law if there was a rule or dress code that targets a specific religious group, such as a ban on Sikhs wearing turbans then it would be direct discrimination. If a more neutral dress code is adopted which applies equally to all employees it may have an indirectly discriminatory effect on those who wish to wear religious clothing or symbols at work. For example, a general ban on wearing religious clothing will have a special impact on those whose religious beliefs require them to wear particular items. While direct discrimination can only be justified in very limited circumstances, employers can objectively justify indirect discrimination by showing they have a legitimate aim and have acted proportionately.

This has been clarified by the Equality Act 2010 that was a consolidated legislation that framed into a single statute the Race Relations Act 1976, Disability Discrimination Act 1997 and Employment Equality (Age) Regulations 2006 into one statute. This has in its provisions a set of protected characteristics that includes religious belief<sup>16</sup> and it outlaws both direct and indirect discrimination in the workplace.<sup>17</sup> Section 19 of the Equality Act states :

- (1) A person (A) discriminates against another (B) if A applies to B a provision, criterion or practice which is discriminatory in relation to a relevant protected characteristic of B's.
- (2) For the purposes of subsection (1), a provision, criterion or practice is discriminatory in relation to a relevant protected characteristic of B's if:

<sup>13</sup> Para 27

<sup>14</sup> Para 124

<sup>15</sup> Para 201

<sup>16</sup> Section 4 has established protected characteristics as follows: disability; gender reassignment; marriage and civil partnership; pregnancy and maternity; race; religion or belief; sex; and sexual orientation.

<sup>17</sup> Equality Act 2010 prohibits discrimination on account of Religion or belief. Section 10 states:

- (1) Religion means any religion and a reference to religion includes a reference to a lack of religion.
- (2) Belief means any religious or philosophical belief and a reference to belief includes a reference to a lack of belief.
- (3) In relation to the protected characteristic of religion or belief—
  - (a) a reference to a person who has a particular protected characteristic is a reference to a person of a particular religion or belief;
  - (b) a reference to persons who share a protected characteristic is a reference to persons who are of the same religion or belief.

- (a) A applies, or would apply, it to persons with whom B does not share the characteristic,
  - (b) it puts, or would put, persons with whom B shares the characteristic at a particular disadvantage when compared with persons with whom B does not share it,
  - (c) it puts, or would put, B at that disadvantage, and
  - (d) A cannot show it to be a proportionate means of achieving a legitimate aim.
- (3) The relevant protected characteristics are age; disability; gender reassignment; marriage and civil partnership; race; religion or belief; sex; and sexual orientation.

The EU Equal Treatment Framework Directive 2000/78 that was transposed into English law to promulgate the Equality Act establishes a general framework for equal treatment in employment and prohibits both direct and indirect discrimination. Article 4 of the Directive entitled ‘Occupational requirements’ provides in Paragraph 1 :

*‘Notwithstanding Article 2(1) and (2), Member States may provide that a difference of treatment which is based on a characteristic related to any of the grounds referred to in Article 1 shall not constitute discrimination where, by reason of the nature of the particular occupational activities concerned or of the context in which they are carried out, such a characteristic constitutes a genuine and determining occupational requirement, provided that the objective is legitimate and the requirement is proportionate.’*

Paragraph 2 deals with differences of treatment based on a person’s religion or belief in the specific context of occupational activities within ‘public or private organisations the ethos of which is based on religion or belief’. This issue of religious discrimination emanating from English law has come before the European Court of Human Rights under Article 9 and the appeals from the national courts of the EU countries have been decided upon at the CJEU that have dealt with the Directive 2000/78. These rulings can be distinguished upon the reasoning of the courts.

## *II. Distinguishing the cases in the ECHR and the CJEU*

### *i) European Court of Human Rights (ECHR)*

It may be noticed that when it comes to the non-discriminatory exercise of freedom of religion by an employee working in the public sector the legal impact of the European Human Rights Court (ECtHR) is based on ECHR Article 9. The issue has been explored of the Hijab under this provision of a religious symbol worn by women of the Muslim faith. In *Leyla Şahin v. Turkey*<sup>18</sup> and *Dogru v. France*,<sup>19</sup> the hijab (headscarf covering the hair and neck while leaving the face uncovered) was ruled as an act that could be regarded as “motivated or inspired by a religion or religious belief”.

This principle of non interference has been held with reference to other religions also. In *Eweida and Others v. The United Kingdom*,<sup>20</sup> the conditions were established as to when such interferences were possible based on the ECHR. In this case, a woman employed by a private company who had to serve the customers in performing her tasks was prevented from wearing a cross. The Court found a violation of the applicant’s religious freedom under Article 9 of the ECHR. It was

<sup>18</sup> [GC], no. 44774/98, § 78, ECHR 2005-XI

<sup>19</sup> [GC] no. 27058/05, § 47, 4 December 2008

<sup>20</sup> [2013] ECHR 37

decisive in establishing the restrictions upon the private companies' to allow their employees religious freedom for the sake of their company's public profile.

In failing to protect Ms Eweida's desire to manifest her religion by wearing a visible cross at work, the UK breached her human rights. The ECHR held that a fair balance had not been struck between "Ms Eweida's desire to manifest her religious belief" by wearing a visible cross and "the employer's wish to project a certain corporate image".<sup>21</sup> This could apply also in the instance where Muslim women are actually prohibited from wearing a veil when such policies impose the exclusion of the headscarf as a matter of policy in the workplace. The application of the principle would require a balancing exercise in the public image of the employer and the aspirations of the employee to put on a religious head gear as a matter of religious belief.

## ii) Court of Justice of the European Union (CJEU)

While the CJEU's references to *Eweida* in its case law are in support of its ruling they do not reflect the basis upon which the judgment was made at the Strasbourg Court. On 14th March 2017, the CJEU issued two rulings which for the first time that clarified the concept of religious discrimination in the context of Council Directive 2000/78/EC, that established a general framework for equal treatment in employment and occupation.

In *Asma Bougnaoui v Micropole*<sup>22</sup> concerned a design engineer, Ms Bougnaoui, employed by a French private IT Consulting Company, Micropole. Following some complaints by Micropole's customers about Ms Bougnaoui's headscarf, she was asked to remove it on visits to customers and after she had refused, was eventually dismissed. It is not clear under the terms of the reference whether Micropole's objections were exclusively based on their customers' preferences or whether they also relied on a company neutrality policy. Prior to the specific complaints which triggered Ms Bougnaoui's dismissal, the issue of the headscarf had indeed already been raised and the very first instance, when Ms Bougnaoui met a Micropole representative at a student fair and discussed again at the time of her recruitment when she was informed that the wearing of a *hijab* would not be possible when dealing face-to-face with customers. Whether these repeated discussions about the headscarf reflected an established company neutrality policy or were hypothetical guidelines by Micropole management of customers' preferences was not obvious but the French Court de cassation is the correct forum to decide the issue, based on the CJEU findings on the facts.

In this case the Court found a direct discrimination on the ground of religion, since the employer's decision was not based on a general neutrality policy of the company. The customers' wish not "to have the services of that employer provided by a worker wearing an Islamic headscarf" could not be considered as a 'genuine and determining occupational requirement'.<sup>23</sup> The issue was, therefore, characterized as one of religious freedom (under article L. 1121-1 of the French Labour Code) and not as a discrimination question (under article L 1321-3 of the same code) such as under Article of the ECHR. Against this background, the *Bougnaoui* ruling upholds the protection against religious discrimination under the Directive to cover both religious beliefs and their manifestations. This interpretation reflects the concept of "guaranteeing equal opportunities for all and contributing strongly to the full participation of citizens" (as per Recital 9 of the Directive). It may not encourage the absolute acceptance in the work environment but attempts to eliminate the occasions for intolerance. The religious individuals are left with the option of choosing between

<sup>21</sup> Para 94

<sup>22</sup> [2017] Case C-188/15

<sup>23</sup> Para 41

their religious or work duties which may be a contravention of the ECHR that protects the Right to Religious Belief under the Article 9.

The fact that Islam does not clearly mandate women to wear a *hijab* or that restrictions on religious symbols only affect the manifestation of religious beliefs (the *forum externum*) while allegedly leaving intact the beliefs themselves (the *forum internum*) is not relevant.<sup>24</sup> The CJEU thus affirms a broad concept of religion, in accordance with the interpretation of religious beliefs under the ECHR.<sup>25</sup> This is an elastic framework for the French courts which still at times tend to define religion in restrictive terms as in its *Baby Loup* case,<sup>26</sup> a plenary assembly decision of 25th March 2014, when the Court de Cassation in a private employment law case held that a private nursery had lawfully required one employee to remove her non-face covering Islamic *jilhab* at work, in accordance with the general religious neutrality requirements contained in the nursery's policy.<sup>27</sup> The Court did not consider it necessary to examine whether the restriction amounted to discrimination on the ground of religion, on the basis of being satisfied, that following the Procureur général's non-legally binding opinion, that the employee concerned was still free to hold her Muslim beliefs.<sup>28</sup>

In *Samira Achbita & Anor v G4S Secure Solutions*<sup>29</sup> the claimant a Muslim woman worked as a receptionist for a security company who was dismissed because she chose to wear the Islamic headscarf. Her claim for wrongful dismissal on the grounds of direct discrimination relating to her religion was based upon direct discrimination based on religion within the meaning of Article 2(2) (a) of Directive 2000/78/EC if that ban is founded on a general company rule prohibiting visible political, philosophical and religious symbols in the workplace and not on stereotypes or prejudice against one or more particular religions or against religious beliefs in general.

The preliminary remark on neutrality in *Achbita* on the enforcement of a neutrality policy by a private undertaking caused the CJEU to make a finding of no direct discrimination.<sup>30</sup> The company's "*internal rule at issue in the main proceedings refers to the wearing of visible signs of political, philosophical or religious beliefs and therefore covers any manifestation of such beliefs without distinction. The rule must, therefore, be regarded as treating all workers of the undertaking in the same way by requiring them, in a general and undifferentiated way, inter alia, to dress neutrally, which precludes the wearing of such signs.*"<sup>31</sup>

The CJEU applied its proportionality analysis by reflecting on the question whether or not "*it would have been possible for G4S, faced with such a refusal, to offer her a post not involving any visual contact with these customers, instead of dismissing her*".<sup>32</sup> The Court concluded that precluding wearing of an "*Islamic headscarf at work does not constitute direct discrimination based on religion within the meaning of Article 2(2)(a) of Directive 2000/78/EC if that ban is founded on a general company rule*

<sup>24</sup> It is a matter of contention as to whether or not the wearing of Islamic dress is a religious requirement, obligatory on Muslims and required by the Koran. This is debated amongst Islamic scholars and Muslims alike. Even where it can be agreed that there is some form of obligatory dress requirement, there is little consensus as to what form this should take. T Shadid W and Van Koningsveld, *Muslim Dress in Europe: Debates on the Headscarf*, *Journal of Islamic Studies*, 2005 16:1 pp35-61.

<sup>25</sup> Para 30

<sup>26</sup> Cass Ass Plén 25 June 2014, (2014) Rec D 1386.

<sup>27</sup> For reflections on the case in light of EU requirements, see Myriam Hunter-Henin, 'Living Together in an Age of Religious Diversity: Lessons from *Baby Loup* and *SAS*' (2015) *OJLR* 1, 11-13, 18. in which the author argues that it would lead to indirect discrimination against Muslim women on account of a general requirement of neutrality that is not proportionate because of its wide ambit –all staff, without any distinction, are affected by the prohibition which moreover applies across all of the nursery's activities and in all of the nursery's premises. it constitutes an indirect discrimination.

<sup>28</sup> See also, F Laronge, 'Affaire *Baby-Loup*: l'épuisement du droit dans sa recherche d'une vision apolitisée de la religion' (2014) *Droit social* 100

<sup>29</sup> [2016] EUECJ C-157/15

<sup>30</sup> Para 15

<sup>31</sup> Para 30

<sup>32</sup> Para 43



*prohibiting visible political, philosophical and religious symbols in the workplace and not on stereotypes or prejudice against one or more particular religions or against religious beliefs in general. That ban may, however, constitute indirect discrimination based on religion under Article 2(2)(b) of that directive".*<sup>33</sup>

The finding of indirect discrimination in this case and that of direct discrimination in *Micropole* has been analysed by Myriam Hunter-Henin who observes that the lessons from the recent rulings of the European Court of Justice on the Hijab on the question of religious discrimination in the workplace are contradictory. This is because " *Customer preferences might have no say under article 4(1) to justify a measure which amounts to direct discrimination but they may justify a measure which only indirectly discriminates against employees on the ground of their religion under article 2(2)(b), ... and all that is needed for employers to fall under the grace of article 2(2)(b) and escape condemnation under article 4(1) is a unilateral internal company rule requiring neutrality from all employees*". This will lead to "employers to soon introduce such regulations in mass and close the discrimination route to employees".<sup>34</sup>

Hunter-Henin states that "such inconsistency can hardly be resolved by an appeal to the particular deference owed to French and Belgium secularism". The significance attached to "contact with customers" in the G4S ruling portrays religion as a potential source of division and conflict. These untrusted " *accounts of religion certainly echo recent legal trends in France and Belgium which seek to neutralise visible signs of religion for the sake of social harmony under a new form of secularism entitled, 'New Laïcité', or in more pejorative words, a 'falsified laïcité' or 'distorted laïcité' in law, the concept of laïcité is still construed as a principle of State religious neutrality rather than a tool of religious neutralisation*".<sup>35</sup>

This implies that if the private citizens have been increasingly subjected to restrictions upon their rights to manifest their religion in the French and Belgian public spheres, these legal developments have " *not been based on the concept of laïcité. The special committee set up to consider the issue of the wearing of the full veil concluded that the concept of laïcité was not relevant to the issue and the government's text which led to the 2010 French legislative ban on the covering of the face in the public sphere did not rely on the notion. Similarly prior restrictions on religious manifestation in the workplace did not rely on laïcité, unless the work involved a mission of public service. Laïcité, had held the Court de cassation, could not serve as a legal basis for a restriction imposed in a purely private law employment context*".<sup>36</sup>

Hunter-Henin contends that having decided that the " *wearing of the hijab was a religious manifestation covered under the Directive, the CJEU then went on to rule that Ms Bouganoui's dismissal either amounts to direct discrimination under Article 2(2)(a) of the Directive (in the absence of a company neutrality policy) or to indirect discrimination under article 2(2)(b) of the Directive (should such neutrality policy prove to have been in place). The distinction makes sense. In the former instance, the dismissal directly relies on the employee's religion (to which the wearing of the hijab must be assimilated) whereas in the latter, the impact on the religious employee's rights results from a rule which, albeit neutral, 'puts religious employees (and especially Muslim female employees) at a particular disadvantage*". The judgment implies that a ban on the Islamic *hijab* in the workplace "will amount to unjustifiable direct discrimination".<sup>37</sup>

The implication is that in purely private law employment law contexts the religious individual rights traditionally have precedence. While deferring to national discretion in assessing the proportionality of indirect discriminatory measures, the CJEU indicates that restrictions upon employees' rights to manifest their beliefs in the workplace (whether in the public or private sector) ought to be justified if they rely on a neutrality company rule. The case law demonstrates that that

<sup>33</sup> Para 44

<sup>34</sup> Myriam Hunter-Henin, Lessons from the European Court's Hijab rulings, 6 April 2017, <https://www.ucl.ac.uk/european-institute/news/2017/apr/lessons-european-courts-hijab-rulings>

<sup>35</sup> Ibid

<sup>36</sup> Ibid

<sup>37</sup> Ibid

such interference with religious freedoms are not allowed to such an extent. In the *Baby Loup* case, the dismissal of an employee who had refused to remove her *jilbab* was held legitimate and proportionate but only because ostentatious religious symbols were construed as potentially harmful for children's freedom of conscience.

The English Employment Tribunals have followed the precedent of the CJEU by ruling that there is no religious discrimination in job interview questions about Muslim interviewee's dress causing a trip hazard. In *Begum v Pedagogy Auras UK Ltd t/a Barley Lane Montessori Day Nursery*<sup>38</sup> the Employment Appeal Tribunal (EAT) dismissed an appeal against an employment tribunal decision that there was no religious discrimination against a Muslim interviewee. She was asked by an interviewer about the potential for her unusually long religious dress to provide a trip hazard. Ms Begum wears a *jilbab*, a dress that covers her body from neck to ankle. While discussing the need to wear non-slip shoes, one of the interviewers had noticed that the *jilbab* was covering Ms Begum's shoes and touching the floor. The employment tribunal dismissed Ms Begum's subsequent religious discrimination claim. The appeal was dismissed because Ms Begum was never told she could not wear the *jilbab* that she was wearing at the interview, only that she should not wear clothes that might constitute a trip hazard. Ms Begum was permitted to wear a *jilbab*, even at full length, providing that it did not constitute a trip hazard.

In *Farrah v Global Luggage Co Ltd* (employment tribunal)<sup>39</sup> a retailer with branches on Oxford Street and in Piccadilly forced a Muslim employee who came to work wearing a headscarf to resign because it wanted to retain its "trendy" image. Ms Farrah, who worked part time for a retailer that sells suitcases, is a Muslim, but does not normally wear religious dress. After she began wearing a *hijab* headscarf at work, she was moved from working at the Piccadilly store, which "caters for a higher class of customer", to the Oxford Street store, which was "less pleasant" for her (for example, she was required to clean shelves). Ms Farrah resigned after she was threatened with redundancy, despite a later increase in the workforce. She said she was given the option of resigning immediately with a good reference, or being dismissed "the formal way" and without a reference. Her religious discrimination claim was unsuccessful, with the tribunal noting that she should have brought an indirect, rather than direct, discrimination claim. However, the tribunal went on to uphold Ms Farrah's unfair dismissal claim, concluding that she was either actually or constructively dismissed after being given a clear indication that she had no future.

Whether the discrimination is characterized as direct or indirect, it may be justified by the employer. The justification test in case of direct discrimination is a stricter test the difference of treatment is based on one of the protected characteristics that may only be justified if it corresponds to a genuine and determining occupational requirement, by reason of the nature of the particular occupational activities concerned or of the context in which they are carried out (article 4(1) Directive). The justification of an indirectly discriminatory measure on the other hand is only subject to the requirements of legitimacy, proportionality and necessity under article 2(2)(b)(i).

Saïla Ouald-Chaib and Valeska David contrast the *Eweida* judgment with rulings under the CJEU and provide the "three important grounds that are contrary to the interpretation adopted in *Achbita*. These are: (1) the difference between a human right and a business interest; (2) the seriousness of the restriction for the applicant; and (3) the lack of evidence on the harm inflicted to the company. These can be examined under the following sub-headings:

**(1) Human right vs. business interest:** While the Court in *Eweida* accepted as legitimate the private companies' wish to project a certain corporate image, it made it clear that this does

<sup>38</sup> (2015) UKEAT/0309/13/RN

<sup>39</sup> ET/2200147/2012

*not stand on a same footing with the right to manifest one's religion. For the ECJ, an employer's wish to project an image of neutrality is covered by the freedom to conduct a business (Article 16 Charter). This reasoning doesn't have a place at the ECtHR. Freedom of religion, like the prohibition of discrimination, is a human right protected by the ECHR (Article 9); the private companies' interest to project an image is not. The Court thus concluded in Eweida that too much weight was accorded to this interest. (§ 94).*

- (2) **Proportionality requires weighting what is at stake for the applicant:** *Ascertaining this aspect in Eweida, the Strasbourg Court acknowledged "the value [of religious manifestation] to an individual who has made religion a central tenet of his or her life to be able to communicate that belief to others" (§ 94). Moreover, in its necessity test, the Court also considered the socio-economic harm faced by Ms. Eweida and by other applicant manifesting religion in a private workplace. That is, it weighed the possibility of changing job and the seriousness of losing one's job (§§ 83 and 109).*
- (3) **Need for evidence of the alleged threat:** *Of course, balancing presupposes a careful examination of what is at stake at the side of the employer too. That is why the ECtHR in Eweida went on to examine the damage experienced by the company. But the Court didn't find "any negative impact on British Airways' brand or image." There was "no evidence of any real encroachment on the interests of others" (§§ 94- 95).<sup>40</sup>*

The CJEU frames its proportionality inquiry in the following terms: "*it must be determined whether the prohibition is limited to what is strictly necessary.*" That is "*whether the prohibition [...] covers only G4S workers (Achbita) who interact with customers*" (§ 42)

Ouald-Chaib and David contend that the CJEU pre-empted the last question which overlooks "the initial crucial questions of proportionality that the ECtHR asked in *Eweida*:" These can be defined on grounds what was the risk "for the applicant and what weight does this have in the balancing? How did her religious manifestation threaten the company's interests and what evidence was provided to that effect?"<sup>41</sup> There are significant aspects of the *Eweida* case which may be contrasted that are firstly, the applicant declined British Airways' offer to transfer to a job that did not require "visual contact with customers" and secondly, "while this offer, according to the ECtHR, could have mitigated the interference, it did not make the restriction proportionate (§§ 94-95)" which establishes that, "hiding the employee" is not a solution under the ECHR. Finally, the Strasbourg Court had "rightly found a violation even though it had not been established that the company's uniform policy had put Christians generally at disadvantage (§§ 14-16)".

The CJEU "*blindly accept neutrality policies in private companies to be legitimate, it also considers neutrality policies which prohibit employees to manifest their religion to be part of the right to conduct a business. The ECJ is more critical in the case of Bougnaoui, where it does not accept that customers' wishes trump employees' right to manifest their religion. In the case of Achbita, however, such a critical stance is missing. At the same time, the critical approach in the former case is made insignificant. Indeed, ultimately, even though the ECJ does not accept in Bougnaoui that individual customers' wishes are used as a basis for dismissing employees, it does accept, in Achbita, that employers put a policy in place which doesn't allow manifestations of beliefs because of possible non neutral perceptions this might engender with customers*".<sup>42</sup>

<sup>40</sup> Ibid

<sup>41</sup> Ibid

<sup>42</sup> Saïla Ouald-Chaib and Valeska David, European Court of Justice keeps the door to religious discrimination in the private workplace opened. The European Court of Human Rights could close it. 27/3/17 <https://strasbourgobservers.com/2017/03/27/european-court-of-justice-keeps-the-door-to-religious-discrimination-in-the-private-workplace-opened-the-european-court-of-human-rights-could-close-it/>

This critique is premised upon "whether dismissing an employee for wearing a headscarf at the workplace is an appropriate and necessary means for pursuing a neutral image of the company towards customers". The ECJ determination in their view is that "it does. At least, as long it concerns employees with a customer contact job and as long as the policy is applied in a consistent manner".<sup>43</sup> The ECJ accepted the reasoning unchallenged that employees who are treated differently would not be discriminated against, as long as you 'give them' the 'opportunity' to have a back office job. It encourages employers to conceal diversity and to demote people who are visibly religious in the 'closet' of the company.<sup>44</sup>

### III. Essential basis of the Neutrality argument

The preliminary remark on neutrality in *Achbita* on the enforcement of a neutrality policy by a private undertaking caused the CJEU to make a finding of no direct discrimination. The religious freedom can be restricted for the sake of "private neutrality" as an acceptable proposition. In this case the wearing of the *hijab* was deemed as a problem because the employee was in constant contact with customers who might have objected to her wearing symbols of religious affiliation.

However, because this was established by a general company neutrality rule by G4S based on the customers' preferences and prejudices that were not accepted on the facts in the *Bougnououi* ruling. In this instance the employer, Micropole had been more receptive to religious employees than G4S and it was concerned about customers' objections but did not dismiss the employee until there were implications. In *Achbita* the CJEU suggested that the discrimination suffered by the G4S employee ought to be held to be justified because the employer had prevented from the start any possibility of a reconciliatory position. The judgment implies that a ban on the Islamic *hijab* in the workplace will amount to unjustifiable direct discrimination unless it relies on a company neutrality policy, in which case it will be characterized as justifiable indirect discrimination.

At the ECtHR the neutrality argument is not accepted as a basis to reject the applicants' affiliation towards a religion by manifestation of their dress. The acceptance of restrictions to religious symbols in the name of neutrality has a narrow interpretation and such restrictions concern public institutions, mostly in the educational field, and these are subject to a principle of neutrality with human rights. Therefore, in the context of the Strasbourg Court the organisation has to be in the public domain in order to attain the protection but it would not be possible for a private undertaking to avail itself by adopting a neutral policy in order to avoid liability.

This has been debated at the ECtHR in *Lachiri v Belgium*<sup>45</sup> where the issue was that the court usher informed the applicant to remove her *hijab* before entering the courtroom which was in accordance with Article 759 of the Belgian Judicial Code that required everyone to remove their headgear before entering the courtroom. The applicant refused and was not allowed to attend the hearing. The applicant unsuccessfully challenged the decision and the issue before the Court was whether exclusion of the applicant from the courtroom on the sole ground that she refused to remove her *hijab* constituted a restriction of her right to manifest her religion was a breach of the Article 9 rights. The applicant, in order to support her claim that she could not be subjected to a duty of discretion in the expression of her religious beliefs, argued not only that she was a mere citizen but also that courtrooms are public spaces open to all.

<sup>43</sup> Ibid

<sup>44</sup> Eva Brems, Analysis: European Court of Justice Allows Bans on Religious Dress in the Workplace at <https://blog-iacl-aidc.org/test-3/2018/5/26/analysis-european-court-of-justice-allows-bans-on-religious-dress-in-the-workplace>

<sup>45</sup> Application no 3413/09: (2018)

The ECtHR accepted that the refusal to admit the applicant to the courtroom on account of her refusal to remove the *hijab* constituted a restriction on the exercise of her right to manifest her religion. The Court concluded that the legitimate aim pursued had been the “protection of public order” and the necessity of the restriction in a democratic society was first of all that the “Islamic headscarf was headgear and not, as in the case of *S.A.S. v. France* a garment which entirely concealed the face with the possible exception of the eyes.”<sup>46</sup>

The Court ruled that Mrs Lachiri’s conduct when entering the courtroom had not been disrespectful and had not constituted nor potentially was a threat to the proper conduct of the hearing. Therefore, the need for the restriction in issue had not been established and that the infringement of her right to freedom to manifest her religion was not justified in a democratic society under Article 9 (2). The Court, however, stated that since in *Lachiri*, the prohibition was only aimed at the protection of public order, it will not examine whether it could have been justified by the objective of “maintaining the neutrality of the public arena.”<sup>47</sup> The principle of “neutrality” can be defined here as the obligation of the state and its institutions, like courts, to be religiously neutral. This requires the civil servants, such as judges, who represent the institutions, themselves to be neutral. This duty concerns primarily the *action* of civil servants: they are required first and foremost to *act* neutrally, meaning that they cannot favour some citizens over others for religious reasons nor promote a certain faith while performing their duties.<sup>48</sup> This was affirmation that whilst a court could be part of the “public arena”, it was not a “public place” comparable to a public street or square and “a court is indeed a “public” institution in which respect for neutrality towards beliefs could prevail over the free exercise of the right to manifest one’s religion, like public educational establishments”.<sup>49</sup>

In some states like France, however, go further than this: they impose on their civil servants an obligation to be neutral in their appearance, and not merely in their action, thus precluding them from wearing any sign that would reveal to the public that they believe in a certain faith.<sup>50</sup> The Court has accepted that such a restriction to the right to manifest one’s religion – usually justified by reference to the concept of *laïcité*, which implies an extensive conception of state neutrality – is compatible with the Convention, at least for what regards social worker employed in the psychiatric wing of a public hospital.<sup>51</sup> In terms of judges, the duty of neutrality is especially strict because of the special sensitivity of their vocation and they cannot undermine “the public’s confidence in the ability of the judiciary to render justice independently and impartially. Accordingly, a good case can be made that an extensive duty of religious neutrality, as including an obligation to be neutral in their appearance, is justified with respect to judges. It can be surmised that the Court would consider such a measure as being in accordance with the Convention”.<sup>52</sup>

J. Ringelheim observes that the “*private person who enters a courtroom to assist a hearing or participate in it as a witness or a civil party does not exercise any official function. Nor do they hold*

<sup>46</sup> [GC] (no. 43835/11, §§ 124-36, ECHR 2014 (extracts) [GC]

<sup>47</sup> Para 46

<sup>48</sup> The Human Rights Centre in Ghent argued in its third party intervention that based on past precedent a restriction to the wearing of a religious sign based on Article 759 cannot be considered to be “prescribed by law” within the meaning of Article 9(2) ECHR. On the limitations of the neutrality argument and of other grounds to restrict the manifestation of religion, see also, Third Party Intervention by Human Rights Centre of Ghent University in *Lachiri v. Belgium*, Application No. 3413/09, Available at <http://www.hrc.ugent.be/third-party-interventions-before-ecthr/>

<sup>49</sup> Para 45, See *Sahin v Turkey* no. 44774/98, § 78, ECHR 2005-XI

<sup>50</sup> On the distinction between “neutrality of action” and “neutrality of appearance”, see S. Van Drooghenbroeck, “Les transformations du concept de neutralité de l’Etat. Quelques réflexions provocatrices,” in *Le droit belge face à la diversité culturelle* (Bruylant, 2011) 75.

<sup>51</sup> *Ebrahimian v. France* App No 64846/11 (2015)

<sup>52</sup> On the concept of religious neutrality in the Court’s case law, see Julie Ringelheim, “State Religious Neutrality as a Common European Standard? Reappraising the European Court of Human Rights Approach,” *Oxford Journal of Law and Religion* (2017) 6(1) doi 10.1093/ojlr/Rww060.

*any deciding power. It is thus hard to see how the fact that their clothing reveals that they have certain religious beliefs could generate, among some persons, the fear that their case would not be judged impartially. The idea that the mere presence of a person in the premises of a court is a sufficient reason to forbid them from wearing a religious symbol in order to safeguard the court's neutrality disregards the very rationale of the neutrality principle, that is, to guarantee that all individuals are treated objectively and impartially by the judiciary".<sup>53</sup>*

In employment law the issues that will need to be addressed when balancing the right to wear religious symbols is the integration of the employee with other members of staff and the customer service that may be required. This will be the factor that determines the neutrality standard applied by the employer is reasonable and does not impose any obligations that are harsher than the ordinary standard. The approach taken by the CJEU focuses on the direct and indirect discrimination of the employee whereas the ECtHR considers the breach of Article 9 freedom of conscience, religion and thought. It is apparent from the case law that the manifestation of religious symbols is given a greater latitude in the human rights context than when it is pleaded as the breach of the EU law that has been incorporated in English law to protect the rights of the employee within the equality framework.

## **Part B. Religious discrimination in the Australian labor system**

### *I. Direct discrimination in the work environment*

In Australia, national and state laws cover equal employment opportunity and anti-discrimination provisions in the workplace. The laws to create a workplace free from discrimination and victimisation are composed of the federal legislation as promulgated by the Commonwealth and the state legislation enacted by the state Parliaments. Section 116 of the Australian Constitution confers a guarantee of religious freedom in the following terms:

*"The Commonwealth shall not make any law for establishing any religion, or for imposing any religious observance, or for prohibiting the free exercise of any religion, and no religious test shall be required as a qualification for any office or public trust under the Commonwealth".<sup>54</sup>*

In *Adelaide Company of Jehovah's Witnesses Incorporated v Commonwealth*,<sup>55</sup> the Commonwealth considered that the Jehovah's Witnesses were promulgating doctrines such as an objection to voting on religious grounds that were prejudicial to the defence of the Commonwealth and the efficient prosecution of the war. It took action against the Adelaide Company under the National Security (Subversive Associations) Regulations, which had been made pursuant to the National Security Act 1939 (Cth). Even though the case concerned the dissolution of an incorporated religious body, the fact that only one judge found the Regulations to be contrary to s 116 (free exercise clause) did not mean it could not protect incorporated and unincorporated religious associations in principle.

<sup>53</sup> Julie Ringelheim, *Lachiri v. Belgium: Headscarf ban imposed on a civil party in a courtroom in violation of religious freedom*, 23/11/18 <https://strasbourgothers.com/2018/11/23/lachiri-v-belgium-headscarf-ban-imposed-on-a-civil-party-in-a-courtroom-in-violation-of-religious-freedom/>

<sup>54</sup> This Constitutional provision reflects Article 18 of the International Convention of Civil and Political Rights 1966 Article 18. It also has parallels with the Free Exercise Clause of the First Amendment 1791 of the US Constitution.

<sup>55</sup> (1943) 67 CLR 116.

Chief Justice John Latham held:

"...it should not be forgotten that such a provision as s. 116 [of the Constitution] is not required for the protection of the religion of a majority. The religion of the majority of people can look after itself. Section 116 is required to protect the religion (or absence of religion) of minorities, and, in particular, of unpopular minorities".<sup>56</sup>

Williams, J stated that this free exercise clause could apply to individuals as well as corporations.<sup>57</sup> The common denominator in the legal framework of workplace discrimination is the focus on the relevant characteristic in the religious belief and/or religious activity and the similarity between the legislative provisions in the areas in which they prohibit discrimination based on the relevant characteristic.<sup>58</sup> In each jurisdiction with a prohibition on religious discrimination, the prohibition extends to employment, education, access to goods services and facilities and accommodation.<sup>59</sup>

The Commonwealth enacted the *Human Rights and Equal Opportunities Commission Act 1986* (Cth) (HREOC Act) which provides that religion be dealt within the framework, firstly, the Commission is given power to investigate and attempt to conciliate allegations that an act or practice of the Commonwealth is inconsistent with human rights, which includes the right to hold and manifest religious beliefs. (HREOC Act s 11(1)(f) and s 3(1)), Secondly, the Commission can investigate and conciliate complaints of discrimination in employment or occupation on a number of specific grounds, including religion. (HREOC Act s 31(b)). The decisions of the HREOC cannot be challenged by means of judicial review.

Every state jurisdiction except South Australia and New South Wales<sup>60</sup> prohibits religious discrimination. In most jurisdictions, the prohibition is created by incorporation of religion into a general list of characteristics on which it is prohibited to discriminate.<sup>61</sup> In Victoria, where 'religious belief or activity' is included in a list of 16 such characteristics.<sup>62</sup> 'Religious belief or activity' is defined as:

- a) holding or not holding a lawful religious belief or view;
- b) engaging in, not engaging in or refusing to engage in a lawful religious activity.<sup>63</sup> The Equal Opportunities Act 2010 sets out the criteria for the determination whether discrimination has taken place. These are size, nature and circumstances of the business; resources; business and operational priorities; and practicality and cost of measures.<sup>64</sup>

<sup>56</sup> Para 143-44

<sup>57</sup> Para 155, Rich J, agreeing with Williams J), 154 (Starke J), 167 (Williams J).

<sup>58</sup> The connection between the free exercise of religion and individual rights has been increasingly recognised in academic literature. See, Professor Nicholas Aroney "Freedom of Religion as an Associational Right" (2014) 33/1 *University of Queensland Law Journal* 153-186.

<sup>59</sup> In *Miller v Wertheim*, (2002) FCAFC the Full Federal Court dismissed a claim of discrimination under the Racial Discrimination Act 1975 in relation to a speech made by the respondent (himself Jewish) which had criticised members of the Orthodox Jewish community for allegedly divisive activities. The Full Court stated that it could be 'readily accepted that Jewish people in Australia can comprise a group of people with an "ethnic origin"' (At 14) for the purposes of the RDA, and cited with approval *King-Ansell v Police* (1979) 2 NZLR 53. This case had accepted the reasoning of Lord Fraser that Sikhs could constitute an 'ethnic group' and were therefore entitled to the protection of the *Race Relations Act 1976* (UK). This case has been applied in Australia in the context of determining whether Jewish people are protected by the *Racial Discrimination Act 1975*.

<sup>60</sup> In New South Wales discrimination based on 'ethno-religious or national origin' is prohibited: *Anti-discrimination Act 1977* (NSW) s 4 and s 7. This ground has been specifically considered in relation to a complaint made by a Muslim person in *Khan v Commissioner, Department of Corrective Services* [2002] NSWADT 131. where he stated that he has been discriminated against because he was denied halal food in prison. The NSW Administrative Decisions Tribunal found that being a Muslim was not sufficient to constitute 'ethno-religious origin', and that there must be a close tie between faith, race nationality or ethnic origin for the prohibition to operate:

<sup>61</sup> See *Anti-discrimination Act 1991* (Qld) s 7(1)(i); *Anti-discrimination Act 1998* (Tas) ss 16(o) and (p), *Equal Opportunity Act 1995* (Vic) s 6(j); *Racial and Religious Tolerance Act 2001* (Vic) s 3; and *Anti-discrimination Act 1992* (NT) s 19(1)(m).

<sup>62</sup> *Equal Opportunity Act 1995* (Vic) s 6.

<sup>63</sup> *Equal Opportunity Act 1995* (Vic) s 4.

<sup>64</sup> In New South Wales discrimination based on 'ethno-religious or national origin' is prohibited: *Anti-discrimination Act 1977*

The other states have elected a different legislative format to achieve the same purpose and have addressed discrimination on the basis of religious belief in separate sections (rather than listing it among the prohibited grounds of discrimination).<sup>65</sup> The Australian Capital Territory *Discrimination Act 1991* (ACT) provides:

It is unlawful for an employer to discriminate against an employee on the ground of religious conviction by refusing the employee permission to carry out a religious practice during working hours, being a practice:

- (a) of a kind recognised as necessary or desirable by people of the same religious conviction as that of the employee; and
- (b) the performance of which during working hours is reasonable having regard to the circumstances of the employment; and
- (c) that does not subject the employer to unreasonable detriment.<sup>66</sup>

In Western Australia the *Equal Opportunity Act 1984* (WA) provides:

- (1) For the purposes of this Act, a person (in this subsection referred to as the ‘discriminator’) discriminates against another person (in this subsection referred to as the ‘aggrieved person’) on the ground of religious or political conviction if, on the ground of:
  - (a) the religious or political conviction of the aggrieved person;
  - (b) a characteristic that appertains generally to persons of the religious or political conviction of the aggrieved person; or
  - (c) a characteristic that is generally imputed to persons of the religious or political conviction of the aggrieved person,

The discrimination takes place when the aggrieved person is treated less favourably than in the same circumstances or in circumstances that are not materially different. The discriminator treats or would treat a person of a different religious or political persuasion.<sup>67</sup> The similarity between these approaches is a focus on the relevant characteristic which is religious belief and/or religious activity. There is a further unanimity between the legislative provisions is their scope in the areas in which they prohibit discrimination based on the relevant characteristic. In each jurisdiction with a prohibition on religious discrimination, the ban extends to employment, education, access to goods services and facilities and accommodation.<sup>68</sup>

The discrimination based on religious has been included in a list of relevant characteristics (such as in Victoria), or by provisions dealing specifically with discrimination based on religion (such as the Australian Capital Territory and Western Australia). The legislation in South Australia

---

(NSW) s 4 and s 7. This ground has been specifically considered in relation to a complaint made by a Muslim person in *Khan v Commissioner, Department of Corrective Services* [2002] NSWADT 131. where he stated that he has been discriminated against because he was denied halal food in prison. The NSW Administrative Decisions Tribunal found that being a Muslim was not sufficient to constitute ‘ethno-religious origin’, and that there must be a close tie between faith, race nationality or ethnic origin for the prohibition to operate:

<sup>65</sup> *Discrimination Act 1991* (ACT) ss 7(1)(h), 8(1), 11; and *Equal Opportunity Act 1984* (WA) ss 53-65.

<sup>66</sup> *Discrimination Act 1991* (ACT) s 11.

<sup>67</sup> *Equal Opportunity Act 1984* (WA) s 53.

<sup>68</sup> See *Anti-discrimination Act 1991* (Qld); *Anti-discrimination Act 1998* (Tas) s 22; *Equal Opportunity Act 1995* (Vic) ss 13, 14, 37, 42, 49-52, *Anti-discrimination Act 1992* (NT) ss 29, 31, 41 and 38; *Discrimination Act 1991* (ACT) ss 10, 11, 18, 20 and 21; and *Equal Opportunity Act 1984* (WA) ss 54-65.



lacked a prohibition that would have concentrated on religious belief and practice and applied in the areas of employment, education, access to goods services and facilities and accommodation.

The *Equal Opportunity Act 1984* (South Australia) did not contain a prohibition on discrimination based on religious belief or practice. Nor is such a provision included in the current bill. However, some provisions relating to religion do exist. There was for religious groups an alternative source of protection may be available under the *Equal Opportunity Act 1984* (SA) provisions prohibiting discrimination based on race.<sup>69</sup> Race was defined in that Act as follows: 'race' of a person means the nationality, country of origin, colour or ancestry of the person or of any other person with whom he or she resides or associates.<sup>70</sup>

Anne Hewitt in a critique of the lack of clarity in the South Australian legal definition of race has given example of the difficulty of tying it with religion.<sup>71</sup> This is because the South Australian case law "does not assist with interpreting the meaning of 'race' in the *Equal Opportunity Act 1984* (SA). The majority of the available decisions focus on discrimination against aboriginal people, and include no analysis of whether aboriginals are a 'race' – this is assumed".<sup>72</sup> There is one South Australian decision concerning racial discrimination against a non-aboriginal person in *Richard Kahn v State of South Australia*<sup>73</sup> in which a man of Pakistani origin argued that he had been discriminated against when his application for an Aboriginal Education Worker Traineeship was rejected. While the Tribunal appears to have accepted that this was, indeed, discrimination on the basis of his Pakistani ancestry, the discrimination was not unlawful because the traineeships were a scheme for the benefit of persons of Aboriginal or Torres Strait Islander descent.

The Equal Opportunity (Miscellaneous) Amendment Act 2009 provides new grounds that includes 'people who wear dress or adornments symbolic of their religion'. The amendments in this statute include discrimination on grounds of race that include those come the province of religion. They impact in two areas which in work and education. Chapter 30, Section 1 effects those which are applicants and employees; Chapter 31, Section 2 effects the agents and employees; and Chapter 32, Section 1 impacts on contract workers.

The Australian study by a government appointed Expert Panel on Religious Freedom has stated the "cases illustrate how the existing anti-discrimination laws work to negotiate the intersection between the right to manifest religious belief, and the right to non-discrimination. The anchor points for the exception are the religious purpose of a body, and either or both of conformity to doctrines, tenets or beliefs of a religion, and avoiding injury to religious susceptibilities of adherents of a religion. These are matters that are objectively determined. However, even this approach fails to allow sufficiently for the particular circumstances of a case. For example, it fails to evaluate how central or important the belief is to the religion, how and to what extent any proposed action would infringe it, and how much harm might be done by defeating a discrimination claim in the particular facts of a case".<sup>74</sup>

There have been two anti-discrimination law reform inquiries that have recommended abandoning the use of exceptions, including those that presumptively favour religious conduct over non-discrimination. Both inquiries suggested relying instead on a general 'rights limitation' provi-

<sup>69</sup> Prohibition of discrimination on the ground of race, *Equal Opportunity Act 1984* (SA) pt 4.

<sup>70</sup> *Equal Opportunity Act 1984* (SA) s 5. On the basis Lord Fraser held in *Mandla v Dowell Lee* 2 AC 548 that Sikhs could constitute an 'ethnic group' and were therefore entitled to the protection of the *Race Relations Act 1976* (UK). This case has served as a precedent in Australia in the context of determining whether Jewish people are protected by the *Racial Discrimination Act 1975* (Cth) See note 53

<sup>71</sup> Anne Hewitt, "It's not because you wear a hijab, it's because you're Muslim: Inconsistencies in South Australia's discrimination laws" [2007] QUTLawJl 4; (2007) 7(1) Queensland University of Technology Law and Justice Journal 57

<sup>72</sup> *Abdulla v Berkeley on Hindley Street P/L* (2005) SA EOTL

<sup>73</sup> (2005) EOC 93-098

<sup>74</sup> Submission by the Discrimination Law Experts to The Expert Panel on Religious Freedom Inquiry: Religious Freedom Review, Department of Prime Minister and Cabinet, 14 February 2018. p 10

sion, under which the intersection of religion freedom and non-discrimination would be assessed on a case-by-case basis.<sup>75</sup> However, the Australian legal system may soon adopt a federal Act in 2019 that prohibits religious discrimination at federal level. This is because the Commonwealth government has accepted 15 of the twenty recommendations proposed by the Ruddock Review.<sup>76</sup> This will amend of the RDA which in section 9 prohibits discrimination on the basis of a person's "race, colour, descent or national or ethnic origin". Ethnic origin has been interpreted by the courts to cover both Sikhs and Jews. (See *Jones v Scully*) By contrast, Muslims and Christians are not covered by the Racial Discrimination Act, as they do not constitute a single ethnic group.

The amendment of the *Racial Discrimination Act 1975* (Cth) or the enactment of a Religious Discrimination Act (Bill) to make discrimination on the basis of 'religious belief or activity' unlawful.<sup>77</sup> Given the Ruddock Review's recognition of the powerful message that legislation gives to a society the mere suggestion that protection of religion be tacked on to the *Racial Discrimination Act 1975* (Cth) rather enacted in a standalone act is peculiar. As previously discussed, the Ruddock Review also recommended amendments to present exemptions contained in the *Sex Discrimination Act 1984* (Cth) to reduce their scope and accessibility.<sup>78</sup> However, the bill has come for criticism because there is no provision that allows the manifestation of religious symbols as a human right in the work environment.<sup>79</sup>

## II. Indirect discrimination in the workplace

The emergent themes in anti discrimination framework in the employment practice in Australia that it is accepted that it is integral to the diversity policy within the, organisational structures and routines, and the public domain or customer dealings.<sup>80</sup> This evaluation needs an empirical analysis in order to arrive at conclusions as to what leads to indirect discrimination. It therefore, requires a social legal input with studies aimed at the experience of the Muslim women who have displayed their customary head gear in the form of the *hijab*.

The prevalent view in Australia has been that while direct discrimination has subsided the indirect discrimination has continued in the workplace.<sup>81</sup> This confirms the need to focus on indirect and "subtle forms of discrimination", particular, there is a need to take into consideration the "multiple influences of gender, ethnicity, religion and pre-migration work on the perceptions and

<sup>75</sup> ACT Law Reform Advisory Council, Review of the Discrimination Act 1991 (ACT) Final Report, LRAC 3 FR, 2015; and Commonwealth Attorney-General's Department, Human Rights and Anti-Discrimination Bill 2012 Explanatory Notes, 2012. 18 ACT Law Reform Advisory Council, above n 17, 99-102; Commonwealth Attorney-General's Department, above n 17, 33-3517 .

<sup>76</sup> Philip Ruddock (Chair), "Report of the Expert Panel Religious Freedom Review" (18 May 2018) Appendix A: Submissions and consultations 109. 112 <https://www.ag.gov.au/RightsAndProtections/HumanRights/Documents/religious-freedom-review-expert-panel-report-2018.pdf> (Ruddock Review)

<sup>77</sup> Ruddock Review Recommendation 15

<sup>78</sup> Ruddock Review Recommendations 5 to 8

<sup>79</sup> The language of exemptions is a historical consequence of the piecemeal approach to the protection of human rights adopted in Australia that places religion at a disadvantage. Rather than portraying religions freedom as a valuable human right worthy of protection, it creates the false impression that religious freedom is an unusual permission to engage in unlawful behavior. It is unfortunate that the Ruddock Review did not instead adopt positive language recognising a religious school's right to select students and staff who are mission fit. The Chimera of Freedom of Religion in Australia: Reaction to the Ruddock Review. The Conversation. (Univ of Western Australia) <https://www.e-ir.info/2019/01/21/the-chimera-of-freedom-of-religion-in-australia-reactions-to-the-ruddock-review/>

<sup>80</sup> As Carolyn Evans has shown freedom of religion as protected under international human rights law has both an individual and a collective aspect, and the right to manifest religious freedom collectively necessarily implies that it has an organisational dimension. Carolyn Evans, Legal Protection of Religious Freedom in Australia (Federation Press, 2012) 35.

<sup>81</sup> E. A Deitch,., A.Barsky, , R. M Butz,., S., Chan, A. P., Brief, & , J. Bradley, Subtle yet significant: The existence and impact of everyday racial discrimination in the workplace. *Human Relations*, 56 (11) (2003): 1299–1324.

actual process of migrants' transition".<sup>82</sup> There is a presumption in the system that western norms are superior and serve to establish the secular values in the work environment.

The contemporary research conducted by Syed and Pio evaluates three levels of analysis within the emergent themes that subsumed: the macro-societal level, (social stereotypes, social support and the legal framework); the meso- organisational level, (diversity policies along with organisational structures and routines); and the micro-individual level (ethnic and religious bargains in the workplace). The study begins with the hypothesis that "*while most organisations have been found to be compliant with anti-discrimination legislation, with a tendency to discourage individual or isolated cases of direct discrimination, subtle forms of indirect discrimination were evident in the experience of those impacted. However, organisations can choose to take cognisance of such overtones through policies for diversity management*".<sup>83</sup>

Syed and Pio argue that the "perceptions of subtle discrimination" in other national and industrial contexts could be based on the lack of understanding "for the notion of cultural differences fading over time with reference to Australian born Muslim women who may face double jeopardy (ethnicity/religion and gender) and first generation Muslim migrant women who face triple jeopardy (ethnicity/religion, gender, migration)"; which may also extend to the "experiences and attitudes of Muslim women, such as those who have recently arrived and those of earlier periods"; and this can be presumed because the "earlier studies were too undifferentiated in terms of their treatment of migrant workers from different countries".<sup>84</sup>

It becomes apparent that while "strict dress codes or uniform are not enforceable in most Australian organisations, there is an unspoken code for personal presentation" which may impact adversely on women from minorities.<sup>85</sup> There are a number of key variables that have been identified and the potential implications for workplace diversity management. The exclusive focus on organisations by holding them solely accountable for diversity policies may be intensely inadequate as diversity management is impacted by both macro-societal and micro-individual issues. The workplace experiences of migrant women "are simultaneously shaped by occupational structure, legal frameworks of equal opportunity, and social networks of support. At each level, particular challenges towards diversity are evident".<sup>86</sup>

There are multilevel issues and challenges for Muslim migrant women in relation to their employment in Australian organisations. The issue has become for the employers of managing diversity in the organisation and set it within the division of labour in the structure of the business. The research shows that the "management of diversity will continue to be a major task for organisations that seek productivity and financial profits from a diverse workforce...and [therefore] foster conditions that promote structural and informal inclusiveness at all levels." It is, however, acknowledged that the conventional framing of the diversity management discourse is based on a preferencing of individual differences over social group differences with an explicit reference to a "business case for diversity".<sup>87</sup> The data indicate the complex nature of "interrelated multilevel challenges in the la-

<sup>82</sup> E.Ogbonna, & L. C Harris,. The dynamics of employee relationships in an ethnically diverse workforce. *Human Relations*, 59(3) (2006): 379–407.

<sup>83</sup> Jawad Syed and Edwina Poe, Veiled diversity ? Workplace experience of Muslim in Australia. *Asia Pacific Journal of Management* 27(1) (2009):115-137

<sup>84</sup> Ibid

<sup>85</sup> N Kamenou, & A Fearfull,.. Ethnic minority women: A lost voice in HRM. *Human Resource Management Journal*, 16(2) (2006) 154–172.

<sup>86</sup> M., Stockdale, & F. Cao, Looking back and heading forward: Major themes of the psychology and management of workplace diversity. In M. Stockdale & F. Crosby (Eds.). *The psychology and management of workplace diversity*:(2004) 298–316. Oxford: Blackwell Publishers.

<sup>87</sup> S Nicholas,., A Sammartino, J., O'Flynn, A.Ricciotti, , K.Lau, , & N Fisher,. The business case for diversity management. Research Report produced by The Department of Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs in cooperation with the Australian Centre for International Business, Melbourne.(2001.)

bour market which requires a much deeper understanding of migrant women's ethnic and religious customs, and the need to go beyond a simplified official 'success story' narrative of skilled migration in Australia".<sup>88</sup>

This empirical analysis based upon the experiences of the work environment is defined by a combination of issues and challenges within the framework of macro-societal, meso-organisational and micro- individual levels. These are productive means of evaluating the cultural differences between the prevailing organisational approaches towards diversity management, and the issues of multiple and intersecting ethnic and religious factors. They establish the policy framework of the Commonwealth government's priority in dealing with the "economic or business benefits of diversity, focused on migrant workers' skills and qualifications" rather than accommodating their specific needs such as religious manifestation expressed in their external appearance.

## Conclusion

There are common and divergent elements existing between the treatment provided by the UK legal system and the Australian legal framework on the use of the veil in the workplace and these depend on the incorporation on the multinational laws that have been adopted in the national law. In the English law the race relations legislation was the springboard for cases that came before the court and which distinguished between the direct and indirect discrimination. The racial discrimination can be extended to religious discrimination when minorities have a characteristic that needs protection in the law. This is basis upon which the Equality Act was framed which transposed European Equality Directive into domestic legislation and set out religion as one of the nine protected characteristics. The ECHR has also been adopted into the UK framework and it protects the religious beliefs under the Article 9 of the Convention. This has been applied in cases of discrimination in the wearing of religious symbols and there is strict duty imposed on the employer to respect the right of the employee to wear the veil in the workplace. The provision does not recognise the concept of direct or indirect discrimination by the employer and instead there is proportionality in balancing the right against the duties on the employer.

In Australia there are multi national rights that have been adopted but, by contrast, there is a constitutional provision in the form of Section 116 Free Exercise Clause that is based on the same principle as the First Amendment in the US Bill of Rights. This prescribes every religion equal protection while not upholding any particular belief as legally superior in treatment of its adherents. The Section can invalidate any law that is enacted but it has not been invoked to void state legislation. There is also the existence of the Racial Discrimination Act 1975 (Cth) which is significant because while the Commonwealth can enact discriminatory legislation provided that a statutory power exists, the states would find it onerous given possible inconsistency between such legislation and the RDA.

Section 9 of the RDA, *prima facie*, prohibits distinctions based on race, colour, descent or national or ethnic origin which impair the exercise of human rights and section 10 provides for equality before the law, denying the validity of laws which mean that a person with these characteristics does not enjoy the same rights as of another race. However, there is debate as to the extent to which these provisions could apply to discrimination based on religion, rather than on race, and the Commonwealth has not yet amended the provisions of the Act to enshrine religious belief in its contents.

<sup>88</sup> C. Ho, , & C. Alcorso., Migrants and employment: Challenging the success story. *Journal of Sociology*, 40(3)( 2004) 237–259.

The English law provides a more elastic determination of the 'neutrality' of the employer in terminating the employment based on indirect discrimination. The employer has to consider the specific task in the occupational environment where the religious symbol is worn and also has to balance factors such as not losing customers or grounds of health and safety. In Australia reform has been piecemeal and laws purports to be neutral as between the employer and the aggrieved party. The objective of the Commonwealth government has been to create the space for business activity in the workplace and has been less inclined towards promulgating legislation that protects religious beliefs in the workplace. It has left it to the state legislatures to enact their own laws that infringe the religious beliefs and this includes the wearing of veils in the workplace and, consequently, there is less case than in the English courts.

The common law systems in both England and Australia are a mirror in terms of the application of anti discrimination laws after international laws have been endorsed in their equality framework. It is important that the legislation does not create a victim complex in cases of religious symbolic discrimination. If those who chose to make cultural statements by projecting their apparel then they be discriminating themselves and conservatism must not be confused with piety. It is necessary for the courts to interpret the law that is objective in all circumstances in instances where facts meet the norms of conduct as in the work place.

# Non-discrimination of older workers in the Spanish and the European Union context

La tutela del derecho a la no discriminación de los trabajadores de edad avanzada en el contexto español y de la Unión Europea

FERNANDO FITA ORTEGA

*Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Facultad de Derecho*

*Universidad de Valencia E.G.*

ORCID ID: 0000-0001-5462-6859

Recibido: 4/11/19

Aceptado: 4/12/19

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5300>

*Abstract:* Age is a factor of discrimination for which, on many occasions, the affected is not even aware, probably because of the existing values in the society. Spanish Constitution does not mention expressly the age as a cause of discrimination. In the context of the European Union only in the year 2000 appeared the first Directive (Directive 2000/78/EC) aiming at the achievement of equal treatment in employment and occupation, prohibiting discrimination on grounds, among others, of age. These circumstances may have contributed to create this social perception.

Discrimination on grounds of age occurs mainly –but not only- at the beginning and ending of the employment relationship. In the first case, requiring a maximum age for access to employment. In the second, establishing criteria or preferences based on age to determine the extinction of the employment contract or, even, the exit from the labour market. Both aspects will constitute the object of this study, analyzing the issue from the perspective of the Spanish and European Union regulations, focusing not only on the study of discriminatory conducts, but also on its remedies.

*Keywords:* Older workers. Discrimination on grounds of age. Protection of fundamental rights. Spanish and European Union legislation

*Resumen:* La edad constituye un factor de discriminación respecto del que, en ocasiones, el afectado no es ni tan siquiera consciente, probablemente como consecuencia de “valores” asumidos socialmente, que hay que combatir. El hecho de que, en el caso español, la Constitución no mencione expresamente a la edad como causa de discriminación, y de que, en el ámbito de la Unión Europea, no fuese hasta el año 2000 cuando apareció la Directiva 2000/78/CE sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación, prohibiendo la discriminación por motivos,

---

\*fernando.fita@uv.es

entre otros, de edad, pueden haber contribuido a generar esa percepción social. La discriminación por razón de edad en el ámbito laboral se ha venido manifestando fundamentalmente en los momentos de inicio y fin del contrato de trabajo. En el primer caso, exigiendo una edad máxima para el acceso al empleo. En el segundo, estableciendo criterios o preferencias fundados en la edad para determinar la extinción del contrato de trabajo o, incluso, la salida del mercado laboral. Ambos aspectos constituyen el objeto de este estudio que incidirá no solamente en la presentación y estudio de las conductas discriminatorias, sino también en los mecanismos su reparación.

*Palabras clave:* Trabajador adulto. Discriminación por razón de edad. Tutela de los derechos fundamentales. Ordenamiento español y comunitario.

## 1. Age as a cause for discrimination in the legal systems of Spain and the European Union

As we already know, discrimination implies differentiated treatment of people who are in equal circumstances, according to a criterion of differentiation that provokes special repudiation from the judicial system, when affecting groups that have traditionally been subject to harassment, persecution or marginalisation in the society, perpetuating differentiated treatment which is not only negative but also goes against their dignity<sup>1</sup>. This is deeply rooted, either due to the actions of public powers or due to social practice<sup>2</sup>. Specifically, the criteria used to demonstrate differentiated treatment allows us to distinguish the principle of equal treatment from the prohibition of discrimination. The former represents a manifestation of moving from the Old Regime to a Rule of Law, where one grants subjects the condition of citizens, and with this, a series of rights that limit the absolute power of the monarchy. The latter recognizes rights to the people in order to protect their dignity, limiting the actions or decisions anybody could adopt. This difference therefore implies that while prohibition of discrimination affects both individuals and public authorities –so that discrimination is not acceptable neither in legal relationships with the public administration, nor in private relationships among particular citizens-, the principle of equal treatment is applicable only to public authorities and the laws<sup>3</sup> –hence, in particular relationships there is not the need to observe the principle of equal treatment-.

As the Judgement of the Spanish Constitutional Court 75/83, 3 August 1983, states, article 14 of the Spanish Constitution drafts the principle of equality before the Law as a subjective citizen right, avoiding discriminatory privileges and inequalities among them, provided that they are in the actual common situation where equal treatment must be applied. In these circumstances, the rule must be the same for everyone, including them in the provisions with the same concession of rights that prevents inequality. Not acting legislatively this way would therefore give rise to differentiated treatment caused by arbitrary, or at the very least unjustified conduct, of the legislative public power.

Once explained the difference between both principles, which are not always well delimited in Court<sup>4</sup>, we must now indicate the potential causes of discrimination that are listed in article

<sup>1</sup> *Sentencia del Tribunal Supremo* (STS) 17 May 2000 (appeal nº. 4500/1999)

<sup>2</sup> *Sentencia del Tribunal Constitucional* (STC) 62/2008, 26 May.

<sup>3</sup> Including other regulations considered as law in a broad sense, thus, including not only Acts of the Parliament but also Statutory Instruments and in case of Spanish legislation the so called Statutory collective agreements (agreed following the rules foreseen in the *Estatuto de los Trabajadores* which have *erga omnes* efficacy). Collective agreements which have not that consideration are excluded, as well companies' practices (STS 11 November 2008, appeal nº. 120/2007) and individual decisions (STS 19 October 2003, appeal nº. 2869/2002).

<sup>4</sup> Even rules coming from European Union do not properly distinguish between these two principles as according to them 'equal treatment' mean that there shall be no direct or indirect discrimination whatsoever on grounds of religion or belief, disability, age or sexual orientation (art. 2.1 Directive 2000/78/CE).

14 of the Spanish Constitution, where age is not a listed factor. This is a list that, despite being drafted openly (as it contemplates a final criterion related to *any other personal or social condition or circumstance*) has been interpreted in a restricted way by Spanish courts, excluding causes such as temporary professional relationships<sup>5</sup> or illness<sup>6</sup>. Despite this circumstance, age has been listed by the Spanish judicial system as an unacceptable motive for differentiated treatment. Any unequal treatment on the grounds of age is considered discriminatory if there is no objective, reasonable and proportionate justification for it. This way, the Judgement of the Spanish Constitutional Court 22/1981, 2 July 1981, adopted a few years after the proclamation of the Spanish Constitution of 1978 and the first text (1980) of the Statute of Workers after the fall of the dictatorship, included that age could be considered as a factor which causes discriminatory treatment<sup>7</sup> when evaluating the provision contained in the current fifth annex of the Statute of Workers as discriminatory, which established the maximum employment age as sixty-nine years old, without prejudice to workers being able to complete the accepted period of service before retirement.

With regards to the ruling of the European Union, Council Directive 2000/78/EC, related to the establishment of a general framework for equal treatment in employment and occupation, expressly lists age as a criterion for discriminatory differentiation. Recording the concern for protecting of older workers in discriminatory situations in a legislative instrument has come much later than the initiatives designed to combat other factors of discrimination, such as sex or nationality, given that the fight against any discrimination for these reasons was already stated in the foundational treaties of the European Communities, because there were needed to implement them<sup>8</sup>. Age as a discriminatory differentiating criterion is included in Primary European Union law with the reform introduced in the Constitutive Treaty of the European Community by the Treaty of Amsterdam in 1997, although the Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers of 1989 recognised the importance of combatting all types of discrimination, highlighting, among others, the need to adopt appropriate measures for social and economic integration of older people and people with disabilities.

On the other hand, as stated in the Commission Report of the 17 January 2014<sup>9</sup>, at a time when the Directive adopted the concept of discrimination on grounds of age in employment and occupation was new in many member States<sup>10</sup> -demanding from business people a different approach to workers' age- professional discrimination against older workers acquired more and more relevance due to the demographic evolution in Europe and the tendency of these workers to remain in the labour market longer, via the deletion of forced retirement or the increase in retirement age and the dis-incentivisation for early retirement.

To conclude, it is worth pointing out that, according to the interpretation made by the European Court of Justice, the principle of non-discrimination on grounds of age must be considered

<sup>5</sup> STS 17 May 2000 (appeal n°. 4500/1999).

<sup>6</sup> STC 62/2008, 26 May. However, European Court of Justice (CJ) has forced to modify such an interpretation in relation to illnesses which can be equated with disability regarding antidiscrimination rules (for instance, J CJ 18 January 2016 (C-270/16, *Ruiz Conejero*).

<sup>7</sup> As later on confirmed by SSTC 75/1983, 3 August, or 31/1984, 7 March (which refers that art. 17 of *Workers Statute* includes a reference to age as a discriminatory criterion).

<sup>8</sup> Fighting against sex and nationality discrimination were needed in order to grant freedom of movement of European citizens and avoid social dumping. Thus, art. 7 and 48 of the ECC Treaty 1957 forbade any discrimination on grounds of nationality in relation to employment, retribution and any other working condition, and art. 119 of the same Treaty was referred to discrimination on grounds of sex (whether limited to retribution).

<sup>9</sup> *Joint Report on the application of Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin ('Racial Equality Directive') and of Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation ('Employment Equality Directive')* COM(2014) 2 final.

<sup>10</sup> The concept of non-discrimination is closely linked by tradition and the predominant values scales in every historical moment. GARCÍA MURCIA, 2006, "Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales" AA.VV. *La transformación del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*. La Ley. Madrid, p. 386.



as a general principle of European Law<sup>11</sup> (JCJ 22 November 2005, C-144/04, *Mangold*, paragraph 75<sup>12</sup>) as Directive 2000/78 does not establish the principle of equal treatment in terms of work and occupation. Its first article merely aims “to lay down a general framework for combating discrimination on the grounds of religion or belief, disability, age or sexual orientation, the source of the actual principle underlying the prohibition of those forms of discrimination being found” (paragraph 74)

## 2. Scope of the prohibition of discrimination on grounds of age (elderly workers)

### 2.1. Direct and indirect discrimination

The prohibition of discrimination, both for age and for other circumstances, includes both direct and indirect discrimination, the former understood as offering less favourable treatment to one person compared with others who are in the same situation due to their age, while indirect discrimination is understood as a particular situation of disadvantage can be attributed to people of a certain age via provisions, criteria or practices which are apparently neutral (article 2.2 of the Directive 2000/78/EC)

As indirect discrimination is a more complex concept than direct, the member States have faced difficulties when applying it correctly, because while the principle is enshrined in legislation, its application in practice still presents a challenge<sup>13</sup>, and this is highlighted in the *Report on the Implementation of the Race and General Framework Directives*<sup>14</sup>. When dealing with this matter, we must point out that cases that have been debated up until now related to age discrimination have mainly been cases of direct discrimination (either concerning access to employment<sup>15</sup>, working conditions<sup>16</sup>, or termination of employment<sup>17</sup>)<sup>18</sup>, and in many occasions age has appeared as an indirect aspect to be considered in discrimination on grounds of sex<sup>19</sup>. This situation may derive from the relative newness of age being

<sup>11</sup> What confers to this principle a general applicability that goes beyond the limits of Directive 2000/78/CE. MARTIN ROMERO, 2017. “Discriminación por edad: últimas tendencias de la jurisprudencia del TJUE” AA.VV. *Cambio laboral y políticas inclusivas*, Valencia, Universitat de València, p. 185.

<sup>12</sup> In the same sense, JCJ case C-447/09 (*Prigge et al*) paragraph 38.

<sup>13</sup> *Joint Report on the application of Council Directive 2000/43/EC... cit.*, p. 9.

<sup>14</sup> Equinet. European Network of Equality bodies, *Report on the Implementation of the Race and General Framework Directives*, 2013, p. 15 and 16. [http://www.equineteurope.all2all.org/IMG/pdf/equinet\\_equality\\_law\\_in\\_practice\\_2013\\_report\\_final\\_covers.pdf](http://www.equineteurope.all2all.org/IMG/pdf/equinet_equality_law_in_practice_2013_report_final_covers.pdf) (last access, 31-10-2019).

<sup>15</sup> JCJ 13 November 2014 (C-416/13, *Vital Pérez*) related to a national legislation which set the maximum age for recruitment of local police officers at 30 years (about local police, see also STC 20/2012, 1 March). Regarding National Police, STS (contencioso-administrativo) 21 March 2011 (appeal n.º. 184/2008) and JCJ 12 January 2010 (C-229/08, *Wolf*) related to a national legislation which laid down an age limit of 30 for recruitment to an intermediate career post in the fire service. SSTC 75/1983, 3 August, and 37/2004, 11 March, related to legislation setting a maximum age for recruitment of certain job post in the Public Service.

<sup>16</sup> JCJ 9 September 2015 (C-20/13, *Unland*) precluding a provision of national law under which the basic pay of a judge is determined at the time of his appointment solely according to the judge's age. Similar to that, JCJ 8 September 2011 (C-297/10, *Hennings and Mai*) precluding a measure laid down by a collective agreement which provides that, within each salary group, the basic pay step of a public sector contractual employee is determined on appointment by reference to the employee's age.

<sup>17</sup> JCJ 19 April 2016 (C-441/14, *DI*) related to a national legislation which deprives an employee of entitlement to a severance allowance where the employee is entitled to claim an old-age pension from the employer under a pension scheme which the employee joined before reaching the age of 50, regardless of whether the employee chooses to remain on the employment market or take his retirement. JCJ 5 July 2017 (C-190/16, *Fries*) related to the capability to act as a pilot in ferry flights to those who have attained the age of 65. JCJ 12 January 2010 (C-341/08, *Petersen*) related to a national measure setting a maximum age (68 years) for practicing as a panel dentist. JCJ 18 November 2010 (joined cases C-250/09 and C-268/09, *Georgiev*) related to a national legislation under which university professors are compulsorily retired when they reach the age of 68.

<sup>18</sup> Quoting PÉREZ AMORÓS, employees' age is a transversal referent which affects any of the three parts which it is possible to appreciate in the vital cycle of them (“Configuración y significación de los trabajadores de edad: notas introductorias” *Documentación Laboral*, n.º 112/2017, p. 20 and 23).

<sup>19</sup> JCJ 18 November 2010 (C-356/09, *Kleist*) Related to national rules which, in order to promote access of younger persons to employment, permit an employer to dismiss employees who have acquired the right to draw their retirement pension, when that

considered as a discriminatory factor compared to others such as sex, where discrimination tends to be more indirect than direct precisely because people are more aware of it (putting aside questions related to maternity, work-home life balance or sexual orientation)<sup>20</sup>. As a result, for example, practices related to demanding that somebody accredits obtaining a diploma before a certain date are not often questioned from an age-discrimination perspective, even when this could potentially constitute indirect discrimination<sup>21</sup>, due to the fact that the percentage of employees excluded for age as a consequence of this requisite would be statistically relevant<sup>22</sup>, an essential factor when evaluating the existence of indirect discrimination<sup>23</sup>, as the Judgement of the Spanish Constitutional Court 240/1999, 20 December 2019, points out, in the case of indirect discrimination we do not compare individuals but social groups whose different individual components are studied statistically.

## 2.2. *The possible justification of the difference in treatment according to a criterion of differentiation, such as age*

The differences in treatment due to age can be justified, just like the other differentiation criteria (already discriminatory or 'simply' suppose a violation of the principle of equal treatment) so that they do not merit the reproach of the judicial system. This way, although citizens have constitutionally been granted the subjective right to receive equal treatment<sup>24</sup> as well as the right not to be discriminated against<sup>25</sup>, it is possible to introduce differences provided that there is a sufficient justification for this difference, that is founded and reasonable, according to generally accepted criteria and value judgements, and whose consequences are not in any way disproportionate<sup>26</sup>.

That said, although it is true that in both cases (equal treatment and discrimination) the existence of a justification that prevents juridical reproach is acceptable, in the case of discrimination for reasons established in article 14 of the Spanish Constitution -that imposes the recognition of equality as end and generally as means<sup>27</sup>- it is vital that there is an objective and reasonable justifica-

---

right is acquired by women at an age five years younger than the age at which it is acquired by men. STS 31 May 2017 (appeal nº. 88/2017) related to a national rule fixing a maximum age limit in order to take part in the election of a Member of the European Court of Human Rights (*Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de enero de 2017*. B.O.E. 31 January 2017).

<sup>20</sup> About the awareness of the criterion of differentiation as a discriminatory one and the specific disadvantage of age in relation to sex, see APARICIO TOVAR and OLMO GASCÓN, 2007, *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*. Bomarzo Albacete, p. 43 (footnote 74).

<sup>21</sup> In the same sense, it could constitute indirect discrimination, on grounds of age, the selection of employees to be affected by a collective dismissal using the criterion of seniority in the Company, then requiring an objective, reasonable and proportionate justification (STSJ Navarra 16 January 2014, appeal nº. 345/2013 used this criterion in order to protect senior employees) However, CJJ 6 July 2012 (C-132/11, *Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt*) does not consider that difference in treatment according to date of recruitment by the employer concerned (seniority) is not, directly or indirectly, based on age or on an event linked to age. In relation to seniority as an indirect manifestation of age, APARICIO TOVAR and OLMO GASCÓN, *La edad como factor... cit.* p. 151 ff.

<sup>22</sup> Nevertheless, we must take into account art. 6.1 of The Directive 2000/7/EC that admits Member States to provide that certain differences of treatment on grounds of age shall not constitute discrimination, if, within the context of national law, they are objectively and reasonably justified by a legitimate aim. Among these differences might be included the fixing of minimum conditions of age, professional experience or seniority in service for access to employment or to certain advantages linked to employment.

<sup>23</sup> CJJ 14 April 2015 (C-527/13, *Cachaldora Fernández*).

<sup>24</sup> Which limits public powers and demands that equal situations are treated identically in terms of juridical consequences.

<sup>25</sup> Which represents an explicit prohibition of certain deep-rooted differences that have placed sectors of the population in positions which are not only unfavourable, but which go against the dignity of the person- both due to the actions of public power and due to social practice.

<sup>26</sup> STC 66/2015, 13 April.

<sup>27</sup> In contrast to the generic principle of equality which does not postulate parity as either a means or an end, but only requires reasonability in the regulatory difference of treatment, "the prohibition on discrimination implies a judgment of unreasonableness in making the differentiation already established *ex Constitutione* which is imposed as a purpose and generally as a means of creating parity" (STC 229/1992, 14 December).

tion, in accordance with generally accepted criteria and judgement values, whose demand must be applied in relation to the purpose and effects of the considered means. For this, there must therefore be a reasonable degree of proportionality between the means used and the finality sought<sup>28</sup>. Ultimately, the Spanish Constitutional Court demands greater rigour in the analysis of the justification of unequal treatment caused by a discriminatory factor, such as age, so that it can only be used exceptionally by the legislator as a criterion of legal differentiation, which implies the need to use a much stricter rule in the constitutional legitimacy hearing, as well as greater rigour in terms of the material demands of proportionality<sup>29</sup>.

The possibility of finding a justification for differentiated treatment according to a discriminatory criterion is equally admitted in the European legal system. This is shown in the Directive 78/2000/EC, although we seem to deduce from the second article that this possibility is only admitted with indirect discrimination. Nevertheless, articles 2.5, 4 and 6 of the Directive expressly refers to a various justifications, applicable to any kind of discrimination, on grounds of necessity for public security, for the maintenance of public order and the prevention of criminal offences, for the protection of health and for the protection of the rights and freedoms of others (article 2.5); by reason of the nature of the particular occupational activities concerned or of the context in which they are carried out (article 4.1); legitimate aim, including legitimate employment policy, labour market and vocational training objectives, and if the means of achieving that aim are appropriate and necessary (article 6).

This way, and related to different treatment on grounds of age that affects older workers, which is what we are dealing with here, justifications that have been provided to justify that differentiated treatment are been to a great extent related to the workers' decreased performance and the corresponding derived risk to the workers themselves or to third parties; or with the argument that the differentiated treatment is a consequence of an special protection for the group of older workers. There were also justifications linked to the situation of the labour market and employment policies, or the nature of the activity to be carried out. The first three were claimed in the resolution of the question about the establishment of a maximum age for a person to be employed in Spain (69 years) dictated in the Judgement of the Spanish Constitutional Court 22/1981, 2 July, and in this case, the three were rejected. It is worth pointing out that the supposed differences in treatment according to discriminatory criteria are, or should be, exceptional in the presence of the general rule, and as such, they must be admitted and interpreted in a restricted manner<sup>30</sup>. In any case, establishing the boundaries between differences in treatment that should be considered as acceptable and those that are should not, becomes very complicated<sup>31</sup>.

### 2.2.1. Presumption of incapacity

In terms of the presumption of ineptitude of a person on the grounds that they have reached a certain age, the STC 22/1981, rejects its admissibility so it therefore constitutes a general presumption that would affect all activities, independent from the specific skills required for each profession,

<sup>28</sup> STC 75/1983, 3 August.

<sup>29</sup> STC 66/2015, 13 April.

<sup>30</sup> APARICIO TOVAR and OLMO GASCÓN, *La edad como factor...* cit. p. 37. However, as BALLESTER PASTOR suggests, the wide range of exceptions to the principle of non-discrimination on grounds of age contemplated in the Directive 2000/78/EC draws to a degeneration of the antidiscrimination protection in cases where age is used as a factor to introduce different treatment ("Género y edad: los dos extremos del principio antidiscriminatorio comunitario" in AA.VV., *La relevancia de la edad en la relación laboral y de seguridad social*. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 35).

<sup>31</sup> GARCÍA MURCIA, "Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales", cit., p. 402.

economic sector and specific role<sup>32</sup>. Also, the Constitutional Court maintains that such a presumption would not be admissible as it would only affect those employed by a company, and excludes those working in the same role but as freelancers. Finally, the Court points out that a generalised incapacity to work based on a presumption *juris et de jure* of ineptitude would lack constitutional base, as it affects the same base of the right to work understood as the freedom to work, effectively cancelling the essential content.

Concerning the loss of aptitude of the worker and the potential risk that this situation could provoke for them or a third party is alluded to in the Judgement of the Court of Justice 12 January 2010 (C-341/08, *Petersen*), related to a national provision that establishes an age limit of 68 years to practice dentistry<sup>33</sup>. Here it is discussed that, despite this not being the intention declared by the legislator, this age limit was justified by the need to protect patients under the statutory health insurance scheme from the risks posed by older dentists whose performance is no longer optimal<sup>34</sup>. This argument is rejected by the Court of Justice, but not due to the lack of validity of this presumption, as the Spanish Constitutional Court reasoned in their judgement in 1981, but because the exception regime of the rule of the Member state where the conflict came from (Germany) is so wide, allowing dentists who are older than 68 to continue working outside the concerted system, that the measure cannot be considered essential for the protection of public health as it is incoherent (paragraphs 61 and 62).

This judgement also covers the evaluation of the safeguarding of public health as a possible justifying cause for differentiated treatment, which -stands- must be analysed by a state judge, including the prevention of a serious prejudice to the financial balance of the social security system, so that this circumstance equally contributes to the attainment of an increased level of health protection (paragraph 64)<sup>35</sup>.

In terms of public safety, the Judgement of the Court of Justice 11 September 2011 (C-447/09, *Prigge and Others*) related to airline pilots, indicated that *a measure such as that at issue in the main proceedings, which fixes the age limit from which pilots may no longer carry out their professional activities at 60 whereas national and international legislation fixes that age at 65, is not a measure that is necessary for public security and protection of health, within the meaning of the said Article 2(5)*. This decision, restricted to analysing the limitation of the maximum working age at 60 years old, imposed by the German judicial system, left the justification, or lack of, of the limitation at 65 years to practice this activity established in international regulations up in the air. This question is debated in the Judgement of the Court of Justice 5 July 2017 (C-190/16, *Fries*) and it was concluded that the objective of guaranteeing air traffic safety constitutes a legitimate objective and the limitation

<sup>32</sup> In this sense STC 31/1984, 7 March 1984, related to the different minimum wage according the age of the employee (over 18 or below that age) by then regulated in the Spanish legislation.

<sup>33</sup> Limit affecting to panel dentists who wish to continue practicing beyond that age limit. Taking into account that 90% of the population are covered by the statutory health insurance scheme based on the panel system, the CJ states that such a limit affects the conditions for access to employment, to self-employment or to occupation, including selection criteria and recruitment conditions, whatever the branch of activity and at all levels of the professional hierarchy, including promotion within the meaning of Article 3(1)(a) of the Directive.

<sup>34</sup> According the national court, the legislature, in view of the discretion available to it, was not required to provide for an individual examination of the physical and mental capacity of every panel doctor who has reached the age of 68. On the contrary, the legislature was entitled to adopt general rules based on experience.

<sup>35</sup> According to the national court, the measure pursued several objectives (protection of the health of patients covered by the statutory health insurance scheme; second, the distribution of employment opportunities among the generations; and third, the financial balance of the German health system). In relation to the aim of preserving the financial balance of the public healthcare system, the CJ states that the measure affects a system which belongs to a sphere for which the State has financial responsibility, and by definition does not extend to the private health system. Consequently, the Court concludes that the introduction of an age limit which applies only to panel dentists, in order to control public health sector expenditure, is compatible with the objective pursued. It is important to recall art. 2.5 of the Directive stating that the Directive shall be without prejudice to measures laid down by national law which, in a democratic society, are necessary for public security, for the maintenance of public order and the prevention of criminal offences, for the protection of health and for the protection of the rights and freedoms of others.

provided, being undeniable that these capacities decrease with age, the age limit of 65 years is only applicable in the field of commercial air transport. When considering this for the establishment of the age limit, it was considered that *the greater technical complexity of aircraft used in commercial air transport and the higher number of persons concerned in that field, concluding that such differences justify different rules being imposed in order to ensure air traffic safety for both types of transport* (paragraph 50). The measure is therefore considered proportionate, constituting an adequate method to maintain an adequate level of civil aviation safety in Europe and without implying the establishment of an imperative forced retirement regime, *as that age limit does not have the automatic effect of forcing the persons concerned to withdraw definitively from the labour market, as that limit does not establish a mandatory scheme of automatic retirement and does not necessarily entail the termination of the employment contract of an employee on the ground that s/he has reached the age of 65* (paragraph 60).

### 2.2.2. *Treating older workers differently because of their age by virtue of a special protection method for older workers*

This second justification for unequal treatment on the grounds of age, mentioned in section a) of article 6.1 of the Directive 2000/78/EC<sup>36</sup>, was also rejected by the Spanish Constitutional Court in the aforementioned sentence of 1981. In this, the idea that forced retirement can be used as a method of protection for older workers, presented as a new conquest in the professional humanisation process, was rejected. For its rejection, the criteria established by international regulations concerning retirement were mentioned<sup>37</sup>, where it is recommended that, wherever possible, measures should be taken to help the worker decide to retire voluntarily, and establish a system to allow for a progressive transition period between professional life and dedicating their lives to the activity of their choice.

This type of reasoning was also subsequently used related to other differentiating factors that lead to discrimination, such as sex. Effectively, the Judgement of the Spanish Constitutional Court 229/1992 debated the prohibition of female workers inside mines that existed in Spain until this sentence -and this time it was backed by one ILO Convention- indicating that there was no doubt that prohibiting women from working inside mines, despite having been established in the past as a protective measure, cannot be classified as a positive or supportive action or advantage that will lead to bringing about equal opportunities, because it does not favour this. In fact, it even restricts it, as women are banned from entering certain professions. This reasoning was also used by the Judgement of the Court of Justice 25 July 1991 (C-345/89, *Stoeckel*) related to prohibiting women from night work, also endorsed by the provisions of the ILO, concluding that *the concern to provide protection, by which the general prohibition of night work by women was originally inspired, no longer appears to be well founded and the maintenance of that prohibition, by reason of risks that are not peculiar to women or preoccupations unconnected with the purpose of Directive about equal treatment* (paragraph 18)

Furthermore, the Judgement of the Spanish Constitutional Court 22/1981, 2 July, did not admit differentiated treatment on grounds of age that implies forced retirement through analogy is the same as the recognition of a minimum age to access work. While the implementation of a minimum age to work has specific reasoning behind it (guaranteeing basic training, within a policy that aims to promote real and effective equality for all citizens and removing obstacles that impede

<sup>36</sup> Where is established that justified differences of treatment on grounds of age may include, among others, the setting of special conditions on access to employment and vocational training, employment and occupation, including dismissal and remuneration conditions, for young people, older workers and persons with caring responsibilities in order to promote their vocational integration or ensure their protection.

<sup>37</sup> ILO Recommendation n°. 162 concerning Older Workers.

them from developing their personalities completely, both physically and psychologically) this cannot be used to justify the establishment of a maximum age.

### 2.2.3. Justifications linked to the situation of the labour market and work policies

The joint report on the application of Directive 2000/43/EC and Directive 2000/78/EC<sup>38</sup> reminds us that *Article 6 of the Directive provides, in certain situations, a justification for differences of treatment on grounds of age are admissible if objectively and reasonably<sup>39</sup> justified by a legitimate aim and the means of achieving the aim must be appropriate and necessary.* In this sense, the considerations surrounding the labour market and work policies have been used very frequently as a justification for differences of treatment on grounds of age. However, these considerations have not always been accepted to eliminate the reproach of unlawfulness of unequal treatment.

In this sense, the Judgement of the Spanish Constitutional Court 22/1981 considered that the establishment of a maximum age to remain in the labour market (age of forced retirement) would be constitutional provided that with this, the purpose sought by the employment policy was achieved<sup>40</sup>. That would be the case, concerning a situation of unemployment, where there should be a guarantee that, with this limit, unemployed members of the community would be offered the chance to work, which does not suppose, under any circumstances, an amortisation of job posts. In the particular case analysed, the age of forced retirement was defended within the possible constitutionality of an unconditioned maximum working age, without subjection to any conditions or requirements.

Hence, when this conditioning has been accredited, the lawfulness of unequal treatment has been admitted, as long as this does not disproportionately damage a benefit guaranteed by the legal system. This way, a maximum age to remain in the workforce has been admitted provided that the individual sacrifice of the employee who has been forced to retire is compensated in some way. This can therefore only happen when the employee will have access to retirement funding, having worked for the required number of years to access this<sup>41</sup>.

In this same sense, the STC 66/2015, 13 April, concerning the selection criteria for workers affected by collective dismissal, indicated that age could be taken into consideration as an objective

<sup>38</sup> COM(2014) 2 final.

<sup>39</sup> Expression that according to CJJ 5 March 2007 (C-388/07, *Age Concern England*) has no special relevance as *it is inconceivable that a difference in treatment could be justified by a legitimate aim, achieved by appropriate and necessary means, but that the justification would not be reasonable* (paragraph 65).

<sup>40</sup> In similar terms, CJ has pointed out that the prohibition on any discrimination on grounds of age must be interpreted as not precluding national legislation pursuant to which compulsory retirement clauses contained in collective agreements are lawful where such clauses provide as sole requirements that workers must have reached retirement age, and must have fulfilled the conditions set out in the social security legislation for entitlement to a retirement pension under their contribution regime, where

— the measure, although based on age, is objectively and reasonably justified in the context of national law by a legitimate aim relating to employment policy and the labour market, and

— the means put in place to achieve that aim of public interest do not appear to be inappropriate and unnecessary for the purpose.

JCJ 16 October 2007 (C-411/05, *Palacios Villa*); 12 October 2010 (C-45/09, *Fuchs and Köhler*); and 18 November 2010 (joined cases C-250/09 and C-268/09, *Georgiev*).

<sup>41</sup> STC 22/1981. The remaining question refers to determine whether is enough to have completed the minimum number of years worked in order to benefit from a retirement pension, regardless its amount, or it is necessary to reach a certain level of it. CJJ 16 October 2007 (C-411/05, *Palacios Villa*) stands that compulsory retirement once reached the age-limit provided for cannot be regarded as unduly prejudicing, as the measure is not based only on a specific age, but also takes account of the fact that the persons concerned are entitled to financial compensation by way of a retirement pension at the end of their working life, the level of which cannot be regarded as unreasonable. Thus, the question regards the *reasonability* of the retirement pension (in the case C-411/05, the minimum contemplated in the Spanish legislation) Nowadays, after the *Real Decreto-ley 28/2018* it is necessary that the employee is in conditions to get the 100% of the retirement pension in order to force him to retirement.

criterion, selecting older workers, given the low level of damage or prejudice that unemployment would suppose for people of certain ages. Nevertheless, the judgement stands that this can only be considered legitimate and proportionate if accompanied by effective measures that remediate the negative effects generated by the situation of unemployment, as the mere fact that a worker is approaching retirement age can never, under any circumstances, be considered a sufficient justification for them being selected for dismissal. It is therefore not sufficient to justify the selection of a worker for collective redundancy due to age because they will have access to a retirement pension in the short or medium term. It would be vital to arbitrate specific protection mechanisms for the period between the worker losing their job and the time that he is able to access their retirement funding<sup>42</sup>.

The STC 66/2015 considered the fact that the company had subscribed to the special conventions referred to in article 51.9 of the *Estatuto de los Trabajadores* in cases of collective dismissals affecting workers older than 55 years old. It also considered the fact that, during the consultation periods, they had agreed on certain voluntary improvements to the unemployment benefit for those affected by the Company decision. With this judgement, it seems that one additional requirement has been added to the doctrine of the Supreme Court settled in STS 15 June 2005 (appeal n°. 7284/2000) as this had admitted the criterion of age for the selection of workers affected by collective dismissal, understanding that this is more efficient for the company<sup>43</sup>, and considering that with the selection of senior workers there is an attempt to generate as little damage as possible to all workers, and particularly those affected<sup>44</sup>.

#### 2.2.4. Justifications linked to the nature of the activity

One of the motives expressly admitted as a justification for differentiated treatment on grounds of age was the nature of the activity carried out<sup>45</sup>. This is the case of the provision related to armed forces included in article 3.4 Directive 2000/78. According to it, Member states may provide that this Directive, in so far as it relates to discrimination on the grounds of disability and age, shall not apply to the armed forces. This possibility aims to allow Member States (who must define the scope of that derogation) to continue to safeguard the combat effectiveness of their armed forces. The fundamental difference from other possible justifications for unequal treatment is based on the evaluation of it, as in this case it could be carried out *ex ante*, incorporating exclusion of the scope of application of the Directive, so that the activities included in it would never be covered by the Directive.

<sup>42</sup> SOLÁ I MONELLS, 2017, “La utilización de la edad como criterio de selección en los despidos colectivos: el obligado replanteamiento de una práctica habitual avalada por la jurisprudencia interna”, *Documentación Laboral* n°. 112/2017, p. 57.

<sup>43</sup> Otherwise, the Company would have to terminate the employment contracts of these same workers shortly after the collective dismissal –because of their retirement– assuming the added economic cost associated with the training and integration of new workers.

<sup>44</sup> Who lose their jobs but soon afterwards will get a retirement pension. In relation to the argument about the lower personal costs of choosing senior workers, BELTRAN DE HEREDIA points out that it does not follow the dogmatic legal foundation of the category of employees involved (senior/young employees) and the reasoning demanded from a constitutional basis. He also argues that “throwing” senior employees to retirement does not imply that the decision is less harmful, as there are many other costs to take into account, such as those affecting the employees involved and their families and to the entire society. BELTRÁN DE HEREDIA, 2015, “Despido colectivo y selección de trabajadores: ¿La «edad» es un criterio no discriminatorio? (STC 66/2015)”, en *Una mirada crítica a las relaciones laborales* [en línea] Disponible en: <https://ignasibeltran.com/2015/06/12/despido-colectivo-y-seleccion-de-trabajadores-la-edad-es-un-criterio-no-discriminatorio-stc-662015/> (last access 31-10-2019).

<sup>45</sup> Art. 4 of Directive 2000/78/EC stands that a difference of treatment which is based on a characteristic related to any of the grounds referred to in Article 1 (which includes age) shall not constitute discrimination where, by reason of the nature of the particular occupational activities concerned or of the context in which they are carried out, such a characteristic constitutes a genuine and determining occupational requirement, provided that the objective is legitimate and the requirement is proportionate.

This exclusion is present in the Spanish legal system (article 63.2 of Law 17/1999, of the 18 May, of Armed Forces Personnel Regulations) which states that candidates must not exceed the age limit for entering military training academies in the established regulatory terms. Similarly, to access as a volunteer reservist, the candidate must be over 18 years old and younger than 55 years old for the army and navy positions, and younger than 58 for Officers and Non-commissioned officers (article 170.4) without duly complying with the conditions established in the European Directive, which triggers automatic exclusion of discrimination on grounds of age in this sector.

For this motive, when doubts were raised surrounding differentiation on grounds of age affecting armed forces personnel, it was necessary to justify this unequal treatment<sup>46</sup>. What is sure is that although when searching for the objective and reasonable justification this was not imperative because of European laws, it was necessary due to the prohibition of discrimination established in article 14 of the Spanish Constitution, as there is no similar possibility of automatic exclusion<sup>47</sup>.

The nature of the activity to carry out as a justification for differential treatment on grounds of age, or a characteristic related to age, is expressly stated in article 4.1 of the Directive. In this article it is stated the admissibility of different treatment on grounds of age if this characteristic constitutes an essential and determining professional requirement, provided that the objective is legitimate and the requirement proportional. This justification has been used to justify differential treatment on grounds of age in professions such as airline pilots, firefighters and police officers, and different conclusions have been drawn. Therefore, in the case of firefighters, fixing the upper age limit for hiring at 30 years old has the legitimate objective of guaranteeing the operative character and good functioning of professional firefighters<sup>48</sup>. It is argued that the average technical service of firefighters demands, for certain interventions, an exceptionally high physical capacity that only younger recruits are capable of. Considering the medically proven ageing process, firefighters who exceed 45-50 years old no longer have this high physical capacity and the aforementioned younger recruits have to attend to these more difficult interventions. Thus, a maximum recruiting age aims to guarantee that those working as firefighters can manage the missions that demand a particularly high physical capacity for a relatively long time in this career<sup>49</sup>.

We can conclude that although a presumption of the general scope of ineptitude linked to age is rejected as a possible justification for discriminatory conduct on grounds of age, this presumption is admitted when referring to certain professions, depending on the tasks required<sup>50</sup>. In the case of firefighters, this measure is deemed proportionate, as it could be necessary for the majority of workers in this profession to be capable of completing physically demanding tasks, and therefore, they should be younger than 45-50 years old, meaning that those older than 45 or 50 years old would be assigned less physical tasks, and that younger recruits would be needed to take on the more challenging interventions<sup>51</sup>. Therefore, complementary to the presumption of loss of

<sup>46</sup> STS 5 April 2017 (appeal n°. 1709/2015) regarding to the Guardia Civil. The TS has not follow a clear orientation in its decisions relating discrimination on grounds of age within security corps: STS 25 September 2017 (appeal n°. 2637/2015) and STS 24 November 2015 (appeal n°. 3269/2014).

<sup>47</sup> On the contrary, art. 8.2 CE says: *The basic structure of military organisation shall be regulated by an organic law in accordance with the principles of the Constitution.*

<sup>48</sup> JCJ 12 January 2010 (C-229/08, *Wolf*).

<sup>49</sup> JCJ 12 January 2010 (C-229/08, *Wolf*), paragraphs 33 and 34.

<sup>50</sup> This explains the rejection of proportionality when fixing a maximum age for becoming local police officers as not all capacities they must possess in order to be able to perform some of their duties (providing assistance to citizens, protecting persons and property, the arrest and custody of offenders, conducting crime prevention patrols and traffic control) are comparable to the 'exceptionally high' physical capacities which are regularly required of officials in the fire service, most notably in fighting fires that the duties of local police officers include. JCJ 13 November 2014 (C-416/13, *Vital Pérez*), paragraphs 38 and 54.

<sup>51</sup> JCJ 12 January 2010 (C-229/08, *Wolf*) paragraph 43: *Recruitment at an older age would have the consequence that too large a number of officials could not be assigned to the most physically demanding duties. Similarly, such recruitment would not allow the officials thus recruited to be assigned to those duties for a sufficiently long period.*



aptitude once reaching a certain age, appears the need to maintain an appropriate staffing structure arises in certain professions<sup>52</sup>. Both aspects were considered when considering the establishment of a maximum age limit to access the Basque Autonomous Police force as proportionate. Functions in this service, unlike those attributed to local police forces, cover all public order management and public security tasks, (protection of people and property, the arrest and custody of criminals and preventative patrols) and these could require physical strength<sup>53</sup>.

### 2.2.5. *Justifications linked to training required to perform an activity and years of service*

One justification expressly stated in article 6.1.c of the Directive 2000/78/EC<sup>54</sup>, and repeated in its article 25, refers to professional training. This justification for the establishment of upper age limits for hiring is usually plead together with the allegation analysed in the previous point (related to the particular nature of activity to carry out) and it is related to the need to guarantee a reasonable minimum amount of time in activities that require specific training, so that investments in training can be profitable, in terms of the time that an employee would use the provided training in practice.

Thus, the previously mentioned Judgements of the Court of Justice<sup>55</sup> analyse the questions submitted for consideration from this perspective also. Even the Spanish Constitutional Court has also done this double approach. This is the case of STC 75/1983 (about the fixation of a maximum age to access the position of a Town Hall financial controller) which is related to the need to guarantee a reasonable period of activity prior to retirement so as not to negatively affect the efficiency of the productive organisation. This sentence argues that the age limit is established with the aim to prevent the role of financial controller from being assigned to workers who, having worked longest in their profession, have a relatively short time before retirement, therefore not giving them much time left to work on the important missions that the law requires them to work on, nor know the particular conditions of the Town Hall whose funds must control. This means that not only experience and complete skills are necessary, but it is also and particularly necessary that these skills can be exploited over a considerable period of time. However, this criterion was reinterpreted in STC 37/2004, 11 March, pointing out that is not valid when the rule is applied in an undifferentiated way to all local public civil servants.

Concerning the justification of differentiated treatment on grounds of age to protect the efficient management of productive organisation, it is important to comment the STC 66/2015, 15 April, related to the establishment of age as a selection criterion for workers affected by collective dismissal, affecting 221 workers. The company justified the criterion for two reasons. The first, which concerned the permanence of workers closest to retirement age, was more burdensome, as they had to cease their professional activity early, generating the need to hire new workers with the consequent investment in training and learning. On the other hand, the company argued that this measure was the one less harmful to the workers themselves, as those closest to retirement age could be affected by dismissal.

<sup>52</sup> A *satisfactory age pyramid* (JCJ 15 November 2016, C-258/15, *Salaberría Sorondo*, paragraph 47) allowing the maintenance of the operational capacity and proper functioning of the police service.

<sup>53</sup> JCJ 15 November 2016 (C-258/15, *Salaberría Sorondo*) paragraphs 34, 40 and 41.

<sup>54</sup> *Such differences of treatment may include, among others... (c) the fixing of a maximum age for recruitment which is based on the training requirements of the post in question or the need for a reasonable period of employment before retirement.*

<sup>55</sup> JCJ 13 November 2014 (C-416/13, *Vital Pérez*) 12 January 2010 (C-229/08, *Wolf*) 15 November 2016 (C-258/15, *Salaberría Sorondo*) Court of First Instance states that it is not the previous training which legitimates this exception but the interest of the service and the required financial balance of the European regimen of pensions (Judgement of 28 October 2004, T-219/02 and T-337/02 *Lutz Herrera/Comission*) This case was about an age requirement in order to the recruitment of European Union staff that the Commission had previously criticized and decided to abolish it gradually.

This first argument related to the greater burden of maintaining older workers is not in accordance to the proportionality test, indicates the Constitutional Court, so therefore the saving in costs of training that the company would have to assume once the affected workers retire lacks sufficient significance to justify the differential treatment on grounds of age. On the one hand, the costs of training derived from the few retired workers (four) are scarcely significant if we evaluate them within a collective dismissal procedure affecting 211 workers. On the other hand, it is equally significant that the mere saving of these future costs is an insufficient selection criterion, as it is not proportionate to the damage that unemployment would cause these affected workers.

### 2.2.6. *Other possible justifications for differentiated treatment on grounds of age*

As previously mentioned, Directive 2000/78/EC expressly recognises the possibility of introducing different differentiations according to discriminatory categories provided that there is a legitimate purpose for it<sup>56</sup>. In the case of the Spanish legal system, this possibility is not expressly recognised in legislation, but the Spanish Constitutional Court has admitted the legality of differentiated treatment on grounds of age when there is an objective and reasonable justification for it.

Once reached this point, it is worth considering to which extent national legal systems, in our case, the Spanish one, are free to evaluate legitimate purposes that justify differentiated treatment on grounds of age. Concerning this question, it is worth pointing out, first of all, that the European Court of Justice stated that it is not necessary for the Member states to have a specific list of causes that, obeying a legitimate finality, justify different treatment<sup>57</sup>. According to CJ it is not even necessary that the rule clearly specifies the objective sought and for which could be justified a differentiation on grounds of age. These legitimate objectives must, according to the Court, be deduced from the general context of the measure to make juridical control possible on the legitimacy and need of the methods used for implementation<sup>58</sup>. These could be modified without this preventing the evaluation of the concurrence of a legitimate objective that exempts the existence of discrimination<sup>59</sup>. In any case each State is responsible for demonstrating the legitimacy of the objective invoked as a justification to a high level of evidentiary demand<sup>60</sup>.

However, despite this apparent freedom that Member states have to identify legitimate interests, and that could be endorsed by the literal drafting of article 6.1. of the Directive<sup>61</sup>, the Court of Justice narrows down the possible justifications for differential treatment on grounds of age, limiting them to the safeguarding of socio-political objectives, in line with what is established in the 25th whereas of the Directive<sup>62</sup>. This leads the Court of Justice to understand how only objectives of general interest

<sup>56</sup> Arts. 2.2 regarding indirect discriminations; arts. 2.5 and rt. 4 regarding any kind of discrimination (direct or indirect) on any ground; and art. 6 regarding direct or indirect discriminations on grounds of age.

<sup>57</sup> CJJ 5 March 2007 (C-388/07, *Age Concern England*), paragraphs 43 and 52.

<sup>58</sup> CJJ 16 October 2007 (C-411/05, *Palacios Villa*), paragraph 57.

<sup>59</sup> CJJ 6 May 2010 (joint case C-159/10 and 160/10, *Fuchs and Köler*), paragraph 41.

<sup>60</sup> CJJ 5 March 2007 (C-388/07, *Age Concern England*), paragraphs 65 and 67. CJJ 6 May 2010 (joint case C-159/10 and 160/10, *Fuchs and Köler*), paragraph 78. In the last one, the Court states that the Member States enjoy broad discretion in the choice of measure they consider appropriate, and they can be based on economic, social, demographic and/or budgetary considerations, which include existing and verifiable data but also forecasts which, by their nature, may prove to be inaccurate and are thus to some extent inherently uncertain. The measure in question may, moreover, be based on political considerations, which will often involve a compromise between a number of possible solutions and, again, cannot with certainty lead to the expected result (paragraph 81).

<sup>61</sup> Art. 6.1 does not limit the possible justifications to aims of social policy, but refers to the wider concept of justifications emerging from a legitimate aim (such as legitimate employment policy, labour market and vocational training objectives).

<sup>62</sup> *The prohibition of age discrimination is an essential part of meeting the aims set out in the Employment Guidelines and encouraging diversity in the workforce. However, differences in treatment in connection with age may be justified under certain circumstances and therefore require specific provisions which may vary in accordance with the situation in Member States. It is therefore essential to distinguish*

are legitimate –including guaranteeing a top quality public service<sup>63</sup>– and not merely individual circumstances which are unique to the affected worker, such as a reduction in costs or improved competitiveness<sup>64</sup> without, in spite of this, excluding that a national rule may offer workers a certain degree of flexibility to achieve these legitimate objectives<sup>65</sup>.

The question is obviously important, considering that when identifying the groups affected to adopt collective measures (dismissals or suspensions of employment contracts for company's reasons) it is habitual that the age is used as a criterion, alluding to the best company efficiency in this decision –an argument that the Court of Justice deems worthy of rejection– as well as the lowest personal cost for the affected employees, as they are those closest to leaving the labour market upon retirement<sup>66</sup> –which must be duly accredited if it is to be considered a legitimate interest<sup>67</sup>–.

### 3. Protection offered by the legal system in the presence of the prohibition of discrimination on grounds of age

The European Directive that develops the prohibition on grounds of age, among other factors, does not harmonise the order of sanctions and resources in case of discrimination, instead giving Member states the freedom to choose between the different appropriate solutions to achieve the objective of the Directive, depending on the different situations that could arise<sup>68</sup>. However, the Directive states that the sanctions, which may comprise the payment of compensation to the victim, must be effective, proportionate and dissuasive (article 17). On the other hand, the Directive forces to Member states to ensure that judicial and/or administrative procedures, including where they deem it appropriate conciliation procedures, for the enforcement of obligations under the Directive, are available to all persons who consider themselves wronged by failure to apply the principle of equal treatment to them<sup>69</sup>, even after the relationship in which the discrimination is alleged to have occurred has ended (art. 9).

---

*between differences in treatment which are justified, in particular by legitimate employment policy, labour market and vocational training objectives, and discrimination which must be prohibited.*

<sup>63</sup> J CJ 6 May 2010 (joint case C-159/10 and 160/10, *Fuchs and Köler*) says that *the aim of establishing an age structure that balances young and older civil servants in order to encourage the recruitment and promotion of young people, to improve personnel management and thereby to prevent possible disputes concerning employees' fitness to work beyond a certain age, while at the same time seeking to provide a high-quality justice service, can constitute a legitimate aim of employment and labour market policy* (paragraphs 50 and 53).

<sup>64</sup> Denying the possibility of economic justification in the discrimination on grounds of age: RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, 1989, "La edad como impedimento para la entrada al trabajo: ¿cuándo está justificada?", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº. 38/1989, p. 325-329.

<sup>65</sup> J CJ 5 March 2007 (C-388/07, *Age Concern England*), paragraph 46.

<sup>66</sup> From another point of view, this circumstance put older employees in a weaker position in cases of redundancies as a consequence of a long series of prejudices affecting them (less adaptation to technological innovations; their preference to quit the labour market instead of accepting some changes in their working conditions...) Those prejudices provoke a strong expulsive pressure that can adopt the form of a maximum age limit for keeping the employment. GONZÁLEZ ORTEGA, 2001, "La discriminación por razón de la edad" *Temas Laborales*, nº. 59/2001, p. 101.

<sup>67</sup> SOLÁ I MONELLS, "La utilización de la edad como criterio de selección en los despidos colectivos... *cit.*, p. 49 ff. (p. 59 in particular).

<sup>68</sup> In relation to discrimination on ground of sex, J CJ 11 October 2007 (C-460/06, *Paquay*), paragraph 44.

<sup>69</sup> Procedures that could be engaged by associations, organisations or other legal entities, which have, in accordance with the criteria laid down by their national law, a legitimate interest in ensuring that the provisions of this Directive are complied with, either on behalf or in support of the complainant, with his or her approval.

### 3.1. *The scope of sanctions*

Regarding this question, the joint report on the application of Directive 2000/43/EC and Directive 2000/78/EC<sup>70</sup> highlights that the initial problems that many member states considered related to the correct transposition of these rules on sanctions<sup>71</sup> have been resolved as sanctions anticipated by law are generally appropriate. Nevertheless, they continue to generate some doubts. In Judgement of the Court of Justice, 17 December 2015 (C-407/14, *Arjona Camacho*) the question is related to the possibility to interpret the Article 18 of Directive 2006/54, which refers to the dissuasive nature of the compensation to be awarded to a victim of discrimination (in the case, on grounds of sex) as meaning that it enables the national court to award the victim reasonable punitive damages that are truly additional<sup>72</sup>, provided that the amount in question is not disproportionate. The CJ concludes that Article 25 of Directive 2006/54 allows, but does not require, Member States to take measures providing for the payment of punitive damages to the person who has suffered discrimination on grounds of sex (paragraph 40) as the Directive does not require any specific form of sanction for unlawful discrimination, granting Member States the option of adopting measures which seek to penalise discrimination on grounds of sex in the form of compensation paid to the victim. In such a case, that compensation must in any event be adequate in relation to the damage sustained, guaranteeing real and effective judicial protection and having a real deterrent effect on the employer (the penalties must be effective, proportionate and dissuasive)<sup>73</sup>.

In the case of Spanish regulations, the anticipated consequences for cases of an employer's discriminatory decision consist of its radical nullity, and the judge observing this shall order the immediate cessation of the action that breaches this fundamental right or, where relevant, the prohibition to interrupt a conduct or the obligation to carry out an omitted action, when one or the other are enforceable depending on the nature of the right or liberty that has been breached<sup>74</sup>. They shall order the reinstatement of the entirety of the claimant's right and the situation must return to how it was prior to the breach of the fundamental right. They shall also order the repair of consequences deriving from the action or omission of the responsible party, including compensation for both moral damages linked to the violation of the basic right and for any additional damages and prejudices incurred as a result of it.

Concerning compensation for damage, the Judgement of the Court of Justice 17 December 2015 (C-407/14, *Arjona Camacho*) indicates that the situation of equality cannot be deemed reinstated if the discriminated party does not get their job back or alternatively, if is not economically

<sup>70</sup> COM(2014) 2 final.

<sup>71</sup> For example, incorrectly anticipating a maximum limit of compensation in cases of discrimination.

<sup>72</sup> That is to say, an additional amount which, although going beyond the full reparation of the actual loss and damage suffered by the victim, serves as an example to others (in addition to the person responsible for the damage).

<sup>73</sup> This clarifies the decision adopted the 10 April 1984 (C-79/83, *Harz/Deutsche Tradax*) In this judgement the CJ states that full implementation of the directive does not require a specific form of sanction for breach of the prohibition of discrimination but it does entail that that sanction be such as to guarantee real and effective judicial protection. *Moreover, it must also have a real deterrent effect on the employer. It follows that where a Member State chooses to penalize the breach of the prohibition of discrimination by the award of compensation, that compensation must in any event be adequate in relation to the damage sustained.* (paragraph 23).

<sup>74</sup> The problem arising from omitted actions which are discriminatory regards its coercibility in cases as can be when a person is not hired on discriminatory grounds. In such cases, Spanish Courts have decided it is not possible to substitute employers will by judge's decision as celebrating a contract is a personal option. As an exception, STC 173/1994 admitted it. However, this judgement refers a particular situation as it was not properly a case of denying the contract, but the extension of the existing one (which is closer to dismissal, where it is possible to force the employer to reinstate the employee) and the employer was a Public Administration (whose decisions can never be arbitrary). See ALFONSO MELLADO, 1994, "Comentario a la STC 173/1994: la protección frente a las discriminaciones en el empleo" *Poder Judicial*, nº. 35/1994 p. 379 ff.

The CJ has admitted the possibility to order to hire a person that was rejected on discrimination grounds even if that solution does not emerge from European Directives: JCJ 10 April 1984 (C-79/83, *Harz/Deutsche Tradax*) and 10 April 1984 (C-14/83, *Von Colson and Kamann v Land Nordrhein-Westfalen*).

compensated for the prejudice suffered. This way, when pecuniary repair is the method adopted to achieve effective equality of opportunities this is considered adequate if it must integrally compensate prejudices suffered due to the discriminatory dismissal (paragraph 45). However, the sentence gives no guidelines to resolve the fundamental problem of compensation for moral damages, and what its economic value should be, leaving this to the discretion of the judges<sup>75</sup>.

Concerning this question, Spanish courts have indicated that the quantification of damage or prejudices derived from the illegal conduct can be and must be based on the individual characteristics (severity, reiteration and other relevant factors) of the breaching conduct, admitting that the amount anticipated by the Law for Infractions and Sanctions in Social Order<sup>76</sup> for the breach of fundamental rights is used as a valid criteria in the evaluation of the moral damage to quantify compensation for this concept.

### 3.2. Preventive safeguarding in the presence of discrimination

Given that discrimination and breaches of fundamental rights are habitually covered up by actions apparently legitimate (thus, masked in an appearance of legitimacy<sup>77</sup>) it is rather complicated to achieve adequate safeguarding from discrimination as a consequence, among other factors<sup>78</sup>, of the difficulty of providing evidence that motivates the investment of the burden of proof. This explains that, instead of implementing 'reparatory' safeguarding, discrimination must be protected from a 'preventive' perspective', which effectively guarantee the absence of breach to the fundamental right to not be discriminated against. Exploration of this method has already begun, and can also be included concerning age as a cause for discrimination.

In this sense, the aforementioned report alongside the application of Directive 2000/43/EC and Directive 2000/78/EC echo the fact that some Member states have conducted experiments using anonymous CVs for job applications to avoid any prejudice when selecting candidates for job interviews<sup>79</sup>. In the case of age as a discriminatory factor in selection processes, the use of these anonymous CVs ought to be promoted more, as the candidate's age, date of birth and photograph are not included. This is precisely one of the risk factors, alongside a person's sex and nationality, that a Spanish government initiative referred to in 2017, with the aim to prevent the discrimination in access to employment<sup>80</sup>, and which was rejected by the Spanish Federation of Business organisations (CEOE)<sup>81</sup>.

Another method for preventing discrimination on grounds of age, alongside other factors, would consist in promoting the conciliation and mediation, no longer only to resolve a conflict that has already arisen, but now also for the identification and prevention of other questions that a judicial decision did not manage to consider due to the limited scope of their authority in conflict solution processes, linked to the resolution of the specific juridical conflict in question. This way,

<sup>75</sup> This discretionality cannot be amended in case of appeal rather than in cases the compensation is not proportionate or it is reasonable (STS 12 December 2005, appeal n.º. 59/05)

<sup>76</sup> *Real Decreto Legislativo 5/2000*, 4 August.

<sup>77</sup> LOUSADA AROCHENA, 2005, "La jurisprudencia constitucional sobre la prueba de la discriminación y de la lesión de derechos fundamentales" *Revista de Derecho Social* n.º. 30/2005, p. 36.

<sup>78</sup> As, for example, the mentioned difficulty for giving effective remedies in case of discrimination at the moment of hiring the employee. APARICIO TOVAR and OLMO GASCÓN, *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*, cit. p. 51 ff.

<sup>79</sup> KRAUS, RINNE, & ZIMMERMANN, 2012, "Anonymous job applications in Europe", *IZA Journal of European Labor Studies* 2012, 1:5.

<sup>80</sup> [http://www.igualdadenlaempresa.es/novedades/noticias/docs/Protocolo\\_cv\\_anonimo.pdf](http://www.igualdadenlaempresa.es/novedades/noticias/docs/Protocolo_cv_anonimo.pdf) (last access, 31-10-2019)

<sup>81</sup> [https://www.infolibre.es/noticias/politica/2017/07/20/la\\_patronal\\_ceoe\\_reclama\\_discriminacion\\_laboral\\_porsexo\\_67821\\_1012.html](https://www.infolibre.es/noticias/politica/2017/07/20/la_patronal_ceoe_reclama_discriminacion_laboral_porsexo_67821_1012.html) (last access, 31-10-2019)

while the judgements focus on resolving a specific conflict, without investigating what caused it, with extra-judicial solution instruments this could be analysed and resolved before peoples' rights are breached even further.

Directive 2000/78 alludes to this type of measure in their ninth article, stipulating that to defend rights, the Member states must ensure that there are judicial or administrative processes and even, when this is considered necessary, conciliation procedures to demand compliance with the obligations established via this for all people who believe that they have suffered prejudices due to non-application of the principle of equal treatment, including following the conclusion of the relationship where the alleged discrimination took place. Anyway, merely allowing these procedures to exist is not sufficient, and it is necessary to promote these mechanisms as the best method of resolving conflicts that could derive from discriminatory factors, such as age.

#### 4. Few final considerations

Despite age being incorporated into the European and Spanish legal systems as an unlawful criterion for differentiation -leading to discrimination-, it is still possible to appreciate a certain weakness in the protection of this differentiation criterion in comparison to others (specially sex).

This weakness in the protection against discrimination on grounds of age can be appreciated, first of all, in the acceptance of all presumptions -common associations that end up becoming apparently unquestionable regulatory truths<sup>82</sup> that still exist within this criterion. This way, the assumption that reaching a certain age brings with it a loss of aptitude for the job has been accepted by both the Spanish and European systems. In the case of the Spanish system, provided that this is not a general assumption, it is circumscribed in a specific profession, and it affects the entire juridical ruling that covers the service in question (not only subordinated work) and admits evidence against it (STC 22/1981, 2 July). In the case of the European Union, the scope of this presumption is more complex, as it is below the level of requirements demanded by the Spanish Constitutional Court, upon admitting its entirety -accommodating the exception established in article 2.5 of Directive 2000/78/EC- for reasons of public safety (JCJ 5 July 2017, C-190/16, *Fries*, in the case of airline pilots used in the commercial air transport sector); public health (JCJ 12 January 201, C-341/08, *Petersen*, in the case of dentists) or to prevent disputes related to the aptitude of the employee to practice their profession once they reach a certain age, argument admitted without criticism, nor protest, as another one which allows us to consider the establishment of a maximum age for working in Germany as district attorney as justified (JCJ 6 May 2010, joint case C-159/10 and 160/10, *Fuchs and Köler*).

Moreover, whenever there is proportionality, the economic efficiency criteria in the management of human resources are present in the potential justification of differentiation on grounds of age, accepting discriminations that are difficult to imagine when compared with other discriminatory differentiation, such as those based on sex. This happens, for example, with the justification related to the need for a reasonable period of activity prior to retirement, as expressly established in article. 6.1.c) of Directive 2000/78/EC. In terms of this specific criteria, it must be concluded,

<sup>82</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, "La discriminación por razón de la edad" *cit.*, p. 109. GONZÁLEZ ORTEGA claims that same considerations that CJ does to discrimination on ground of sex must be applied to discrimination on grounds of age as, in relation to the last, European legislation is reproducing stereotypes rather than fighting against them (BALLESTER PASTOR, "Género y edad: los dos extremos del principio antidiscriminatorio comunitario" in AA.VV. *La relevancia de la edad en la relación laboral y de seguridad social*, *cit.*, p. 40)

with GONZÁLEZ ORTEGA<sup>83</sup> that, being an economic demand –resulting from the deliberation between the economic cost of the training given and the profitability of it- the job or promotion of it cannot be completely subordinate to this, as there are other methods to satisfy this equation such as permanence agreements, that would prevent discrimination on grounds of age.

In this same sense it is worth noting that age has been a criterion considered by employers when taking decisions, such as collective dismissals, in order to improve Company's competitiveness<sup>84</sup>, and although it is true that this type of argument has apparently not been admitted by the Court of Justice<sup>85</sup>, others leading to the same results have been accepted, such as the lowest prejudice that the decision adopted could suppose to this group of workers given that they are approaching the age where they will leave the labour market. This argument remains paradoxical, given that workers of a more advanced age have fewer chances of finding alternative employment in the years that remain before retirement<sup>86</sup>. For this reason, as SOLÀ I MONELLS<sup>87</sup> argues, to accept the proportionality of the measure, it will be necessary not only that these workers have access to an adequate retirement pension, but also that other measures are adopted to minimise the prejudice (potential relocation or admission of exceptions in specific cases pertaining to personal or family needs) as while maintaining a certain level of income constitutes an important factor to consider, we cannot stop considering other negative effects that job loss could cause to an employee, and could have an impact on their acceptance to pass to a complete "passive situation"<sup>88</sup>.

Ultimately, as highlighted by the British and Italian Governments in the JCY in case C-388/07 (*Age Concern England*) the scope of exceptions to the principle of non-discrimination on grounds of age is wider than the exceptions anticipated in article 2.2.b) of the Directive, so that the prohibition of discrimination on grounds of age is subject to numerous qualifications and exceptions for which there are no equivalents as regards discrimination on grounds of race or sex (paragraphs 55 and 56)<sup>89</sup>. Adding to these considerations that the system of exceptions contains important, undetermined juridical concepts (for example *purpose*, *legitimate objective* or *adequate retirement pension*) it is almost inevitable that there will be a certain sense of loss of effective protection in terms of discrimination on grounds of age.

In this same sense, and as the Spanish juridical system refers to, it is worth pointing out how the prohibition of discrimination on grounds of age has been accepted in infra-constitutional legis-

<sup>83</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, "La discriminación por razón de la edad" *cit.*, p. 108.

<sup>84</sup> Against the criterion of efficiency in the Company's management based in the rejuvenation of the plaintiff, GARCÍA MURCIA, "Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales" *cit.*, p. 408 and 409.

<sup>85</sup> In Spain, The Supreme Court (TS) admitted such kind of arguments in its Judgement of 27 December 1999 (appeal nº. 1959/1999) in which it stated that competitiveness of Companies and the fact that the affected Company was dedicated to the service sector (where public image of the Company and the opinion of the customers are relevant) justifies the discriminatory treatment. Maybe this argument should be revisited in accordance with JCY 14 March 2017 (C-188/15, *Bouagnaoui*) which states that the willingness of an employer to take account of the wishes of a customer no longer to have the services of that employer provided by a worker wearing an Islamic headscarf cannot be considered a genuine and determining occupational requirement within the meaning of the European legislation.

<sup>86</sup> In fact, the rise of minimum age for retirement which all countries are experimenting due to the budgetary problems to keep the public pension system, in connection to the difficulties to find jobs at certain age, reveals the need to change strategy and start implementing policies to foster permanence in the job posts of elderly. In so doing, the fight against discriminations on grounds of age would be more effective, and its negative consequences (reduction of the retirement pensions) would be more easily avoided. YSÁS MOLINERO "La adaptación de las condiciones de trabajo de los trabajadores de edad más en el contexto de prolongación de la vida laboral: la Estrategia 55 y más", comunicación a la Ponencia "Jubilación y políticas de empleo", [www.iuslabor.org/jornades e seminaris](http://www.iuslabor.org/jornades_e_seminaris), p. 6.

<sup>87</sup> SOLÀ I MONELLS, "La utilización de la edad como criterio de selección en los despidos colectivos..." *cit.* p. 65.

<sup>88</sup> RODRÍGUEZ SAÑUDO, 1973, "La extinción de la relación laboral por edad del trabajador". *Revista de Política Social*, nº 97/1973, p. 28.

<sup>89</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, "La discriminación por razón de la edad", *cit.* p. 104 and 105. According to him, such exceptions make the Directive to legitimate the use of age as a discriminatory criterion rather than preventing from it.

lation (articles. 4.2.c. and 17 Statute of Workers -*Estatuto de los Trabajadores*-) including some aspects that distinguish it from other discrimination prohibitions, being the only specific prohibited cause of discrimination that receives singular treatment in the legislation in terms of the fact that the cited prohibition only operates ‘*within the limits stipulated by this law*’, which implicitly admits that the *Estatuto de los Trabajadores* itself established differentiated treatment on grounds of age that, obviously, are excluded from the prohibition<sup>90</sup>.

These gaps in protection from discrimination on grounds of age –mainly derived from generally accepted criteria and values of judgement– reinforce the need to find protection mechanisms that prevent against discrimination. However, this is not an easy task. Measures such as anonymous CVs do not guarantee that there will be no discrimination on grounds of age in the end, because it is more than likely that a candidate will have to go through an interview phase before being selected and here it will be almost impossible to hide the candidate’s true age. Nevertheless, we ought to continue moving in this direction, obliging algorithms -which are replacing human judgement more and more in staff selection processes- to not consider discriminatory criteria<sup>91</sup>. This would be possible if the data processed is strictly limited to that which is strictly necessary to accredit the candidate’s professional qualification.

On the other hand, even when discrimination is noted on grounds of age in the hiring process, it is necessary to determine the scope of the effects of this decision on the discriminated party in question, without it seeming possible – beyond the alleged hirings made by public administrations – juridically impersonating determining company consent from the beginning of the contract. In this context, the dissuading compensations in a country where the initial contracts offered to a worker when they join a company are usually temporary, review a special significance to prevent discriminations – not only for age - at the time of hiring.

In terms of discrimination when concluding a professional relationship on the grounds of age, we must reflect on the “voluntary” character of the adoption of pre-retirement pacts linked to collective dismissals, that have contributed to the rejection in these cases of the existence of discrimination on grounds of age, forgetting that the measure is often instigated by the company, for justified reasons and almost always as the only possibility for the employee, as not accepting these conditions would result in a later redundancy with less attractive conditions<sup>92</sup>.

In this same way, we must evaluate the reduction in human capital caused by the dismissal of these workers from companies and the loss of opportunities that this entails to facilitate a generational replacement in companies without damage to the potential derived from experience acquired over the years. One little explored area of our system, to promote the employment of groups at a disadvantage due to their age, consists in making the most of the knowledge and experience of adult workers in the integration of younger people in the labour market. The only concept that maintains a relationship with this option is the *contrato de relevo*, used to substitute the working time when a partially retired employee does not work. However, the juridical regulation of the institutes of partial retirement and *contrato de relevo*, deem them unworthy of the purpose that they were given. On the one hand, the collective to be hired via a *contrato de relevo* is not – and never was - identified due to their young age, but because of their situation of unemployment or, following Law 12/2001, of the 9 July, for their precarious work situation, because this contract of employment can be entered into by an unemployed worker or a worker who has a fixed term contract with a company

<sup>90</sup> MARTÍNEZ BARROSO, *Influencia de la edad en las relaciones laborales: acceso al empleo y protección social*. Cizur Menor, Aranzadi, marzo 2018.

<sup>91</sup> DE STEFANO, 2018, “Negotiating the algorithm: Automation, artificial intelligence and labour protection”, I.L.O. Employment Policy Department. *EMPLOYMENT Working Paper* No. 246, p. 7-11.

<sup>92</sup> MARTÍNEZ BARROSO, *Influencia de la edad en las relaciones laborales... cit.*



(article. 12.7.a *Estatuto de los Trabajadores*). On the other hand, the aim of taking advantage of the knowledge and experience of adult workers who facilitate the transmission of these who enter the company via a *contrato de relevo*, has been frustrated as the rules became more flexible. In fact, as the reforms of the legal regulation of this contract aimed for more flexibility in order to make them more interesting from the point of view of business organisation, it has favoured a certain disconnection between the functions of the employee hired on *contrato de relevo* and those of the partially retired employee, as well as respecting their schedule, which does not guarantee the existence of direct contact between both employees that favours the transmission of knowledge and skills<sup>93</sup>. Tested methods in comparative law, such as action plans to favour employment of senior workers<sup>94</sup>, or the so called *contrat de génération*<sup>95</sup>, that replaced it, could contribute to the triple objective of favouring active ageing, promoting the employment of young people and facilitating the inter-generational transmission of knowledge.

---

<sup>93</sup> FITA ORTEGA, "Políticas de empleo y edad", en *Edad, discriminación y derechos*, Aranzadi. 2019, pp. 225 ff.

<sup>94</sup> A comment about the application of this measure in Brittany: "La tutoría como instrumento de solidaridad intergeneracional", PIJOAN & POILPOT-ROCABOY (translated by FITA ORTEGA) in *ARXIVUS de Sociología*, nº 26/2012, p. 73 to 83.

<sup>95</sup> Repealed by Ordonnance nº 2017-1387, 22 September 2017.

ARTÍCULOS JURISPRUDENCIALES

# Novedades jurisprudenciales en materia de transmisión de empresa: la labor del TJUE y del TS en los últimos dos años

## The recent case law on transfer of undertaking: CJEU and TS's answers within the last two years

LUIS ENRIQUE NORES TORRES

*Profesor Titular Derecho del Trabajo y Seguridad Social  
Universitat de València*

ORCID ID: 0000-0001-6128-8552

Recibido: 31/7/19

Aceptado: 29/10/19

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5301>

*Resumen:* Una institución que ha originado una notable atención en los últimos años es la de la transmisión de empresa. En efecto, aún tratándose de un tema “tradicional” en el Derecho del Trabajo, asistimos a una especie de “interés renovado” por el mismo que seguramente derive de los pronunciamientos judiciales dictados en la materia y que han aportado nuevas perspectivas de análisis, tanto desde una óptica general, como desde otra más específica. El objeto de este trabajo se dirige a dar cuenta de las principales “novedades jurisprudenciales” habidas en este terreno.

*Palabras clave:* Transmisión de empresa, subrogación, responsabilidad solidaria, prescripción.

*Abstract:* An item that has caused considerable attention in recent years is that of transfers of undertakings. Indeed, even in the case of a “traditional” theme in Labor Law, we are witnessing a kind of “renewed interest” for the same that it is surely derived from the judicial pronouncements dictated in the matter and that have contributed new perspectives of analysis, both from an optics general, as from another more specific. The purpose of this work is to give notice of the main recent case law in this field.

*Keywords:* Transfer of undertaking, subrogation, jointly and several liability, terms.

### I. Introducción

1. Una institución que ha originado una notable atención en los últimos años es, sin lugar a dudas, la de la transmisión de empresa. En efecto, aún tratándose de un tema “tradicional” en el Derecho del Trabajo, asistimos a una especie de “interés renovado” por el mismo que seguramente derive de los pronunciamientos judiciales dictados en la materia y que han aportado nuevas pers-

---

<sup>1</sup>lenores@uv.es

pectivas de análisis, tanto desde una óptica general, como desde otra más específica. Así, por ejemplo, las cuestiones relacionadas con la consideración de la sucesión de contratas como un fenómeno de transmisión sujeto a la disciplina del art. 44 ET, el alcance y efectos de las llamadas subrogaciones convencionales o la problemática de las reversiones de contratas en el sector público. Pues bien, precisamente, el objeto de este trabajo se dirige a dar cuenta de las principales “novedades jurisprudenciales” habidas en este terreno.

1.1. Y ahí surge el primer problema, ya que el diccionario de la Real Academia Española proporciona hasta siete acepciones de lo que pueda entenderse como tal; y aunque, a mi juicio, la más sugerente sea la séptima (“*extrañeza o admiración que causa lo antes no visto ni oído*”), creo que debemos movernos en la intersección entre la cuarta (“*cambio producido en algo*”) y la quinta (“*suceso reciente del que se da noticia*”). Pues bien, desde esa perspectiva, me ha parecido que debía centrarme en los pronunciamientos jurisprudenciales “recientes”, entendiéndolos por tales (otra vez según la RAE), aquellos, “*nuevos, frescos o acabados de hacer*” o, mejor aún, “*que han sucedido hace poco*”. En este sentido, he tomado como referente los dos últimos años (2018 y 2019), efectuando una batida en los repertorios jurisprudenciales al uso buscando las sentencias emanadas del TJUE y del TS a lo largo de dicho período en la materia señalada. El resultado no es espectacular: en el caso del TJUE, las sentencias relevantes en esta materia desde la perspectiva “social” no alcanzan la docena; por lo que respecta a las procedentes del TS, el número supera el medio centenar, si bien en muchos casos son de carácter reiterativo.

1.2. A partir de esta labor, no he querido configurar la exposición analizando cada uno de estos pronunciamientos por orden cronológico, dando cuenta de los hechos litigiosos de cada supuesto, la cuestión objeto del debate y la respuesta proporcionada por los órganos judiciales; tampoco, me ha parecido conveniente efectuar un repaso de toda la institución adornándolo con estas novedades, sino que mi objetivo ha sido tratar de sistematizar ese conjunto de sentencias por bloques temáticos, esto es, ordenarlas atendiendo a las cuestiones abordadas, de manera que ello permita hacernos una idea de en qué cuestiones se centra el debate jurídico y qué soluciones se están dando, con independencia de que tales soluciones no siempre constituyan un verdadero cambio o novedad.

2. Así las cosas, la pregunta que surge de manera inmediata es la relativa a cuáles son esas cuestiones. A mi juicio, yo creo que cabe diferenciar cinco grandes bloques de materias<sup>1</sup>.

2.1. De entrada, hay un conjunto de pronunciamientos relevantes que se relacionan todos ellos con el presupuesto aplicativo, ya sea desde la perspectiva de que aportan datos de interés sobre cómo interpretar los requisitos tradicionales para entender que se ha producido una transmisión, ya porque resuelven supuestos específicos.

2.2. En segundo lugar, debe llamarse la atención sobre aquellas sentencias que abordan los efectos de la subrogación convencional, en concreto, en lo relativo a la responsabilidad solidaria, donde llama la atención el giro producido en una línea jurisprudencial muy asentada en la materia a raíz de la STJUE de 11 de julio de 2018 (asunto C-60/17, *Somoza Hermo*), un cambio que merece la pena analizar por la polémica que ha levantado.

<sup>1</sup> La jurisprudencia en la materia proporciona otros puntos para la reflexión, como evidencia el reciente estudio colectivo dirigido por el profesor García Murcia: GARCÍA MURCIA, J. (Dir.), *Transmisión de empresa y sucesión en el desarrollo de actividades empresariales. Un estudio a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

2.3. La responsabilidad solidaria, en el texto estatutario, queda sujeta a un específico plazo de tres años. Pues bien, también en este terreno ha incidido la labor jurisprudencial, consolidándose una tendencia anunciada en pronunciamientos dictados con anterioridad en el ámbito de la responsabilidad en materia de contratas y subcontratas. A esta cuestión me referiré en tercer lugar.

2.4. Sin abandonar este terreno de los efectos, un cuarto bloque de pronunciamientos se centran en la otra consecuencia esencial, la subrogación del cesionario en las relaciones laborales del cedente, en concreto, en los supuestos de sucesión de contratas cuando se produce una reducción de la misma, una materia en la que también se han dejado sentir los efectos del asunto *Somoza Hermo*.

2.5. En fin, el último bloque de pronunciamientos abordan la relación transmisión-concurso, resolviendo una cuestión muy concreta: el orden jurisdiccional competente para determinar si existe o no transmisión, así como la fijación de la responsabilidad por las deudas nacidas con anterioridad a la adjudicación de la unidad productiva respecto relaciones que además ya se extinguieron.

## II. El presupuesto aplicativo

3. Tal y como he anunciado, hay un primer grupo de pronunciamientos que se relacionan todos ellos con el presupuesto aplicativo del art. 44 ET. Este presupuesto, como es sabido, se articula sobre la concurrencia de dos requisitos básicos<sup>2</sup>. En primer lugar, un requisito que se suele denominar subjetivo, consistente en la existencia de un cambio en la titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma. En segundo lugar, se necesita otro requisito de carácter objetivo, pues se relaciona con el objeto de la transmisión; así, la transmisión debe afectar a un conjunto organizado de bienes que sean aptos para llevar a cabo una explotación o, en los términos legales, una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, accesoria o esencial.

4. Al hilo de estos requisitos, se ha ido elaborando una rica jurisprudencia llena de matices que configura lo que podríamos denominar como construcción clásica sobre cuándo puede entenderse que ha habido transmisión. Pues bien, nada de esta construcción clásica se ha visto alterado por la jurisprudencia más reciente, aunque, como anticipaba, resulta posible encontrar algunas sentencias de interés bien porque aportan matices sobre cómo interpretar los requisitos tradicionales para entender que se ha producido una transmisión, bien porque resuelven supuestos específicos.

4.1. En el primer sentido, los pronunciamientos que deben ser reseñados son muy variados, como diversos son también los aspectos en los que tales resoluciones inciden:

---

<sup>2</sup> Entre otros, GONZÁLEZ BIEDMA, E., “Los efectos jurídico-laborales de la sustitución de empresas contratistas de servicios”, *Relaciones Laborales-II*, 1993, p. 343; LLANO SÁNCHEZ, M., *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*, Madrid, La Ley, 1999, p. 146; GARCÍA ORTEGA, J., “La sucesión de contratistas”, en BLAT GIMENO, F. et alri, *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 343; SALA FRANCO, T., “La sucesión de contratas”, en PEDRAJAS MORENO, A. (Dir.), *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión multidisciplinar*, Valladolid, Lex Nova, 2002, p. 268; MORENO GENÉ, J., *El nuevo régimen jurídico-laboral de la transmisión de empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 25; MONTROYA MEDINA, D., *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 394; SALA FRANCO, T.; PEDRAJAS MORENO, A., “Los problemas laborales de la sucesión de contratas”, en BLASCO PELLICER, A. (Coord.), *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 389.

a) Así, de entrada, por lo que respecta al requisito subjetivo –esto es, el cambio en la titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva-, hay que recordar la variedad de negocios jurídicos a través de los cuales se puede producir. En este sentido, debe recordarse que si bien las primeras interpretaciones se movieron en la línea de entender que ese cambio debía derivar de un negocio jurídico directo entre cedente y cesionario, la evolución posterior llevó a admitir que el requisito también se entienda satisfecho en los casos en que la alteración resulta de un negocio indirecto o con intervención de terceros<sup>3</sup>. Y entre tales negocios se encuentra la fusión por absorción, como expresamente recoge el art. 44.8.II ET.

A ello se refiere la STS de 30 de enero de 2018, rec. 9/2017, al resolver un supuesto en el que curiosamente era la representación de los trabajadores la que negaba la existencia de transmisión, afirmando que se trataba de una mera estrategia diseñada desde la empresa matriz para evitar la aplicación de un determinado convenio colectivo en una de las empresas del grupo, en concreto, el convenio colectivo de la industria química, y acogerse a otro diverso, el convenio colectivo de recuperación y reciclado de residuos.

Sin embargo, el TS recuerda la claridad del art. 44 ET, así como que no nos encontramos ante un mero cambio de denominación societaria, sino ante una verdadera sucesión, cuya legalidad no se ha cuestionado, ni siquiera por la vía del fraude o el abuso de derecho. En definitiva, la fusión podrá ser un presupuesto aplicativo del art. 44 ET, salvo que se haya usado de forma abusiva o fraudulenta la figura, algo que en el supuesto de hecho no constaba que se hubiera producido: por un lado, la absorción no se circunscribía a la empresa que daba empleo a los afectados, sino que alcanzaba a otras del grupo; por otro lado, constaba en la documentación aportada en juicio todo un conjunto de motivos racionales para llevarla a cabo, como, por ejemplo, el evitar duplicidades.

b) Por lo que respecta al elemento objetivo –esto es, el objeto de la transmisión-, ya sabemos que su concurrencia se aprecia procediendo a una valoración de conjunto sobre una pluralidad de elementos concurrentes, no solo de carácter material, sino entendidos en un sentido amplio, tal como indicó en su momento el TJUE en el asunto *Spijkers*<sup>4</sup> y que después han seguido otros muchos pronunciamientos<sup>5</sup>.

En efecto, la jurisprudencia comunitaria indica que, entre los múltiples aspectos que el juez nacional debe valorar, se encontraría el tipo de empresa o centro de actividad de que se trate; el hecho de que haya habido o no una transmisión de los activos materiales, como edificios e inmuebles, así como el valor de los inmateriales en el momento de la transmisión; el hecho de que se haya transmitido o no la clientela; el grado de analogía entre las actividades anteriores y posteriores a la transmisión; la duración de la suspensión de la actividad; así como también el hecho de que el empresario nuevo se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores del predecesor. Por otra parte, algunos pronunciamientos posteriores han señalado que además de la actividad deben valorarse otros elementos como el personal que la integra, el marco de actuación, la organización del trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación<sup>6</sup>, a lo que se ha añadido la organización, el funcionamiento, la financiación, la gestión y las normas jurídicas aplicables<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> STJUE de 19 mayo 1992 (asunto C-29/91, *Redmond-Stichting*).

<sup>4</sup> STJUE de 18 de marzo de 1986 (asunto C-24/85, *Spijkers*).

<sup>5</sup> SsTJUE de 19 de mayo de 1992 (asunto C-29/91, *Redmond-Stichting*); de 12 de noviembre de 1992 (asunto C-209/91, *Watson Rask*); de 14 de abril de 1994 (asunto C-392/92, *Schmidt*); de 7 de marzo de 1996, asuntos C-171/94 y 172/94, *Merckx y Neuhuyss*); de 10 de diciembre de 1998 (asuntos C-127/96, C-229/96 y C-74/97, *Hernández Vidal y otros*); de 10 de diciembre de 1998 (asuntos C-173/96 y 247/96, *Sánchez Hidalgo y otros*); de 2 de diciembre de 1999 (asunto C-234/98, *Allen*); de 26 de septiembre de 2000 (asunto C-175/99, *Didier Mayeur*); de 25 de enero de 2001 (asunto C-172/99, *Oy Liikenne*); de 24 de enero de 2002 (asunto C-51/00, *Temco*); de 20 de noviembre de 2003 (asunto C-340/01, *Abler*); de 15 de diciembre de 2005 (asuntos 232/04 y 233/04, *Nurten Güney-Görres*); de 29 de julio de 2010 (asunto C-151/09, *FSP/UGT/Ayuntamiento La Línea*); de 20 de enero de 2011 (asunto C-463/09, *Martín Valor*).

<sup>6</sup> STJUE de 11 de marzo de 1997 (asunto C-13/95, *Süzen*).

<sup>7</sup> SsTSJ de 26 de septiembre de 2000 (asunto C-175/99, *Didier Mayeur*) y de 25 de enero de 2001 (asunto C-172/99, *Oy Liikenne*).

Ello es así en general, ya que debe recordarse cómo el TJUE matizó esta doctrina para aquellos sectores productivos y actividades que descansan fundamentalmente en la mano de obra y que no requieren de un importante soporte patrimonial para su funcionamiento, donde, en consecuencia, no resultaría procedente exigir su transmisión. Y es que, en estos casos, la contratación de una parte importante de los efectivos personales del antecesor en número y competencias será el criterio determinante para determinar si existe o no transmisión<sup>8</sup>. Este criterio, forjado por la jurisprudencia comunitaria, se conoce como “criterio de la sucesión de plantilla”, y, a pesar de las reticencias iniciales a su incorporación en el ámbito interno por parte del TS, al final acabó por asumirse en un par de sentencias dictadas en el año 2004 resolviendo dos asuntos tan diversos como fueron el del *handling* de Iberia<sup>9</sup> y el de una contrata del servicio de mantenimiento de unas instalaciones deportivas<sup>10</sup>. Con posterioridad, el criterio de la asunción de plantilla fue invocado en otros pronunciamientos relacionados con la gestión de un aparcamiento público<sup>11</sup>, con el servicio de mantenimiento eléctrico de una empresa de hidrocarburos<sup>12</sup> o con una contrata de limpieza<sup>13</sup>.

Pues bien, en ambos terrenos —es decir, tanto en el de la sucesión de contratas “materializadas”, como en el de aquellas otras “desmaterializadas” a las que se aplica el criterio antedicho de la sucesión de plantilla— puede destacarse la existencia de diversos pronunciamientos de interés dentro del período analizado.

— En efecto, en el primero de ellos, aunque la aportación de los elementos materiales para llevar a cabo la explotación es muy relevante en los supuestos de transmisión ligados a los fenómenos de sucesión de contratas materializadas, el hecho de que sean proporcionados por el nuevo contratista o concesionario no excluye que se afirme la existencia de una transmisión siempre que pueda entenderse que, en el fondo, es el sujeto descentralizador quien los sufraga o proporciona. El ejemplo lo brinda la STS de 17 de enero de 2018, rec. 171/2017.

El asunto resuelto por esta sentencia gira en torno al servicio de restauración licitado por el Real Club Náutico de Gran Canaria (RCNGC). Esta entidad había suscrito un arrendamiento de industria con una determinada empresa, cediéndole el espacio para su prestación y proporcionado todos los medios necesarios para el desarrollo. Al no renovarse el contrato, el RCNGC, en principio, se plantea continuar por sí mismo la actividad, si bien finalmente encuentra un nuevo arrendatario que debería aportar los elementos necesarios para la explotación, lo que debería determinar que se excluyese la existencia de transmisión en aplicación de las reglas generales.

Sin embargo, el TS parte de la base de que el RCNGC arrienda la explotación de una industria a través de un negocio jurídico suscrito primero con la saliente y después con la entrante, por medio del cual aporta una pluralidad de elementos que permiten llevar a cabo la explotación, algo que es constitutivo de una transmisión. A partir de ahí subraya que el hecho de que la nueva concesionaria del servicio compre maquinaria no desvirtúa tal idea, pues, al margen de que no constaba cuál era dicha maquinaria, existía una cláusula contractual por la que las nuevas máquinas las pagaba realmente el RCNGC, limitándose el concesionario a anticipar su pago. En definitiva, no puede

<sup>8</sup> SsTJUE de 11 de marzo de 1997 (asunto C-13/95, *Süzen*); de 10 de diciembre de 1998 (asuntos C-127/96, C-229/96 y C-74/97, *Hernández Vidal y otros*); de 10 de diciembre de 1998 (asuntos C-173/96 y 247/96, *Sánchez Hidalgo y otros*); de 24 de enero de 2002 (asunto C-51/00, *Temco*); de 13 de septiembre de 2007 (asunto C-485/05, *Mohamed Jouini*); de 29 de julio de 2010 (asunto C-151/09, *FSP/UGT/Ayuntamiento La Línea*); de 20 de enero de 2011 (asunto C-463/09, *Martín Valor*).

<sup>9</sup> STS de 21 de octubre de 2004, rec. 5075/2003, si bien en el caso no la aplica por tratarse de una asunción de plantilla no pacífica.

<sup>10</sup> STS de 27 de octubre de 2004, rec. 899/2002.

<sup>11</sup> STS de 4 de abril de 2005, rec. 2423/2003, si bien no se aplica porque no constaba que la empresa adjudicataria se hubiera quedado con parte sustancial de la plantilla.

<sup>12</sup> STS de 27 de junio de 2008, rec. 4773/2006, si bien tampoco en este caso se llega a aplicar porque la empresa no había contratado a nadie al reasumir la actividad.

<sup>13</sup> STS de 12 de julio de 2010, rec. 2300/2009.

entenderse que el nuevo concesionario esté aportando los elementos necesarios para la ejecución de la actividad, por lo que la existencia de transmisión resulta clara.

— Por otra parte, también es posible encontrar pronunciamientos de interés en relación con la aplicación al caso concreto del criterio de asunción de la plantilla. El espacio de actuación de este criterio, como se ha recordado, se circunscribe en principio al de la sucesión en actividades desmaterializadas que descansan fundamentalmente en la mano de obra e implica que la contratación en número y competencias de una parte importante de la misma conduce a entender que se ha producido una transmisión.

Una primera sentencia que debe destacarse en este punto es la STS de 26 de octubre de 2018, rec. 2118/2016, ya que ayuda a comprender qué debemos considerar por actividades que descansan fundamentalmente en la mano de obra. El asunto controvertido era el siguiente: una determinada empresa suscribe un contrato de arrendamiento de servicios relativos a ciertas actividades submarinas relacionadas con el amarre y descarga de petroleros en una monoboya de una refinería, así como de control y mantenimiento. A pesar de que se contrató a cuatro buzos, un administrativo y un marinero de la empresa saliente, en sede judicial no se entendió que se debiese aplicar el criterio de sucesión de plantilla. Y es que si bien las labores de los buzos son cualitativamente muy relevantes, no puede entenderse que la actividad contratada descansa primordialmente en ellos, por lo tanto el hecho de su contratación constituye un criterio más a tener en cuenta a la hora de valorar la existencia de transmisión, pero no determina por sí solo la existencia de la misma. A partir de ahí, como la contratista entrante debía aportar una pluralidad de elementos patrimoniales de relevancia (embarcaciones, equipos de buceo, medios de señalización, balizamiento, etc.) se negó acertadamente la existencia de transmisión.

Otra sentencia de interés que debe destacarse al hilo del criterio de la asunción de plantilla es la STS 22 de enero de 2019, rec. 3975/2016. Este pronunciamiento trae causa de un complejo asunto relacionado con la labor desarrollada por ciertos veterinarios al servicio de la Xunta de Galicia, inicialmente, como “pseuoautónomos” con una más que probable cesión ilegal, luego a través de dos empresas públicas sucesivas: primero TRAGSEGA, después SEAGA. Al extinguir esta última todas las relaciones laborales de los trabajadores a su servicio en el marco de un ERE tramitado en 2010, se plantea la cuestión de la transmisión desde la perspectiva de la antigüedad computable para calcular la indemnización por despido.

El TS tras recordar los múltiples conflictos que se han originado en relación con estas empresas, desde perspectivas muy distintas, y resaltar la dificultad que ello origina a efectos de la “contradicción” (véase al respecto, por ejemplo, la STS de 10 de abril de 2018, rec. 2287/2015), entra en el fondo del asunto y entiende que en este caso había transmisión por aplicación del criterio de asunción de la plantilla. La enseñanza más relevante que podemos extraer de esta sentencia es la relativa a que este criterio –el de asunción de plantilla– se afirma incluso cuando la mano de obra contratada por el sucesor lo ha sido en virtud de un concurso público superado por los afectados, algo que resulta criticable. Y es que ello se entendería en el supuesto de que esa asunción se hubiese producido de manera voluntaria –algo que, por lo demás, vedaría de forma clara la Ley 9/2017, de 9 de noviembre de Contratos del Sector Público (LCSP) en su art. 308<sup>14</sup>–, o derivara de un convenio colectivo que resultase aplicable, pero no cuando se produce con ocasión de haber superado los candidatos un concurso público; otra cosa habría sido que en ese concurso se hubiese tenido

<sup>14</sup> GOERLICH PESET, J. M<sup>a</sup>; NORES TORRES, L. E., “Aspectos laborales de la reversión de contratos y concesiones administrativas: el impacto de las leyes 3/2017 y 9/2017 (I y II)”, *Trabajo y Derecho*, 42 y 43/44, 2018, p. 111 y bibliografía allí citada; más reciente, *vid.* GORELLI HERNÁNDEZ, J. “La reversión por la administración de las contrataciones: perspectiva del derecho del trabajo”, *Gestión y análisis de políticas públicas*, 21, 2019, pp. 48 y ss. o, del mismo autor, “El difícil encaje entre el ordenamiento laboral y administrativo: la subrogación de trabajadores en caso de reversión de servicios públicos”, *Trabajo y Derecho*, 54, 2019, p. 8/28 en smarteca.



como mérito muy relevante la anterior prestación de servicios. Con todo, seguramente, la solución venga marcada por la interpretación “esperable” del TJUE en la materia caso de plantearse esta cuestión, vistas las posturas mantenidas en otros asuntos. En fin, la sentencia contiene otro aspecto, relacionado con los hechos probados, aún más criticable o cuanto menos algo sorprendente: a pesar de que en los mismos figura que se aportaban en exclusiva por SEAGA, como al TS no le consta tal aportación ni su relevancia, afirma la aplicabilidad del criterio de la asunción de plantilla.

c) En fin, antes de cerrar este apartado, debe efectuarse una pequeña referencia a las llamadas subrogaciones convencionales. Sin perjuicio de que luego volveré sobre ellas desde la perspectiva de los efectos, no debe olvidarse que en aquellos casos en los que no ha habido transmisión de elementos patrimoniales en sentido amplio, ni tampoco resulta aplicable el criterio de sucesión en la plantilla, cabe que se produzca un fenómeno transmisorio por efecto de las previsiones convencionales, algo bastante frecuente al hilo de la sucesión de contratistas. Pues bien, en este terreno, el criterio clásico forjado por la jurisprudencia es el relativo a la necesidad de estar en el ámbito de aplicación del convenio colectivo para que la previsión resulte aplicable. En todo caso, se trata de una materia en la que tanto la admisibilidad de la cláusula, como su obligatoriedad y alcance depende de que estemos ante un convenio de empresa o sectorial y que resulte aplicable o no a la entrante, a la saliente o a ambas<sup>15</sup>. Aún así, la idea esencial (necesidad de que el convenio colectivo sea aplicable para que opere la cláusula subrogatoria) constituye un principio general con todos los matices que luego se puedan introducir. Por ello, resulta un tanto llamativa la STS de 26 de noviembre de 2018, rec. 2128/2016.

Un gimnasio había externalizado las labores de limpieza y con posterioridad procede a su reversión. El convenio colectivo de limpieza de la provincia donde radicaba el centro preveía la subrogación para los casos de cambio de contratista, incluso en los casos de reversión; el convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios también. A pesar de ello, el gimnasio en cuestión, al recuperar la actividad, no se subroga en las relaciones laborales de los trabajadores que venían desarrollando el servicio. Así las cosas, llegada la cuestión ante el TS este entiende que no procede la subrogación convencional, confirmando una sentencia de la sala de la Comunidad Valenciana que había sostenido lo mismo.

Y es que, a su juicio, no resulta aplicable el convenio de limpieza, ni, por tanto, la previsión de subrogación convencional recogida en el mismo, pues el gimnasio no es una empresa de limpieza; por otro lado, siempre según el TS, la limpieza no está incluida en el ámbito del convenio de instalaciones deportivas y gimnasios, por lo que tampoco la previsión de este último convenio resultaba aplicable. Precisamente, este último aserto es el que entiendo que resulta más discutible. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el convenio colectivo de instalaciones deportivas y gimnasios, al delimitar su ámbito de aplicación, alude a las actividades que se desarrollan en el interior de tales establecimientos; y que la propia clasificación profesional del convenio colectivo incluye al personal de limpieza. Así pues, la cláusula subrogatoria resultaría vinculante para el gimnasio ya que constaba en un convenio que le resultaba aplicable; otra cosa sería para los trabajadores de la empresa de limpieza afectados, a quienes la cláusula no vincularía al estar fuera del ámbito de aplicación del convenio de instalaciones deportivas, siendo para ellos la subrogación voluntaria<sup>16</sup>. Con todo, el asunto resulta dudoso por los propios términos de la cláusula convencional.

4.2. En fin, a partir de ahí, si descendemos al tratamiento de los supuestos específicos, los más relevantes se relacionan precisamente con el fenómeno de la sucesión de contratistas y con el de reversión de servicios.

<sup>15</sup> El conjunto de posibilidades puede verse en NORES TORRES, L. E., *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contratistas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 58 y ss.

<sup>16</sup> NORES TORRES, L. E., *La aplicación de las previsiones...*, *op. cit.*, p. 94.

a) Por lo que respecta a los relacionados con la sucesión de contratas, tal y como he apenas recordado, la doctrina tradicional indica que estos fenómenos de por sí no implican una sucesión, salvo que puedan aplicarse los criterios tradicionales en la materia: que la sucesión vaya acompañada de la transmisión de los elementos patrimoniales necesarios para continuar con la explotación, entendidos en un sentido amplio; o que, estando ante una contrata desmaterializada, resulte aplicable el criterio de la asunción de plantilla; o que la obligación derive de un convenio colectivo aplicable. Si nos situamos en el primer supuesto –transmisión de los elementos patrimoniales–, el requisito se entiende concurrente, incluso, cuando la empresa saliente no era la titular de los medios empleados. La idea, para nada novedosa, es la que se maneja en diferentes pronunciamientos dictados al hilo del cambio de titular de un determinado contrato de gestión pública, en concreto, una guardería y ludoteca infantil por parte de unas entidades públicas.

— En efecto, las SsTS de 16 de abril de 2018, rec. 2392/2016, de 9 de mayo de 2018, rec. 3537/2016, de 29 de mayo de 2018, rec. 4050/2016, de 28 de junio de 2018, rec. 1379/2016, de 9 de enero de 2019, rec. 1889/2017 y de 29 de enero de 2019, rec. 4000/2016, se mueven en esta línea: los elementos patrimoniales habían sido aportados por la administración correspondiente, resultando por lo demás indiferente que la subrogación no constase en el pliego ni en el convenio aplicable

— En realidad, las dos últimas sentencias citadas (SsTS de 9 de enero de 2019, rec. 1889/2017 y de 29 de enero de 2019, rec. 4000/2016) no entran en el fondo por falta de contradicción, si bien son interesantes por cuanto dan noticia de un problema planteado en la instancia como es el relativo a qué sucede si los trabajadores afectados no cuentan con la titulación, algo a lo que se responde afirmando, en todo caso, la existencia de subrogación, correspondiendo a la empresa entrante la asunción del coste de la eventual extinción del contrato de aquellos sujetos que careciesen de los requisitos para desarrollar la actividad.

b) El segundo grupo se relaciona con la reversión de contratas públicas. En este punto, nuevamente resultan de aplicación los mismos criterios generales que en el terreno de la sucesión de contratas: de entrada, hay sucesión cuando se transmiten los elementos patrimoniales necesarios para seguir la actividad, incluso cuando en el pasado pertenecieron al ente; en segundo lugar, cuando tratándose de una actividad desmaterializada, proceda aplicar el criterio de la sucesión de plantilla, bien que con matices, pues, en principio, de conformidad con el art. 308 LCSP la administración no puede asumir “voluntariamente” la plantilla del predecesor<sup>17</sup>; finalmente, cuando estuviésemos ante un supuesto de sucesión convencional.

Aquí la principal duda que suele surgir es la relativa a que los servicios, en muchas ocasiones, se desarrollan sobre y/o con elementos pertenecientes al propio organismo que los descentralizó y que ahora pretende su recuperación. Así las cosas, se podrían llegar a desdibujar la concurrencia de los presupuestos aplicativos del art. 44 ET y a partir de ahí pensar que la reversión, en tales casos, constituye únicamente un mero supuesto de sucesión de actividad y no una verdadera transmisión de empresa. En este sentido, entiendo que resulta preciso diferenciar los casos en los que los bienes cedidos por la Administración resultan ser el propio objeto de los servicios de los supuestos en los que aquéllos actúan como elemento necesario de su prestación; o, en otras palabras, la frontera divisoria entre lo excluido y lo incluido en los casos en que la administración ha proporcionado los bienes estribaría en que éstos sean un sujeto “paciente” del servicio encomendado o, diversamente, actúen como “agente”<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> GOERLICH PESET, J. M<sup>a</sup>; NORES TORRES, L. E., “Aspectos laborales...”, *op. cit.*, pp. 111-112; GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El difícil encaje...”, p. 8/28 en smarteca.

<sup>18</sup> GOERLICH PESET, J. M<sup>a</sup>; NORES TORRES, L. E., “Aspectos laborales...”, *op. cit.*, pp. 109-110; asimismo, *vid.* YAGÜE BLANCO, S., “Reversión de contratas públicas. Divergencias interpretativas en la identificación de las circunstancias de hecho relevantes para apreciar la sucesión de empresa”, *Trabajo y Derecho*, 40, p. 87.

Pues bien, superando dudas pasadas, en este sentido se mueven distintas sentencias que analizan la reversión del servicio de restauración colectiva del Ministerio de Defensa (SsTS de 20 de abril de 2018, rec. 2764/2016, de 5 de junio de 2018, rec. 2641/2016, de 18 de julio de 2018, rec. 2720/2016 o de 10 de octubre de 2018, rec. 2767/2016) o de un comedor infantil por una entidad local (STS de 26 de marzo de 2019, rec. 1916/2017). En todas ellas, la reversión del servicio acompañada de la transmisión (mejor dicho, la recuperación) de los elementos patrimoniales conduce a entender que hay una sucesión sujeta al art. 44 ET.

Ciertamente, ello no constituye novedad alguna, pues el Tribunal Supremo ya se había pronunciado en esta línea con anterioridad. No obstante, sí que existe en la materia un pronunciamiento muy relevante, si bien no procede del TS, sino del TJUE. Me refiero a la STJUE de 13 de junio de 2019 (asunto C-317/18, *Correia Moreira*), en la que, al hilo de la tensión entre el principio de estabilidad en el empleo derivado de la Directiva 2001/23 y los principios constitucionales de acceso al empleo público claramente se decanta por la prevalencia del primero, afirmando que el art. 2 de la misma “*debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que exige que, en caso de transmisión a efectos de dicha Directiva, al ser el cesionario un ayuntamiento, los trabajadores afectados, por un lado, se sometan a un procedimiento público de selección y, por otro, queden obligados por un nuevo vínculo con el cesionario*”.

### III. Subrogación convencional y solidaridad

5. El segundo bloque de sentencias al que me quería referir aborda los efectos de la llamada subrogación convencional en los casos de sucesión de contratistas, en concreto, la cuestión relativa a si el convenio colectivo puede limitar tales efectos a la mera subrogación y prescindir de la responsabilidad solidaria recogida en el art. 44 ET para los casos de transmisión de empresas o si, por el contrario, esta última consecuencia resulta obligada.

5.1. En este punto, hay que recordar que el TS se había posicionado en el año 2016 en el primer sentido, esto es, el de admitir la posibilidad de que el convenio colectivo, al imponer la subrogación en los casos de cambio de contratista, excluyese la responsabilidad solidaria del cesionario<sup>19</sup>, lo que originó diferentes críticas doctrinales al respecto<sup>20</sup>.

Los argumentos empleados en ese momento para ello fueron los siguientes. De entrada, según se indicaba en las sentencias citadas, no nos encontraríamos ante una sucesión de empresas de las reguladas en el art. 44 ET, pues ni habría habido una transmisión de los elementos patrimoniales que permitiesen la continuidad de la actividad, ni se habría producido una asunción voluntaria de la plantilla, sino que estaríamos ante una subrogación producida por imposición convencional. A partir de ahí, en segundo lugar, las sentencias en cuestión se encargaban de recordar que este tipo de cláusulas convencionales eran perfectamente lícitas o, en otras palabras, que el convenio colectivo constituiría un instrumento hábil para establecer este tipo de previsiones, así como que, en tales

<sup>19</sup> Así, las SsTS de 7 de abril de 2016, rec. 2269/2014 y 3 de mayo de 2016, rec. 3165/2014, en relación con el convenio de seguridad, y de 10 de mayo de 2016, rec. 2957/2014, y de 1 de junio de 2016, rec. 460/2014, en relación con el convenio de limpieza

<sup>20</sup> Así, por ejemplo, DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Subrogación convencional y sucesión legal de empresas”, *Revista Galega de Dereito Social*, 2, 2016, pp. 108 y ss.; MIÑARRO YANINI, M., “Contratas, subrogación convencional y exención de responsabilidad: ¿vuelve a retar la jurisprudencia nacional a la comunitaria? Comentario a la STS de 10 de mayo de 2016, RCU 2957/2014”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 403, 2016, pp. 161 y ss.; ARAGÓN GÓMEZ, C., “Régimen jurídico aplicable a la sucesión de plantilla que opera por imperativo convencional”, *Trabajo y Derecho*, 25, 2017, pp. 74 y ss.; en sentido diverso, compartiendo el criterio jurisprudencial, NORES TORRES, L. E., “Sucesión de contratistas y subrogación convencional: el impulso a una doctrina acertada (a propósito de la STS de 7 de abril de 2016)”, *Información Laboral*, 9, 2016, pp. 151 y ss.

casos, los efectos derivados deberían ser los previstos en el convenio colectivo de que se tratase, tal y como se habría sostenido en otros pronunciamientos anteriores que las propias sentencias citaban. En tercer lugar, continuaban razonando estos pronunciamientos, nada de ello supondría una vulneración del texto estatutario, ni de la Directiva 2001/23/UE, ni de la STJUE de 24 de enero de 2002 (asunto C-51/00, TEMCO), pues estaríamos en un terreno en el que la relación entre las normas se produciría en términos de complementariedad o concurrencia no conflictiva. En fin, por lo demás, las sentencias referidas subrayaban que aquella solución resultaba coherente con el tratamiento que había dispensado el propio tribunal a otro tipo de cláusulas convencionales en las que se recogían otras subrogaciones «limitadas», exigiendo que los trabajadores tuviesen una determinada antigüedad en la empresa, y respecto las cuales no se habría nunca cuestionado su licitud.

Esta orientación se siguió en muchos pronunciamientos posteriores<sup>21</sup>. Y esa misma continuidad se aprecia también durante la primera mitad de 2018: SsTS de 10 de abril de 2018, rec. 3684/2016, de 3 de mayo de 2018, rec. 2346/2016, de 9 de mayo de 2018, rec. 3065/2016, de 29 de mayo de 2018, recs. 2481/2016 y 2748/2016, de 31 de mayo de 2018, rec. 2586/2016.

5.2. Pues bien, en ese contexto se dicta la STJUE de 1 de julio de 2018 (asunto C-60/17, *Somoza Hermo*) resolviendo una cuestión prejudicial elevada por el TSJ de Galicia relacionada con esta materia. En efecto, al hilo de la sucesión en la contrata de seguridad del Museo de las Peregrinaciones de Santiago de Compostela, en la que se produce una subrogación del personal por obra del convenio colectivo, la Sala de Galicia pregunta dos cosas: por un lado, si la subrogación convencional se puede reconducir al art. 1.1 de la Directiva; por otro lado, si un Estado haciendo uso del art. 3.1 de la Directiva (posibilidad de que los estados miembros impongan la solidaridad) ha previsto la solidaridad, resulta conforme con dicho precepto una interpretación que sostenga que tal responsabilidad no se aplica cuando la asunción de plantilla viene impuesta por el convenio colectivo y en el convenio no se recoge.

a) La sentencia literalmente indicó, en primer lugar, que “*El artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de [transmisiones] de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que esta Directiva se aplica a una situación en la que un arrendatario de servicios ha resuelto el contrato de prestación de servicios de vigilancia de instalaciones celebrado con una empresa y, a efectos de la ejecución de la prestación, ha celebrado un nuevo contrato con otra empresa que se hace cargo, en virtud de un convenio colectivo, de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que la primera empresa destinaba a la ejecución de dicha prestación, siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas*”; en segundo lugar, que “*El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no es competente para responder a la segunda cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, mediante resolución de 30 de diciembre de 2016*”.

Así pues, la cuestión de la solidaridad, a mi juicio, se remitía a un problema estrictamente de relación entre el art. 44 ET y el convenio colectivo, pero no de ajuste de las previsiones convencionales a las previsiones recogidas en la normativa comunitaria.

b) A pesar de ello, con base en esta sentencia, el TS ha cambiado el criterio que venía sosteniendo desde 2016 en esta materia y ha pasado a entender que, en el caso de subrogaciones convencionales operadas en supuestos de contratas que se consideran desmaterializadas, la contratación del personal de la empresa saliente, aunque no se produzca de un modo libre, sino que venga impuesta

<sup>21</sup> Entre otras, SsTS de 6 de julio de 2017, recs. 1550/2016 y 1669/2017; STS de 25 de julio de 2017, rec. 2239/2017

por el convenio colectivo aplicable, lleva a la aplicación del criterio de sucesión de plantilla, así como a que la subrogación convencional se convierta en una suerte de subrogación legal y, por tanto, se aplique el art. 44 ET en su integridad, incluido el mecanismo de la responsabilidad solidaria<sup>22</sup>. El cambio de criterio se produce con la STS de 27 de septiembre de 2018, rec. 2747/2016, dictada por Sala General, a la que después han seguido otras, como las SsTS de 24 y 25 de octubre de 2018, recs. 2842/2016 y 4007/2016.

6. En fin, no querría cerrar este apartado sin efectuar un par de consideraciones críticas relacionadas con el cambio de criterio, tanto en cuanto a la oportunidad, como a sus consecuencias:

6.1. La primera es que, a mi juicio, el cambio de criterio no resultaba necesario o, mejor dicho, no era una consecuencia que derivase de manera obligada de la STJUE, sino que es un problema exclusivo de relación entre el art. 44 ET y el convenio colectivo, según se encarga expresamente de indicar el TJUE, tanto en el razonamiento como en el fallo. De hecho, como ya he sostenido en otro lugar, sigo pensando que el convenio colectivo, en supuestos que no constituyen una transmisión verdadera, puede imponer la subrogación y prescindir de la solidaridad, pues una previsión convencional de tal tipo respetaría tanto la Directiva como del art. 44 ET; a los argumentos que en su día señalara el TS se pueden añadir ahora los derivados de la jurisprudencia comunitaria reciente en materia de vacaciones<sup>23</sup>. Al hilo de ello, también me sorprende la facilidad con que el TS ha cambiado de postura: con todo lo que le costó admitir, por ejemplo, la incorporación de la doctrina sobre la sucesión de plantilla, o lo discutida que fue la propia sentencia de 2016, aquí se ha mostrado muy dúctil; de hecho, el voto particular no cuestiona la opinión mayoritaria, sino tan solo su aplicación al caso concreto, pues no constaba en los hechos probados que la empresa entrante hubiese asumido una parte importante de la plantilla.

6.2. La segunda consideración a efectuar enlaza con algo que ya estaba presente en la STS de 7 de abril de 2016 y en los estudios doctrinales sobre sucesión de contratos más clásicos<sup>24</sup>: la aplicación del criterio de sucesión de la plantilla en las subrogaciones convencionales y su conversión en una subrogación de tipo “legal” (en el sentido de reconducible al art. 44 ET) obligaría a considerar la ilegalidad de las cláusulas convencionales que exigen una determinada antigüedad o el cumplimiento de obligaciones informativas para que esta resulte operativa. Y todo ello al margen de la lectura que pueda tener en términos de consecuencias futuras para este tipo de cláusulas, ya que su mantenimiento en la “agenda” negocial se presenta cuanto menos como “dudosa”, según ha destacado la doctrina<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Sobre los efectos derivados del cambio de doctrina, *vid.* DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Efectos de la rectificación de la doctrina sobre la subrogación convencional. Reflexiones a partir de la STS de 27 de septiembre de 2018”, *Trabajo y Derecho*, 48, 2018, pp. 108 y ss.

<sup>23</sup> En efecto, ya cerrado este estudio, la STJUE de 19 de noviembre de 2019, asuntos C-609/17 y C.610/17, ha señalado que, en relación con los días de vacaciones previstos en un convenio colectivo que mejora las previsiones comunitarias en materia de duración de las vacaciones, el hecho de que los días “adicionales” que superen el mínimo no puedan aplazarse por coincidir con una enfermedad, no contraviene la Directiva 2003/88).

<sup>24</sup> Entre otros, CABEZA PEREIRO, J., “La subrogación empresarial en las contrataciones de limpieza sí se ampara en la Directiva 23/2001/CE”, *Actualidad Laboral*, 21, 2002, p. 1101; GARCÍA ROMERO, B., “Ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CE, noción de traspaso y negociación colectiva (estado de la cuestión tras la STJUE de 24 de enero de 2002, asunto Temco)”, *Revista de Derecho Social*, 18, p. 143; MORENO GENÉ, J., *El nuevo régimen...*, *op. cit.*, p. 75); SANGUINETI RAYMOND, W., “Las cláusulas de subrogación convencional frente a los vaivanes jurisprudenciales” en ESCUDERO RODRÍGUEZ, E. (Coord.), *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 111-112.

<sup>25</sup> DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Efectos de la rectificación...”, *op. cit.*, p. 114.

#### IV. El plazo de tres años para exigir la responsabilidad

7. Un tercer bloque de pronunciamientos dictados en el período analizado aborda la cuestión del significado del plazo de tres años establecido en el art. 44.3 ET para exigir la responsabilidad solidaria respecto las obligaciones nacidas con anterioridad a la transmisión y, de manera concreta, su naturaleza, así como su carácter autónomo o no respecto el plazo del art. 59 ET. En definitiva, estas sentencias tratan de determinar si el plazo referido opera o no como un plazo singular de prescripción, de manera que en los supuestos de transmisión de empresa por actos inter vivos las deudas previas están sometidas o no al plazo general de un año del art. 59 ET.

7.1. La cuestión, así planteada, es muy similar a la que se suscita al hilo de los plazos de uno y tres años que fija el art. 42 ET para exigir la responsabilidad solidaria del empresario principal respecto las obligaciones salariales y de seguridad social nacidas durante la vigencia de la contrata a contar tras la finalización de la misma. En este punto, tradicionalmente se han barajado dos grandes interpretaciones<sup>26</sup>. Por un lado, que estamos ante una reiteración respecto lo establecido en el art. 59 ET. Así, el plazo general de un año previsto en el art. 59 ET regiría también aquí, eso sí, en la medida en que la acción no hubiese prescrito con anterioridad; es decir, se trataría de una previsión absolutamente superflua. Por otro lado, la segunda opción pasaría por entender que estamos ante un plazo que presenta un carácter autónomo: el empresario principal responde de las deudas pendientes durante el año siguiente a la terminación de la contrata, lo cual no tienen mucho sentido, pues tendría una mayor perdurabilidad en el tiempo la responsabilidad del principal que la del contratista.

Alguna sentencia dictada en suplicación, tras recoger ambas interpretaciones, se había decantado de manera rotunda por la primera opción: *“al establecer el art. 42 que la obligación del empresario comitente es exigible durante el año siguiente a la terminación de su encargo, parece que admite la posibilidad de exigir deudas salariales del contratista que ya estuvieran prescritas antes de la finalización de la contrata, pues, en otro caso no sería más que una reiteración indeseada de lo preceptuado en el art. 59 del E.T. Como ello supondría imponer una obligación más intensa al empresario principal que al contratista empleador directo del trabajador, debe ser rechazada equiparando ambas responsabilidades en el tiempo en que pueden ser exigidas”*<sup>27</sup>.

A mi juicio, los términos del debate se han movido por unos senderos un tanto erróneos. Aunque la idea de partida sobre que la “responsabilidad” del empresario principal se extiende durante el año siguiente a la finalización de la contrata, eso sí, en la medida en que las “acciones” no estén prescritas resulta acertada, parece imprescindible insistir en una cosa: la necesidad de diferenciar entre el plazo de ejercicio de la acción (el año al que alude el art. 59 ET a contar desde el momento en que la misma pudo ejercitarse) y el plazo durante el cual es exigible la responsabilidad del empresario principal (el año al que alude el art. 42 ET tras la finalización de la contrata). Así, el trabajador, durante la vigencia de la contrata, podrá dirigirse indistintamente contra cualquiera de los deudores solidarios, eso sí, en la medida en que la “acción” no haya prescrito. Una vez finalice la contrata, si las acciones no se entablan contra el principal y solo se dirigen contra el contratista, las eventuales interrupciones solo operan respecto el contratista, y cuando haya pasado un año, la responsabilidad del principal habrá desaparecido: y ello, seguramente, porque la naturaleza de esta responsabilidad no sea exactamente una verdadera solidaridad, sino una suerte de fianza solidaria. La doctrina de suplicación ya había manejado una lectura de este tipo<sup>28</sup>. Y esta es también la orientación que, en

<sup>26</sup> Al respecto, *vid.* MONTOYA MEDINA, D., *Trabajo en contratas...*, *op. cit.*, p. 234.

<sup>27</sup> STSJ Cataluña de 15 de enero de 2010, rec. 6474/2008.

<sup>28</sup> Así, la STSJ Castilla-León Burgos de 16 de febrero de 2012, rec. 7/2012. Asimismo, la STSJ Galicia de 15 de marzo de 2010, rec. 1617/2006, afirmaba *“Existe una relevante matización en cuanto a ese plazo anual al que se refiere el artículo 42 del ET, y es el hecho*

cierto modo, sigue la STS de 5 de diciembre de 2017, rec. 2664/2015. En efecto, tras recordar el distinto origen que tienen las obligaciones del contratista y las responsabilidades del principal, esta sentencia configura esta última como una solidaridad impropia: *“la responsabilidad solidaria de la empresa principal la impone el art. 42-2 del ET diferenciándola en su nacimiento, duración y exigencia de la de pago de salarios que regulan los artículos 1, 26, 29 y 59 del ET en sus distintos particulares, lo que hace que no sea una obligación solidaria de las que el artículo 1137 del Código Civil contempla y que tenga un régimen en orden a la prescripción de esa responsabilidad diferente y al que resulta inaplicable el art. 1974 del Código Civil en orden a la interrupción de la prescripción por la reclamación a otro, como ya apuntó esta Sala, aunque fuese como “obiter dicta” en su sentencia de 20-9-2007 (R. 3539/2005)”*.

7.2. Pues bien, esta misma orientación es la que subyace en las sentencias del Tribunal Supremo más recientes que han abordado esta cuestión. En efecto, la STS de 17 de abril de 2018, rec. 78/2016, una vez recordado el contenido de los arts. 59 ET, 44.3 ET, 1969 Cc y 44.1 ET, y tras resaltar la conexión que tienen los referidos preceptos estatutarios con los de la Directiva comunitaria, expresamente ha señalado que: *“el art. 44.3 ET no establece plazo de prescripción singular y diverso al general de un año previsto en el art. 59 ET, sino que sólo delimita temporalmente la responsabilidad solidaria que se establece entre el cesionario y el cedente, fijando al respecto un plazo de actuación –caducidad- de tres años para el ejercicio de aquella acción –necesariamente viva- que el trabajador pudiera ostentar frente al empresario transmitente”*. A ello añade: *“la previsión que contiene el art. 44.3 ET tiene un alcance claro, cual es que la subrogación en las deudas salariales se produce en los términos propios de tal figura jurídica, precisando que la responsabilidad solidaria que el precepto dispone para el adquirente –por las deudas previas a su condición empresarial novedosamente adquirida- únicamente le puede ser exigida durante los tres años posteriores a la sucesión, de manera que ejercicio de la acción por el trabajador frente a ese empresario sucesor, reclamando aquellos débitos anteriores, únicamente es factible durante esos tres primeros años. y ello aunque transcurrido ese plazo la correspondiente acción persista viva por haberse interrumpido su decadencia mediante cualquiera de los medios que el derecho admite [ art. 1973 CC ]”*. Con posterioridad, las SsTS de 11 de julio de 2018, rec. 916/2017, de 10 de enero de 2019, rec. 925/2017 y de 28 de febrero de 2019, rec. 777/2017 han seguido la misma doctrina. Una cuestión que no resuelven estas sentencias es la relativa al tratamiento de las causas interruptivas respecto la responsabilidad solidaria. Al respecto, remite a las afirmaciones que sostuvo en la STS de 5 de diciembre de 2017, rec. 2664/2015, si bien esta sentencia, como se acaba de recordar, se dictó en un litigio relacionado con la aplicación del art. 42 ET y no del art. 44 ET; en todo caso, anuncia un análisis más profundo de la cuestión para el futuro. Por lo demás, la remisión a la sentencia de 2017 implicaría que las reclamaciones dirigidas contra el deudor principal, o los reconocimientos de deuda por este efectuados, no desplegarán efectos interruptivos respecto el deudor solidario. En el ámbito del art. 42 ET, una vez finalizada la contrata, la responsabilidad del deudor solidario solo podrá plantearse durante 1/3 años y en la medida en que la acción esté vigente. Y esto es trasladable en líneas generales al terreno del art. 44 ET, si bien la propia dinámica de este precepto introduce modificaciones (de hecho, lo simplifica): en el ámbito del art. 44 ET, la responsabilidad del deudor

---

*de que solo cabe exigir responsabilidad del empresario principal, durante el año siguiente a la terminación del encargo, a fin de no perpetuar en el tiempo su relación con la contrata impidiéndole ya no desvincularse de un encargo ya terminado, sino de situarse al margen de las múltiples y variadas reclamaciones, que por distintos incumplimientos por parte de la empresa contratista o subcontratista, pudieran tener lugar en el futuro. Y en aplicación de este plazo, la acción ejercitada contra la recurrente se encuentra prescrita, porque la norma específica que regula la cuestión, como acabamos de indicar, se contiene en el artículo 42 del ET, sin poderse aplicar, en este caso, el mecanismo interruptivo previsto en el artículo 1974 del Código Civil. Terminada la contrata para el actor, en la fecha en la que fue despedido esto es, 2 de noviembre de 2004, la recurrente solo podría responder solidariamente de las deudas salariales que pesan sobre la empresa codemandada y subcontratista, si se hubiera respetado el plazo de un año y no presentándose la demanda contra la empresa principal hasta el 22 de noviembre de 2005, el recurso de suplicación formulado prospera, con la consecuente revocación parcial de la sentencia de instancia”*.

solidario no surge al mismo momento que la deuda como en cambio sucede en el espacio cubierto por el art. 42 ET, sino al tiempo de la transmisión; y en la medida que en ese momento la deuda esté vigente. A partir de la transmisión, se responde durante tres años; si en ese período no se le requiere (las acciones solo se entablan contra el principal), transcurrido el mismo, no responde.

## V. Subrogación y reducción de contrata

8. Además de la responsabilidad solidaria, la otra consecuencia esencial que se deriva de los fenómenos transmisivos es la relativo a la subrogación del personal con las mismas condiciones que viniesen disfrutando en la empresa de origen. Al margen de la STS de 25 de abril de 2019, rec. 770/2017, en la que se recuerda el alcance “general” de la obligación de mantener tales condiciones (en concreto, unos billetes de avión, siguiendo una línea muy consolidada<sup>29</sup>), llama la atención un cuarto bloque de sentencias que, en el marco de las sucesiones de contrata susceptible de ser consideradas como un supuesto de transmisión de empresa, abordan la polémica cuestión de las consecuencias que tiene la reducción de una contrata.

8.1. La postura clásica sobre el particular ha sido la de entender que si la sucesión de contrata constituye un supuesto de transmisión, el contratista entrante asume la totalidad de la mano de obra, sin perjuicio de que puede llevar a cabo un despido objetivo respecto el personal sobrante, abonando la correspondiente indemnización. Ello será así, se matiza, salvo que el convenio colectivo disponga otra cosa. Pues bien, sucede que el convenio de seguridad prevé algo diverso. El principio general es la existencia de subrogación: si la reducción es superior a doce meses, le corresponde a la saliente quedarse con la mano de obra (y proceder en su caso a un despido objetivo); ahora bien, si la reducción es por tiempo inferior a doce meses o se produce una ampliación, operará la subrogación de la empresa entrante.

A ello se refieren las SsTS de 8 de mayo de 2018, rec. 3484/2016, de 17 de julio de 2018, rec. 2834/2016 y de 30 de octubre de 2018, rec. 3767/2016. En todas ellas, hay una contrata de seguridad suscrita con Prosegur que no se renueva; la nueva contratista es Securitas, pero con una contrata reducida. Así las cosas, Securitas se subroga solo parcialmente y los trabajadores no contratados demandan por despido. Tanto en la instancia como en suplicación se entendió que había subrogación y que Securitas debía subrogarse en la totalidad de las relaciones laborales, sobre la base de que, en realidad, no había tal reducción de la contrata, sino una surte de “desdoblamiento” de la misma, separando la vigilancia de las labores de conserjería. Ahora bien, el TS entiende que la responsabilidad no es de Securitas, sino de Servicios Securitas que había ganado la contrata de conserjes-acceso.

8.2. Esta posición ha sido con posterioridad matizada, como consecuencia de la sentencia del TJUE de 1 de julio de 2018 (asunto 60/17, Somoza Hermo). Así, las SsTS de 8 de enero de 2019, rec. 2833/2016 y de 5 de marzo de 2019, rec.2892/2017, han entendido que, al haber incardinado el TJUE la subrogación convencional en el ámbito de la Directiva, la sucesión puede implicar la transmisión de una entidad organizada que mantiene su entidad en la medida en que sea aplicable el criterio de la sucesión de la plantilla y, en consecuencia, la subrogación es total, subrogándose, por tanto, Securitas en el conjunto de la mano de obra. Esta misma postura, se sostiene con unos sujetos diversos en la STS 9 de enero de 2019, rec. 108/2018.

<sup>29</sup> SsTS de 27 de septiembre de 2016, recs. 350/2015 y 882/2015, de 30 de septiembre de 2016, rec. 3980/2014, de 4 de octubre de 2016, rec. 689/2015 y de 3 de mayo de 2017, rec. 2356/2015.



## VI. Transmisión y concurso

9. Un último bloque de pronunciamientos al que me quiero referir es el que aborda ciertos efectos de la transmisión de empresa en el seno del concurso o, mejor dicho, se trata de supuestos en los que las relaciones laborales se han extinguido con carácter previo a la adjudicación de la empresa, centro de trabajo o UPA en la fase de liquidación, arrastrando la empresa deudas previas a la liquidación respecto trabajadores que ya no están vinculados al tiempo de la adjudicación<sup>30</sup>.

En efecto, se trata de un número considerable de sentencias (STS de 27 de febrero de 2018, rec. 112/2016; STS de 26 de abril de 2018, rec. 2004/2016; STS de 5 de junio de 2018, rec. 417/2017; STS de 12 de julio de 2018, rec. 3525/2018; STS de 12 de septiembre de 2018, rec. 1549/2017; SsTS de 3 de octubre de 2018, recs. 3710/2017, 323/2017, 3664/2017 y 1733/2017; STS de 17 de octubre de 2018, rec. 2340/2017; STS de 27 de noviembre de 2018, recs. 1902/2017 y 1958/2017; STS de 23 de enero de 2019, rec. 1690/2017; STS de 11 de septiembre de 2019, rec. 1505/2019) del que podemos extraer diferentes ideas de relevancia.

9.1. La primera de ellas es la relativa al orden competente para decidir si existe transmisión o no. Pues bien, en este punto el criterio está muy consolidado, incluso en pronunciamientos anteriores<sup>31</sup>, entendiéndose que corresponde al juez de lo social *“porque en la resolución de este problema se encuentra implicada la recurrente, quien no ha sido parte en el proceso concursal, ni como deudor ni como acreedor, al haberse limitado a comprar una unidad productiva de la empresa concursada.”* Y es que, el hecho de que el juez del concurso al adjudicar la unidad productiva indique que no hay sucesión de empresa, constituye una declaración de carácter prejudicial en los términos del art 9 LC que no despliega efectos fuera del concurso.

9.2. La segunda idea relevante que se extrae de este bloque de sentencias es la relativa a que la adjudicación de una unidad productiva constituye una sucesión de empresa, obviamente, si se dan los requisitos para ello. La lectura conjunta de los arts. 148 y 149 conduce a ello, de manera singular el 148.4 LC, ya que *“la norma no ha excluido que la adquisición de una unidad productiva en el seno del concurso suponga sucesión de empresa sino, al contrario, de forma indirecta está admitiendo que en dicho supuesto se produce sucesión de empresa, al remitir al artículo 64 LC los supuestos en los que las operaciones previstas en el plan de liquidación implicasen modificaciones sustanciales colectivas, traslados colectivos, suspensiones o extinciones colectivas de contratos; porque si la adquisición de una unidad productiva autónoma en el seno del concurso no supusiera que existe sucesión de empresa, la remisión del art. 148.4 LC al procedimiento descrito en el art. 64 LC, sería superflua, ya que la adquisición de la unidad productiva autónoma no conllevaría la asunción de los trabajadores de la empleadora, por lo que el plan de liquidación habría de limitarse a contemplar las condiciones de la realización de bienes y derechos del concursado, pero sin previsión alguna respecto a la situación de los trabajadores. Si del precepto resultare que no hay sucesión de empresa sería única y exclusivamente la empleadora la responsable de adoptar las medidas legales para la modificación sustancial de condiciones de trabajo, extinciones colectivas... de sus trabajadores, pero estas medidas no tendrían que aparecer ligadas a la aprobación del plan de liquidación de los bienes de la masa activa ya que la adquirente sería por completo ajena a la suerte de los trabajadores de la empleadora”*.

<sup>30</sup> Al respecto, *vid. in extenso* ALTÉS TÁRREGA, J. A., “La sucesión de empresa en la fase de liquidación concursal: divergencias interpretativas y la necesaria unificación de criterios”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 10, 2018, pp. 1096 y ss.

<sup>31</sup> SsTS11 de enero de 2018, rec. 3290/2015, de 5 de julio de 2017, rec. 563/2015, de 18 de mayo de 2017, rec. 1645/2015, de 11 de enero de 2017, rec. 1689/2015.

9.3. En tercer lugar, debe destacarse que la responsabilidad también alcanza a las deudas pendientes con los trabajadores cuyo contrato ya se había extinguido con anterioridad a la adjudicación, algo que ya se sostiene desde antiguo<sup>32</sup>. Un argumento adicional para sostener esta postura ha sido el de la separación entre la consecuencia relativa al mantenimiento de las relaciones laborales y la subrogación con las mismas obligaciones y derechos (art. 44.1 ET) y la responsabilidad solidaria (art. 44.3 ET).

9.4. Finalmente, hay que subrayar el carácter limitado que, a estos efectos, tienen los arts. 146.bis y 149.4 LC, en el sentido de que el margen de exoneración con que cuenta el juez del concurso es limitado: la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el FOGASA.

## VII. Algunas consideraciones finales y propuestas

10. Una sensación que surge a menudo tras la lectura de los diversos pronunciamientos jurisprudenciales que van apareciendo tanto en esta materia como en otras es la relativa a que las instituciones laborales resultan cada vez más difíciles de entender, de manera especial aquellas en las que incide el Derecho Comunitario. En el caso de la transmisión de empresa, las dudas se acrecientan por el más que seguro distanciamiento entre la norma y la realidad normada, algo en lo que la reforma del año 2001 pudo incidir y que, por desgracia, no aprovechó, limitándose a ajustar el contenido del art. 44 ET a los mandatos derivados de la Directiva 2001/23. Sin embargo, tal y como evidencian las novedades jurisprudenciales de las que he intentado dar cuenta en este trabajo, hay una serie de puntos críticos en los que se debería incidir.

10.1. De entrada, hay una cuestión previa de gran relevancia que debería afrontarse y es la relativa a la determinación de quién es el responsable solidario, una cuestión en cuya interpretación debería efectuarse un verdadero giro copernicano en las últimas interpretaciones y recuperar otras lecturas manejadas en el pasado. En este sentido, si bien se mira, el responsable “directo” de las deudas contraídas con los trabajadores afectados por la transmisión debería entenderse que es el cesionario; en eso consiste la subrogación en derechos y obligaciones<sup>33</sup>. La solidaridad, en realidad, se impondría sobre el cedente, para asegurarse que no efectúe una transmisión hacia una empresa insolvente con el único fin de librarse de responsabilidades al respecto<sup>34</sup>. Asimismo, incluso, cabría hablar de una “bidireccionalidad” de la solidaridad, pues sobre el cesionario también pesaría una responsabilidad solidaria, pero, en este caso, respecto las deudas pendientes con los trabajadores que vieron extinguidos sus contratos con anterioridad a la transmisión<sup>35</sup>.

10.2. Un segundo punto en el que debería incidirse es el relativo a la propia naturaleza de la responsabilidad, aclarando si estamos ante una verdadera solidaridad, una solidaridad “impropia” como ha indicado el TS o una fianza solidaria; y ello por la trascendencia que tiene, entre otras cosas, respecto del cómputo de los plazos, un tema que, por lo demás, también debería ser abordado

<sup>32</sup> STS de 4 de octubre de 2003, rec. 585/2003.

<sup>33</sup> En este sentido, DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Efectos de la rectificación...”, *op. cit.*, p. 115.

<sup>34</sup> Al respecto, *vid.* ALTÉS TÁRREGA, J., “La responsabilidad del adquirente en la transmisión de empresa laboral: subrogación contractual y responsabilidad solidaria”, *Trabajo y Derecho*, 50, 2019, pp. 53 y ss. y bibliografía por él citada.

<sup>35</sup> ALTÉS TÁRREGA, J., “La responsabilidad del adquirente...”, *op. cit.*, p. 54; YAGÜE BLANCO, S., “Entre subrogación convencional y transmisión de empresa: la sucesión de plantilla”, *Trabajo y Derecho*, 52, 2019, pp. 53 y ss.

para marcar esa diferencia entre el plazo de ejercicio de las acciones y el plazo de exigibilidad de la responsabilidad.

10.3. El tercer aspecto sobre el que merece la pena reflexionar afecta a la subrogación convencional. Y es que las últimas orientaciones interpretativas que impiden en las contrataciones desmaterializadas imponer la subrogación con exclusión de la solidaridad podrían suponer un “serio obstáculo”<sup>36</sup> o una suerte de “sentencia de muerte” para este tipo de previsiones convencionales. Ciertamente, la misma lectura se efectuaba del criterio de la asunción de plantilla o de la doctrina sentada por la sentencia TEMCO y, a pesar de ello, las previsiones negociales que imponen la subrogación han seguido existiendo, lo que lleva a pensar que los agentes sociales perseveran en su “indulto”. La cuestión es compleja por las implicaciones que este tipo de cláusulas pueden tener en términos de competencia entre las empresas. En todo caso, tal y como ha evolucionado la jurisprudencia interna y comunitaria, convendría una expresa regulación en el seno del 44 ET que delimitase el papel a desarrollar por la negociación colectiva. Así, una vez el legislador ha previsto para los casos de transmisión de empresa el mantenimiento de las relaciones laborales y la subrogación (por mandato comunitario), así como la solidaridad (como decisión libre y no obligatoria en la Directiva), el precepto podría indicar que los convenios colectivos pueden fijar la obligación de subrogarse en aquellos casos en los que legalmente no sea obligatorio, así como, si lo estiman conveniente, imponer en tales supuestos la responsabilidad solidaria, algo que sería plenamente respetuoso con el Derecho Comunitario.

10.4. En fin, por último, no está de más destacar el fracaso de las previsiones normativas en materia de transmisión en el caso de empresas concursadas, pues tanto las previsiones como su interpretación no favorecen demasiado su objetivo, esto es, facilitar la posibilidad de reflotamiento de las empresas afectadas<sup>37</sup>.

## Bibliografía citada

- ALTÉS TÁRREGA, J. A., “La sucesión de empresa en la fase de liquidación concursal: divergencias interpretativas y la necesaria unificación de criterios”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 10, 2018, pp. 1096-1116.
- ALTÉS TÁRREGA, J. A., “La responsabilidad del adquirente en la transmisión de empresa laboral: subrogación contractual y responsabilidad solidaria”, *Trabajo y Derecho*, 50, 2019, pp. 39-60.
- ARAGÓN GÓMEZ, C., “Régimen jurídico aplicable a la sucesión de plantilla que opera por imperativo convencional”, *Trabajo y Derecho*, 25, 2017, pp. 74-82.
- CABEZA PEREIRO, J., “La subrogación empresarial en las contrataciones de limpieza sí se ampara en la Directiva 23/2001/CE”, *Actualidad Laboral*, 14, 2002, pp. 1096-1103.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Subrogación convencional y sucesión legal de empresas”, *Revista Galega de Dereito Social*, 2, 2016, pp. 79-111.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Efectos de la rectificación de la doctrina sobre la subrogación convencional. Reflexiones a partir de la STS de 27 de septiembre de 2018”, *Trabajo y Derecho*, 48, 2018, pp. 108-118.
- GARCÍA MURCIA, J. (Dir.), *Transmisión de empresa y sucesión en el desarrollo de actividades empresariales. Un estudio a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

<sup>36</sup> DE LA PUEBLA PINILLA, A., Efectos de la rectificación..., *op. cit.*, p.114.

<sup>37</sup> ALTÉS TÁRREGA, J., “La sucesión de empresa...”, *op. cit.*, pp. 1096 y ss.

- GARCÍA ORTEGA, J., “La sucesión de contratistas”, en BLAT GIMENO, F. *et altri*, *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 341-382.
- GARCÍA ROMERO, B., “Ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CE, noción de traspaso y negociación colectiva (estadio de la cuestión de tras la STJCE de 24 de enero de 2002, asunto Temco)”, *Revista de Derecho Social*, 18, 2002, pp. 129-143.
- GONZÁLEZ BIEDMA, E., “Los efectos jurídico-laborales de la sustitución de empresas contratistas de servicios”, *Relaciones Laborales-II*, 1993, pp. 240-282.
- GOERLICH PESET, J. M<sup>a</sup>; NORES TORRES, L. E., “Aspectos laborales de la reversión de contratas y concesiones administrativas: el impacto de las leyes 3/2017 y 9 2017 (I y II)”, *Trabajo y Derecho*, 42 y 43/44, 2018, pp. 104-113 y 102-114.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La reversión por la administración de las contratas: perspectiva del derecho del trabajo”, *Gestión y análisis de políticas públicas*, 21, 2019, 41-60.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El difícil encaje entre el ordenamiento laboral y administrativo: la subrogación de trabajadores en caso de reversión de servicios públicos”, *Trabajo y Derecho*, 54, 2019, pp. 13-32 (1 a 28 en smarteca).
- LLANO SÁNCHEZ, M., *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*, Madrid, La Ley, 1999.
- MIÑARRO YANINI, M., “Contratas, subrogación convencional y exención de responsabilidad: ¿vuelve a retar la jurisprudencia nacional a la comunitaria? Comentario a la STS de 10 de mayo de 2016, RCU 2957/2014”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 403, 2016, pp. 161-166.
- MONTOYA MEDINA, D., *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- MORENO GENÉ, J., *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- NORES TORRES, L. E., *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contratas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- NORES TORRES, L. E., “Sucesión de contratas y subrogación convencional: el impulso a una doctrina acertada (a propósito de la STS de 7 de abril de 2016)”, *Información Laboral*, 9, 2016, pp. 151-163.
- SALA FRANCO, T., “La sucesión de contratas”, en PEDRAJAS MORENO, A. (Dir.), *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión multidisciplinar*, Valladolid, Lex Nova, 2002, pp. 265-286.
- SALA FRANCO, T.; PEDRAJAS MORENO, A., “Los problemas laborales de la sucesión de contratas”, en BLASCO PELLICER, A. (Coord.), *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor CAMPS RUIZ con motivo de su jubilación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 385-412.
- SANGUINETI RAYMOND, W., “Las cláusulas de subrogación convencional frente a los vaivenes jurisprudenciales”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (Coord.), *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 99-118.
- YAGÜE BLANCO, S., “Reversión de contratas públicas. Divergencias interpretativas en la identificación de las circunstancias de hecho relevantes para apreciar la sucesión de empresa”, *Trabajo y Derecho*, 40, 2018, pp. 81-92.
- YAGÜE BLANCO, S., “Entre subrogación convencional y transmisión de empresa: la sucesión de plantilla”, *Trabajo y Derecho*, 52, 2019, pp. 37-56.

# La geolocalización del trabajador. Reflexiones a la luz de la jurisprudencia reciente

## The geolocation of the worker. Reflections in the light of recent jurisprudence

MIRENTXU MARÍN MALO

*Profesora Asociada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Pública de Navarra*

ORCID ID: 0000-0002-9081-6155

Recibido: 31/10/19

Aceptado: 11/12/19

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5302>

*Resumen:* En los últimos años, gracias a las nuevas tecnologías, el poder de control del empresario ha aumentado mediante el uso de estas con el objetivo de verificar la prestación de servicio por parte del trabajador. El control de la jornada, la video vigilancia en el tiempo de trabajo o los programas que permiten acceder al ordenador del trabajador son algunos ejemplos de esta vigilancia exhaustiva de la prestación del servicio. Sin embargo, estas medidas no están exentas de polémica. La jurisprudencia se ha visto obligada a determinar los límites a su uso con el objetivo de proteger los derechos de los trabajadores. El presente trabajo pretende analizar los límites que la jurisprudencia ha puesto a la geolocalización del trabajador durante la jornada laboral.

*Palabras clave:* nuevas tecnologías, geolocalización, poder de control, intimidad, trabajo.

*Abstract:* Over the last years, thanks to new technologies, the control power of the employer has increased through the use of these technologies with the purpose of controlling the provision of service by the worker. Control of the working day, the video surveillance during working time or programs that allow access to the worker's computer are some examples of this exhaustive monitoring of the provision of the service. However, these measures are not without controversy. Case law has been forced to determine the limits to its use in order to protect workers' rights. This paper aims to analyze the limits that jurisprudence has established to the geolocation of the worker during the working day.

*Keywords:* new technologies, geolocation, control power, privacy, work.

### 1. Introducción

La facultad de control del empresario, reconocida en el art. 20 del RDLeg. 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, TRET), es ampliamente conocida y ha sido abordada, en numerosas ocasiones tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. En concreto, establece éste artículo que *“el empresario podrá adoptar las*

*medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales*”, siempre, claro está, respetando la dignidad del trabajador y otros derechos que puedan verse afectados por las medidas adoptadas, como puede ser el derecho a la intimidad del mismo<sup>1</sup>.

Las nuevas tecnologías, por su parte, permiten nuevas formas de control empresarial de la prestación del servicio del trabajador casi ilimitadas, que facilitan al empresario un conocimiento detallado del comportamiento de sus trabajadores durante la jornada laboral<sup>2</sup>. Obviamente, este aumento potencial del poder de vigilancia puede poner en peligro el equilibrio entre el poder de control empresarial y los derechos de los trabajadores. Como señalan algunos autores, “*se introduce un elemento nuevo en el sinalagma contractual capaz de provocar la ruptura en el necesario equilibrio de intereses*” entre empresario y trabajador<sup>3</sup>.

Quizás por todo ello, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (en adelante, LOPDyDD) incluyó, en su Disposición Final Decimotercera un art. 20 bis al TRET, donde se establece que “*los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de video vigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*”<sup>4</sup>.

En todo caso, el uso de dispositivos de geolocalización para controlar la prestación de servicios por parte de los empleados está cada vez más extendido. En la actualidad, muchos trabajadores prestan sus servicios a distancia, a través de plataformas digitales o debiendo desplazarse de un lugar a otro para la realización del trabajo. Esto es habitual en comerciales y empresas de transporte y reparto de mercancías, supuestos que, por la conflictividad de la medida de geolocalización adoptada, han llegado a los tribunales españoles en varias ocasiones.

La cuestión sobre la posibilidad y límites establecidos a la geolocalización del trabajador por parte de la empresa ha suscitado no pocos problemas, debido a la posibilidad de que dicha medida invada la esfera íntima de la persona, protegida por el derecho fundamental del art. 18 CE, que implica “*el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento automatizado de datos*”<sup>5</sup>. Así, se ha señalado que la limitación de los derechos fundamentales del trabajador como consecuencia del poder empresarial de control y dirección solo puede derivarse de que la propia prestación y naturaleza del servicio implique esta restricción. Además, en todo caso, la medida adoptada deberá respetar el principio de proporcionalidad, atendiendo a la idoneidad de la medida para la consecución del objetivo propuesto; la necesidad de la misma, en tanto que no exista otra medida destinada al mismo fin y la proporcionalidad estricta, en tanto que la medida adoptada deberá ser equilibrada en relación al fin perseguido<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Abordando este tema en profundidad, MARTÍNEZ FONS, D.: *El poder de control del empresario en la relación laboral*, CES, Madrid, 2002. En este sentido, véase STC núm. 29/2013, de 11 de febrero (rec. 10522/2009), donde se señala que los avances tecnológicos constantes permiten que el empresario, en el ejercicio de su poder de control, incida en mayor medida en la vida privada de los trabajadores, lo que supondría una injerencia en la misma y por tanto una vulneración de su derecho a la intimidad.

<sup>2</sup> En este sentido, TASCÓN LÓPEZ, R.: “El lento (pero firme) proceso de decantación de los límites del poder de control empresarial en la era tecnológica”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 17, 2007, p. 2.

<sup>3</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Utilización y control de datos laborales automatizados*, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1997, p. 87.

<sup>4</sup> En este sentido, véase GOÑI SEIN, J.L.: “Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores. Análisis desde la perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 78, 2017.

<sup>5</sup> STC núm. 254/1993, de 20 de julio (rec.1827/1990).

<sup>6</sup> En este sentido, véase SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTIN MAZZUCCONI, C.: *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 46, donde señalan que se exige también que la medida de control esté justificada; entendiéndose por ello que su adopción responda a motivaciones objetivas distintas de la simple voluntad arbitraria y caprichosa del empresario de controlar cuestiones no laborales.

La Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD) ha señalado, en su Informe núm. 193/2008 que los datos obtenidos a través del sistema de geolocalización (rutas seguidas, tiempos de parada, velocidad, etc.) están asociados a información concerniente a una persona física identificable, en tanto que solo pueden corresponder al conductor del vehículo en un momento determinado, por lo que estos datos deben ser considerados datos de carácter personal, amparados por la normativa en esta materia.

Este artículo tiene por objeto analizar brevemente la jurisprudencia en materia de geolocalización del trabajador, atendiendo a la posible vulneración por parte del empresario de los derechos del trabajador a su intimidad y a la protección de datos de carácter personal al instalar medios de geolocalización en los equipos de trabajo, así como determinar el estado actual de la cuestión planteando, en su caso, las posibles controversias que es previsible enfrentar en un futuro no muy lejano.

## 2. Los dispositivos de geolocalización en los equipos de trabajo facilitados por la empresa

En la actualidad, son varios los pronunciamientos jurisprudenciales en relación con la posibilidad de la empresa de implantar sistemas de geolocalización como medida de control de la prestación del servicio por parte de sus trabajadores. Antes de abordar el contenido de estas, debe señalarse que, en su mayoría, abordan la posible vulneración del derecho fundamental del trabajador a la intimidad (art. 18 CE) derivada de la implantación de dicho dispositivo, teniendo en cuenta que los datos obtenidos a través del mismo llevan, en ocasiones, al despido del trabajador por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales<sup>7</sup>.

En relación con el derecho a la intimidad del trabajador, la jurisprudencia viene señalando que, ante la instalación de dispositivos de geolocalización en los vehículos utilizados por los mismos, tanto dentro como fuera de su jornada laboral, y con el objetivo de proteger el ámbito de la vida privada de la persona y su derecho constitucional, el trabajador deberá ser informado sobre la instalación del sistema de geolocalización en el vehículo puesto a su disposición por parte de la empresa. En todo caso, estos dispositivos solo deberán estar en funcionamiento durante la jornada laboral del trabajador pues, como establece el art. 87 LOPDyDD, *“el empleador podrá acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos”*. De lo anterior se deduce que, una vez haya finalizado la jornada laboral y fuera del tiempo de trabajo, será preciso que el empresario cuente con el consentimiento previo del trabajador para mantener activados los sistemas de geolocalización, sin que pueda ampararse en su poder de dirección y control que, conforme al art. 20.3 TRET le permite *“adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales”*<sup>8</sup>, siempre, claro está, respetando el derecho a la dignidad del trabajador, pero, reconociendo en el art. 20 bis TRET el derecho del trabajador *“a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización”*.

<sup>7</sup> Es el caso de la STSJ Asturias, núm. 2191/2017, de 3 de octubre (rec. 1908/2017), donde se reconoce la procedencia del despido basado en la prueba obtenida mediante el dispositivo de geolocalización instalado en la Tablet, propiedad de la empresa, que el trabajador debía mantener encendida a lo largo de su jornada laboral, habiendo sido informado de la instalación de dicho sistema de geolocalización.

<sup>8</sup> En relación al consentimiento del trabajador en el tratamiento de datos en la relación laboral, véase LLORENS ESPADA, J.: *“La negociación colectiva como fuente reguladora en el tratamiento de datos y los nuevos derechos digitales”*, en *El futuro del trabajo. 100 años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019, pp. 1435 y ss.

Además, el acceso por el empleador a los contenidos derivados del uso de este tipo de medios digitales de control de la prestación del servicio estará siempre sujeto al principio de proporcionalidad, respetando los derechos fundamentales de los trabajadores, especialmente (por ser el directamente afectado) su derecho a la intimidad recogido en el art. 18 CE<sup>9</sup>. Con el objetivo de proteger este derecho a la intimidad, el art. 87.3 LOPDyDD establece que “*los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales*”, contando para ello con la participación de los representantes de los trabajadores. Asimismo, continúa estableciendo que “*el acceso por el empleador al contenido de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados requerirá que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores*”, como, por ejemplo, cuándo podrán ser utilizados para esos fines privados y con qué límites<sup>10</sup>.

Tal como ha señalado la STSJ Madrid núm. 260/2014, de 21 de marzo de 2014 (rec. 1952/2013), los datos de los trabajadores así obtenidos y su tratamiento están protegidos por el art. 18 CE, en tanto que “*permiten conocer en todo momento durante su uso parcelas de la vida del trabajador que por muy imbricadas que estén en el desarrollo de la relación laboral con la empresa inciden potencialmente en la esfera de su derecho a la intimidad personal y, de ser objeto de tratamiento al que le asiste la protección de datos de tal carácter*”. Por ello, si bien es cierto que para tomar acciones encaminadas a controlar la prestación de servicios durante la jornada laboral no es necesario el consentimiento del trabajador, éste sí deberá ser informado de los medios de control adoptados y de la finalidad para la que han sido implantados, así como de quién será el responsable del fichero de almacenamiento de datos, el tratamiento que se dará a los mismos y cómo debe el interesado ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición respecto a dichos datos.

No se plantea duda alguna, para la jurisprudencia, esta cuestión. Ejemplo de ello se encuentra en la sentencia mencionada. El supuesto de hecho, en este caso, es el siguiente. Un trabajador es despedido tras haber instalado la empresa en el vehículo cedido al mismo, para su uso exclusivamente profesional, un sistema de geolocalización y comprobar que el trabajador no hacía del vehículo el uso para el que se había previsto, ante lo que interpone demanda al considerar que se ha vulnerado su derecho a la intimidad y que la prueba obtenida resulta ilícita, en tanto que no había sido informado de que el sistema de geolocalización permitía un continuo y permanente seguimiento del vehículo durante su uso, “*no solo del posicionamiento de este por razones de seguridad, sino también del lugar exacto en donde se hallaba el trabajador y, a su vez, con el posterior tratamiento de los datos obtenidos con una finalidad totalmente distinta a la anunciada, y por tanto, sin conocimiento del conductor*”. Según la Sala, todo esto supone que las conclusiones extraídas del dispositivo de geolocalización que la empresa presenta como prueba para amparar el despido del trabajador y su justificación en un incumplimiento contractual “*constituyan un procedimiento que vulnera los derechos fundamentales*”; cuestión que ya había sido advertida por la propia Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD) en su Informe 193/2008, donde se hacía alusión al caso de la implantación del sistema de geolocalización en una empresa informando al trabajador únicamente de la potestad empresarial de tomar esta medida al amparo del art. 20 TRET, sin especificar los derechos del trabajador en relación al tratamiento de los datos obtenidos mediante dicho sistema, lo que vulnera la intimidad del mismo y supone la ilicitud de la medida adoptada.

<sup>9</sup> En este sentido, véase GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: “Control empresarial de la actividad laboral mediante la videovigilancia y colisión con los derechos fundamentales del trabajador. Novedades de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales”, en *Aranzadi Digital*, núm. 1/2018.

<sup>10</sup> A este respecto, se ha señalado por parte de la jurisprudencia la necesaria “*información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que la captación podía ser dirigida*”. Analizando esta y otras cuestiones, GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: “Control empresarial de la actividad laboral, videovigilancia y deber informativo. A propósito de la STC de 3 de marzo de 2016”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2016, donde se analiza en profundidad esta sentencia y sus consecuencias.



Similar supuesto se plantea en la STSJ Madrid, núm. 739/2014 de 29 de septiembre (rec. 1993/2013), fallando la Sala, de nuevo a favor de la trabajadora y considerando el despido como improcedente por la ilicitud de la prueba obtenida, ya que la misma se basaba en los datos obtenidos del sistema de geolocalización instalado en el vehículo puesto a disposición de la trabajadora que, si bien había sido informada de la existencia de este sistema, no lo había sido sobre la continuidad del control y de la geolocalización una vez finalizada la jornada laboral. Ello supone, de nuevo, la ilicitud de la prueba presentada por la empresa para respaldar la procedencia del despido, pues la misma había sido obtenida sin el conocimiento de la trabajadora del uso y objetivo perseguido con la instalación del dispositivo de geolocalización, ni del alcance de la misma fuera de la jornada laboral. En ambos casos, la Sala trae a colación la STC núm. 29/2013 de 11 de febrero (rec. 10522/2009), mencionada anteriormente, señalando que *“no debe olvidarse que hemos establecido de forma invariable y constante que las facultades empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales”*, lo que supone que, si bien estos pueden verse modulados o graduados por el ejercicio de esta, no pueden ser vulnerados en el ámbito laboral.

Curiosa es la STSJ País Vasco de 2 de julio de 2007 (rec. 1175/2007) donde la colisión entre el poder de control del trabajador, manifestado a través de la implantación de un sistema de geolocalización, y la vulneración del derecho a la intimidad del trabajador, tiene que ver con la instalación de este en el teléfono móvil que la empresa pone a disposición del trabajador, y no con la instalación de dicho sistema en un vehículo. En este caso, el trabajador denuncia la vulneración de su derecho fundamental a la intimidad declarando que la prueba obtenida por la empresa para determinar que un determinado día no había realizado el servicio encargado había sido obtenida mediante el sistema de localización implantado en el teléfono móvil que tenía asignado, sin que se hubiera informado a los trabajadores de su instalación ni, claro está, del objetivo perseguido con dicho medio de control. Señala la Sala que, obviamente en este caso, el derecho a la intimidad es afectado *“si el empresario utiliza un sistema de control del trabajo de sus empleados que se desarrolla fuera de sus dependencias a través de un sistema de localización permanente del teléfono móvil que se facilitan como instrumento de trabajo sin consentimiento ni conocimiento de aquellos, máxime si estos han de tenerlo a su disposición en todo momento por estar sujetos a disponibilidad permanente”*<sup>11</sup>.

Igualmente, será preciso contar con el consentimiento del trabajador para mantener los sistemas de control una vez finalizada la jornada laboral, aun permaneciendo el equipo de la empresa a disposición y bajo el control del empleado.

Así lo ha señalado la STSJ Asturias, núm. 3058/2017, de 27 de diciembre (rec. 2241/2017) en la que, ante la demanda planteada por CCOO en la que se solicita la ilegitimidad de la instalación de dispositivos GPS en los vehículos de una empresa que, pese a haber sido informados los representantes de los trabajadores y los propios trabajadores de la medida adoptada y de todo lo concerniente al tratamiento de datos y ejercicio de sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, no consideran proporcional en tanto que el vehículo está a disposición del trabajador fuera de la jornada laboral, pues se lo llevan al domicilio y el sistema GPS sigue activo todo el tiempo sin haber sido recabado el consentimiento de los trabajadores para el control fuera del horario laboral<sup>12</sup>. La Sala entiende que, en este aspecto, la demanda debe ser estimada, y conmina a la empresa a recabar dicho consentimiento o a instalar un sistema que desactive la geolocalización una vez finalizada la jornada

<sup>11</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA, A.: “Sistemas de geolocalización como medio de control del trabajador: un análisis jurisprudencial”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 17, 2010, p. 6.

<sup>12</sup> Entiende la Sala que, si bien uno de los pilares fundamentales para la licitud del control de los desplazamientos por medio de dispositivos GPS es que la existencia de una relación laboral faculta a la empresa para ejercer sus facultades de control, *“cuando finaliza la jornada laboral o acaba el tiempo de trabajo, dichas facultades empresariales desaparecen y a partir de ese momento es imprescindible el consentimiento de los trabajadores para mantener en funcionamiento los dispositivos GPS”*. STSJ Asturias, núm. 3058/2017, de 27 de diciembre (rec. 2241/2017) FD Quinto.

laboral. Sin embargo, la misma Sala estima que, salvo en este aspecto, en el resto de cuestiones la empresa ha cumplido con su obligación y que, por tanto, la geolocalización durante la jornada laboral sí es legítima, permitiendo el funcionamiento de los sistemas siempre y cuando se cumpla con la limitación de su control al tiempo de trabajo<sup>13</sup>. En este sentido, señala la Sala que *“es indiferente que los trabajadores se hagan cargo de los vehículos que utilizan”* una vez finalizada la jornada laboral, sin que el poder de control empresarial dirigido a controlar y garantizar la integridad de estos dispositivos sea suficiente para prescindir del necesario consentimiento de los afectados<sup>14</sup>.

Siguiendo el razonamiento anterior, la STSJ C. Valenciana, núm. 1165/2017, de 2 de mayo (rec. 3689/2016) se considera procedente el despido de un trabajador tras comprobar la empresa que no realizaba las visitas programadas a los clientes, gracias al mecanismo de geolocalización instalado en el vehículo que la empresa había puesto a disposición del trabajador para el desempeño de sus funciones laborales. Así, señala la Sala que no se puede considerar vulnerado el derecho a la intimidad del trabajador, en tanto que *“todos los comerciales conocían la instalación de estos dispositivos porque los mismos emitían un sonido cuando se abre el vehículo y se apaga al introducir la llave”*, como así corroboran otros trabajadores de la empresa. Considera, además, que la medida es proporcional, puesto que la instalación del dispositivo de localización es la única forma en que la empresa podía *“controlar el destino de sus vehículos y el modo de prestación del servicio por unos comerciales que pasaban buena parte de su jornada fuera del centro de trabajo”*, cumpliendo así con la finalidad perseguida, en este caso, la comprobación del trabajo realizado por el empleado ante las quejas de los clientes, quedando demostrado, además, que el *“GPS permanecía inactivo durante los días de vacaciones y fines de semana”*, por lo que la Sala considera ésta medida como idónea en relación al fin perseguido<sup>15</sup>.

En todo caso, de la lectura del art. 87.2 LOPDyDD parece quedar claro que solo se admite que el empleador acceda a los contenidos derivados del uso de este tipo de medios cuando persiga una de las finalidades legalmente establecidas: en primer lugar, para controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y, en segundo lugar, para garantizar la integridad de dichos dispositivos; sin que la jurisprudencia haya entendido que basta perseguir esta última finalidad para permitir mantener la geolocalización en un vehículo de empresa fuera de la jornada laboral sin el consentimiento del trabajador.

Por todo ello, y con base en lo expuesto hasta el momento, parece quedar claro que la infracción por parte del empresario de su deber de elaborar criterios de utilización de los medios de la empresa fuera del tiempo de trabajo (art. 87.3 LOPDyDD) así como el incumplimiento de su deber de informar a los trabajadores afectados sobre dichos criterios determinará la vulneración del derecho a la intimidad del trabajador y, por tanto, cualquier prueba obtenida mediante dichos medios será ilícita, sin necesidad de entrar a valorar la proporcionalidad de la medida adoptada.

Por último, se debe hacer mención a la STSJ Cataluña de 23 de mayo de 2013 (rec. 6212/2012) en la que, si bien es cierto que no se trata de un caso de geolocalización, hay cuestiones que podrán afectar en el futuro a esta materia. En este caso, la empresa había instalado en los teléfonos móviles facilitados a los trabajadores de mantenimiento un acelerómetro<sup>16</sup> que permitía conocer dónde estaban los trabajadores, cuántos pasos habían dado es día, etc. La propia Sala señala que este tipo de herramienta se encuentra instalada, de manera automática en los teléfonos actuales, complementándose con el propio sistema de geolocalización del teléfono móvil. Si bien es cierto que la empresa

<sup>13</sup> STSJ Asturias, núm. 3058/2017, de 27 de diciembre (rec. 2241/2017) FD Quinto.

<sup>14</sup> En concreto señala que *“la protección por la empresa de sus bienes y el control del uso que de ellos se haga una vez terminada la jornada de trabajo no constituye una excepción a la vigencia de la indicada regla general del consentimiento”*. STSJ Asturias, núm. 3058/2017, de 27 de diciembre (rec. 2241/2017) FD Quinto.

<sup>15</sup> STSJ C. Valenciana, núm. 1165/2017, de 2 de mayo (rec. 3689/2016), FD Segundo.

<sup>16</sup> La propia sentencia lo define como un *“elemento electromecánico que permite convertir fenómenos físicos en señales”*.

comunicó a sus trabajadores y a los representantes de estos de la entrega del dispositivo móvil, no lo hizo sobre ésta herramienta, que había sido puesta en funcionamiento por la empresa *“con el objetivo de detectar la ausencia de movimiento durante un determinado periodo de tiempo, hecho que podría suponer que el trabajador había sufrido un accidente”*. De esta forma, si el dispositivo detectaba una ausencia de movimiento de más de dos minutos, lanzaba una señal acústica y un mensaje en la pantalla y, en caso de no obtener respuesta en un minuto, se avisaba directamente a emergencias, con el objeto de evitar daños mayores en la salud del trabajador. El problema real deviene de la obligatoriedad de que los trabajadores lleven el dispositivo móvil en todo momento con ellos, incluso fuera de la jornada laboral, puesto que los trabajadores eran los encargados de cargar el teléfono en sus casas. Sin embargo, la Sala acaba señalando que, si bien es cierto que el trabajador debe llevar encima el dispositivo durante la jornada laboral, no se puede deducir que el mismo supone una injerencia en su vida privada, puesto que no se sabe cuál es exactamente la actividad que este desarrolla mientras lo lleva. Tan solo detecta el movimiento normal y, en caso de no detectarlo, manda una alarma por posible accidente laboral. Dicho dispositivo, además, y pese a estar conectado con el sistema de geolocalización del teléfono, no manda ningún dato acerca de la ubicación del trabajador, limitándose la utilidad de la geolocalización a facilitar la llegada de los servicios de emergencia al lugar donde se encuentra el trabajador en caso de detectar ausencia de movimiento. Sin embargo, y pese a que la geolocalización del dispositivo no suponga una injerencia en la vida privada del trabajador, señala la Sala que sí lo hace el trasladar la responsabilidad sobre el dispositivo al trabajador fuera de la jornada laboral, incidiendo *“no solo en su vida privada, sino también en lo que es esa esfera privada personal familiar que la empresa demandada no puede tener interferencia alguna, ni siquiera por motivos tecnológicos como es el caso que analizamos, pues está fuera de la jornada laboral, que es el ámbito donde la empresa y trabajador tienen que cumplir sus respectivos derechos y obligaciones”*<sup>17</sup>. De esta sentencia puede deducirse que, si bien la medida no es desproporcionada ni ilegítima durante la jornada laboral, sí lo es fuera de ella, donde supone una injerencia en la vida personal del trabajador.

En definitiva, y tal como ha señalado el Tribunal Constitucional, *“los derechos fundamentales no implican privar al empresario de utilizar medios que supongan una intromisión en los mismos, puesto que los derechos fundamentales no tienen carácter absoluto, y pueden ser objeto de limitaciones, siempre que estas tiendan de forma exclusiva y proporcionada a la protección de otros derechos y valores, como son la propiedad privada del empresario y la libertad de empresa”*<sup>18</sup>.

### 3. Los dispositivos de geolocalización en dispositivos personales del trabajador. El caso telepizza

En el presente apartado se analizará en profundidad la SAN núm. 13/2019, de 6 de febrero (proc. 318/2018) por su interés en el análisis de los límites al uso de dispositivos de geolocalización por parte de la empresa.

El supuesto de hecho planteado es el siguiente. La empresa Telepizza decidió, de manera unilateral, poner en funcionamiento un nuevo proyecto de negocio, llamado “Proyecto Tracker”, consistente en permitir al cliente la geolocalización de su pedido desde que sale del restaurante hasta la llegada a su domicilio<sup>19</sup>. Para su implantación, la empresa pasó a incluir de manera automática,

<sup>17</sup> STSJ Cataluña de 23 de mayo de 2013 (rec. 6212/2012), FD Decimotercero.

<sup>18</sup> STSJ C. Valenciana, núm. 1165/2017, de 2 de mayo (rec. 3689/2016), FD Segundo, haciendo referencia a STC núm. 186/2000 (rec. 5103/1998).

<sup>19</sup> En el HP Cuarto de la SAN núm. 13/2019, de 6 de febrero (proc. 318/2018) consta que la empresa tan solo comunicó a los representantes de los trabajadores la puesta en marcha de este proyecto, sin informar sobre la nueva exigencia a los empleados de aportar su dispositivo móvil u otras cuestiones de la aplicación práctica del proyecto.

en los nuevos contratos de trabajo, una cláusula en la que se obligaba al trabajador a facilitar su teléfono móvil personal durante la jornada laboral en plenas condiciones de uso. En concreto, se exigía que la batería fuese suficiente para que el dispositivo permaneciese operativo durante la jornada laboral, que el dispositivo contase con la opción de geolocalización, que tuviese datos móviles disponibles<sup>20</sup>. Además, el trabajador debía instalar en su móvil una aplicación de la empresa, a la que debía acceder para permitir la geolocalización del pedido. Dicha aplicación podía acceder tanto a la geolocalización del dispositivo como a la cámara del mismo, pues para vincular el reparto a un determinado pedido debe acceder a un código QR que se envía al trabajador a su email personal una vez asignado el pedido a realizar. Dicho de otro modo; el trabajador debe facilitar su dispositivo móvil con acceso a su geolocalización y cámara de fotos, además de su email personal.

La nueva cláusula establece, además, una nueva causa de despido del trabajador, como es que el teléfono aportado no reúna las condiciones exigidas o la negativa del trabajador a facilitar su dispositivo para este fin empresarial. Además, añade que, en caso de ruptura o pérdida del dispositivo móvil del trabajador, *“este tendrá un plazo de diez días para repararlo y ponerlo de nuevo en funcionamiento al undécimo día”*, momento a partir del cual la carencia del teléfono o la no aportación del trabajador de su propio teléfono supondrá la suspensión del contrato de trabajo del citado empleado *“por un periodo máximo de dos meses”*. Una vez finalizado dicho periodo, el contrato se dará por extinguido.

Debe señalarse, por último, que la firma de esta cláusula era condición indispensable para las nuevas contrataciones, aunque voluntaria para los trabajadores que ya formaban parte de la plantilla.

Ante lo expuesto, CCOO y UGT plantean demanda de conflicto colectivo por entender que la nueva cláusula contractual es abusiva, en tanto que obliga al trabajador a aportar su propio dispositivo móvil a la actividad empresarial, y señalan que, en todo caso, será la empresa quien deba facilitar esta herramienta. Además, también consideran abusiva la cláusula que establece como causa de despido la falta de aportación del dispositivo por parte del empleado. Por último, señalan que, el acceso por parte de la aplicación de la empresa a la geolocalización del dispositivo, así como a su cámara y galería fotográfica supone una intromisión en la privacidad del trabajador que vulnera el derecho a la intimidad el art. 18 CE<sup>21</sup>.

Por su parte, la empresa aduce que esta medida se debe a la necesidad de ser competitivo en un sector en el que el resto de empresas ofrecen este servicio. Además, señala que los datos del trabajador no son conocidos por la empresa, pues su único objetivo es que el cliente conozca el estado de su pedido, y por tanto la empresa no tiene acceso a los datos, a los que solo accede el cliente. Por último, argumenta que los datos almacenados se eliminan a las 24 horas, sin que la empresa tenga acceso a ellos durante el periodo de almacenamiento<sup>22</sup>.

Tras el análisis detallado del procedimiento seguido, la Sala acaba fallando a favor de las demandas interpuestas por CCOO y UGT, haciendo referencia, en primer lugar, a que la medida implantada, *“si bien obedece a fines constitucionalmente legítimos en el desarrollo del derecho a la libre empresa como son el control del empleado en el desempeño de su puesto de trabajo y la oferta de un mejor servicio al cliente – de forma que éste pueda conocer en todo momento la ubicación de su pedido, dotando a la empresa de capacidad para proporcionar servicios que se afirma ya ofrecen otras empresas del sector- no supera a juicio de la Sala el necesario juicio de proporcionalidad”*<sup>23</sup>. Señala así la Sala que el mismo ob-

<sup>20</sup> La cláusula completa puede consultarse en SAN núm. 13/2019, de 6 de febrero (proc. 318/2018), HP Cuarto.

<sup>21</sup> SAN núm. 13/2019, de 6 de febrero (proc. 318/2018), A.H. Sexto.

<sup>22</sup> SAN núm. 13/2019, de 6 de febrero (proc. 318/2018) A.H. Decimoquinto.

<sup>23</sup> Tal como señala MERCADER UGUINA, el principio de proporcionalidad tiene especial relevancia a la hora de determinar, por parte de la jurisprudencia, la adecuación de la medida de geolocalización implantada, *“de modo que deberá quedar acreditada la existencia de una necesidad específica de la empresa (control del transporte de personas o bienes, objetivos de seguridad, planificación en tiempo real, seguimiento o facturación) para que puedan establecerse este tipo de sistemas”*. En MERCADER UGUINA, J.R.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 152.

jetivo se podría conseguir mediante otros medios que resultan menos intrusivos en la intimidad del trabajador, como puede ser la instalación de sistemas de geolocalización en los vehículos para reparto de la empresa, o facilitando al trabajador una pulsera con este dispositivo para que la lleve durante la jornada laboral; *“que no implican para el empleado la necesidad de aportar medios propios y lo que es más importante, ni datos de carácter personal como son el número de teléfono o la dirección de correo electrónico en la que han de recibir el código de descarga de la aplicación informática que activa el sistema”*<sup>24</sup>.

En segundo lugar, alude a los arts. 12 y 13 de la anterior LOPD y arts. 11 y 90 de la actual LOPDyDD en materia de obligación de información y acceso a los datos y a su art. 90 en relación al sistema de geolocalización de empleados. En concreto, los arts. 11 y 90 LOPDyDD establecen el derecho de las personas a ser informados por el responsable de tratamiento de datos *“sobre los medios a su disposición para ejercer los derechos que le corresponden”*, así como el derecho del afectado de acceder a los datos almacenados, que deberá ser *“un sistema de acceso remoto, directo y seguro a los datos personales que garantice, de modo permanente, el acceso en su totalidad”*. A este respecto, se manifiesta la Sala señalando que *“para la implantación del sistema de geolocalización por parte del empleador se ha prescindido de proporcionar a los trabajadores la información a la que se refieren los arts. 12 y 13 LOPD”*. También se señala que se ha vulnerado el contenido del art. 90.2 LOPDyDD, pues el mismo establece que *“con carácter previo, los empleadores habrán de informar de forma expresa, clara e inequívoca a los trabajadores y a sus representantes acerca de la existencia y características de estos dispositivos. Igualmente deberán informarles acerca del posible ejercicio de sus derechos”* de acceso, rectificación, cancelación y oposición. Como queda mostrado, la cláusula contractual que obligan a firmar a los nuevos trabajadores, no incluye esta información, que además no ha sido facilitada de ninguna otra manera a los empleados, por lo que la medida supone una vulneración de los derechos de los trabajadores respecto a sus datos personales y, por tanto, una intromisión en su intimidad<sup>25</sup>.

Por tanto, la Sala apoya su decisión, por una parte, en el juicio de proporcionalidad, concluyendo que la medida de control es desproporcionada, además de innecesaria por existir medios de control menos invasivos que el utilizado<sup>26</sup>. Por otra parte, y de manera complementaria, hace un juicio de contenido esencial, al señalar que la empresa no facilitó a los trabajadores la información que está obligado a facilitar legalmente.

#### 4. Conclusiones

A la luz de la jurisprudencia analizada y de la reciente LOPDyDD, se puede concluir que, para que la geolocalización del trabajador en su jornada laboral sea legítima debe cumplir las siguientes características:

- El sistema de geolocalización deberá estar instalado, preferentemente, en un dispositivo o vehículo propiedad de la empresa, no del trabajador, pues es la empresa la encargada de facilitar las herramientas para el desempeño adecuado de las funciones laborales.
- En todo caso, la finalidad debe limitarse al control de la actividad laboral, por lo que no estará permitida para otras finalidades distintas o fuera de la jornada laboral, aunque el dispositivo sea propiedad de la empresa.
- El trabajador debe haber sido informado de manera previa, expresa, clara e inequívoca, sobre el medio de geolocalización instalado y su finalidad, así como sobre la información

<sup>24</sup> SAN núm. 13/2019, de 6 de febrero (proc. 318/2018), FD Sexto.

<sup>25</sup> SAN núm. 13/2019, de 6 de febrero (proc. 318/2018) FD Sexto.

<sup>26</sup> SAN núm. 13/2019, de 6 de febrero (proc. 318/2018) FD Séptimo.

y derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición recogidos en los arts. 12 y 13 LOPDyDD; EN LOS TÉRMINOS DEL ART. 5.1 LOPD<sup>27</sup>.

Por todo lo anterior, y teniendo en cuenta otras sentencias analizadas a lo largo del presente artículo, la falta de información sobre la implantación del control de geolocalización, así como el tratamiento de datos obtenidos a través de la misma y sobre los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición supondrá la nulidad del despido.

En todo caso, y como se ha señalado a lo largo del texto, en el supuesto de que el empleador incumpla su deber de elaborar criterios de uso de los equipos de trabajo o no informe a los trabajadores sobre dichos criterios, cualquier prueba obtenida mediante la localización, incumpliendo estas cuestiones, deberá ser valorada como ilícita, en tanto que ha sido obtenida vulnerando el derecho fundamental a la libertad del trabajador.

Por otra parte, en relación al sistema de geolocalización que sigue en funcionamiento una vez ha finalizado la jornada laboral, debe señalarse que, en primer lugar, para poder continuar geolocalizando el equipo de trabajo fuera del tiempo de trabajo cuando éste quede a disposición del empleado, éste deberá haber prestado su consentimiento, en tanto que es posible que no solo se obtengan datos de la localización del vehículo o dispositivo móvil sino del propio trabajador que lo porta. En todo caso, y en aras de proteger el derecho a la desconexión digital recogido en el art. 88 LOPDyDD, el tiempo de descanso deberá ser respetado por el empresario, lo que impedirá su localización y control fuera de la jornada de trabajo, por lo que los datos obtenidos durante este tipo no podrán ser utilizados con fines distintos al de garantizar la seguridad de los propios equipos de trabajo.

Si algo parece claro tras el análisis de la SAN núm. 13/2019 de 6 de febrero (proc. 318/2018) es que la empresa no puede obligar al trabajador a aportar su propio dispositivo móvil con el objeto de geolocalizarle a través del mismo. Esto, con los actuales cambios que se viven en el ámbito laboral, en concreto en el nuevo empleo a través de plataformas digitales, parece que deberá ser tenido en cuenta. El empleo en plataformas digitales se basa en la aportación, por parte del trabajador, del dispositivo móvil mediante el que es localizado y a través del cual le llegan los pedidos tras descargarse y acceder a la plataforma digital propiedad de la empresa. Parece ser que, tras esta sentencia y siempre que estos trabajadores sean considerados asalariados, no será posible que estas plataformas utilicen el dispositivo móvil del trabajador como herramienta de trabajo y geolocalización, en tanto que la Sala considera que se vulnera el derecho a la intimidad del trabajador.

En todo caso, si bien el contenido y el razonamiento de la SAN núm. 13/2019, de 6 de febrero (proc. 318/2018) es adecuado, se debe considerar que el procedimiento seguido en su valoración es erróneo en cuanto al orden, debiendo haber analizado los incumplimientos empresariales de manera inversa. Ello se debe a que, con base en el art. 53.1 CE<sup>28</sup>, el contenido esencial del derecho fundamental a la intimidad no podrá verse afectado en ningún caso, por lo que deberá ser la primera cuestión a analizar, antes del juicio de proporcionalidad, ya que no será necesario analizar el segundo si no se ha superado previamente el primero.

Igualmente, el sometimiento del trabajador a un sistema de geolocalización por parte de la empresa, puede servir como prueba de laboralidad por revelar la nota de dependencia, tal como señaló la STSJ Castilla-La Mancha núm. 959/2017, de 29 de junio (rec. 430/2017).

Todo lo anterior lleva a la pregunta de cómo afectará la nueva regulación y la última jurisprudencia al futuro laboral, teniendo en cuenta la aparición de empresas que basan su negocio en el uso de los trabajadores de su propio dispositivo móvil, incluyendo el acceso a datos personales y

<sup>27</sup> Así lo exige la Agencia Española de Protección de Datos en su Informe 193/2008.

<sup>28</sup> En concreto, el art. 53.1 CE establece que se deberá respetar siempre el contenido esencial de los derechos fundamentales.

a la geolocalización. Parece razonable estimar que, cuando se reconozca la laboralidad de la relación entre una plataforma y el colaborador, la primera ya no podrá exigir al segundo que facilite su dispositivo móvil personal en condiciones adecuadas de uso y con acceso a ciertas utilidades del mismo, como puede ser la geolocalización, a lo largo de su jornada laboral. En todo caso, deberá ser la empresa quien facilite la herramienta de trabajo y el medio de control, informando siempre de este último en consecuencia con la LOPDyDD. En todo caso, la facultad de control empresarial nunca se extenderá más allá de la prestación del servicio, cosa que parece hacerse ahora en los servicios prestados a través de plataformas digitales, en tanto que el trabajador debe estar geolocalizado y dentro de la aplicación de la empresa, aun cuando no se encuentra prestando servicios de manera efectiva, en lo que la propia empresa llama “tiempos de espera o disponibilidad”; cuestión esta que deberá ser analizada y abordada por la doctrina y que en un futuro no muy lejano, llegará a los tribunales españoles para ser resuelta garantizando, tanto el poder de control del empresario como los derechos a la intimidad y al acceso, rectificación y cancelación de los datos personales del trabajador en la relación laboral.

## 5. Bibliografía

- AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS en su Informe 193/2008
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Utilización y control de datos laborales automatizados*, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1997.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, A.: “Sistemas de geolocalización como medio de control del trabajador: un análisis jurisprudencial”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 17, 2010.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: “Control empresarial de la actividad laboral mediante la videovigilancia y colisión con los derechos fundamentales del trabajador. Novedades de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales”, en *Aranzadi Digital*, núm. 1/2018
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: “Control empresarial de la actividad laboral, videovigilancia y deber informativo. A propósito de la STC de 3 de marzo de 2016”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2016.
- GOÑI SEIN, J.L.: “Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores. Análisis desde la perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 78, 2017.
- LLORENS ESPADA, J.: “La negociación colectiva como fuente reguladora en el tratamiento de datos y los nuevos derechos digitales”, en *El futuro del trabajo. 100 años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019, pp. 1435-1455.
- MARTÍNEZ FONS, D.: *El poder de control del empresario en la relación laboral*, CES, Madrid, 2002.
- MERCADER UGUINA, J.R.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTIN MAZZUCCONI, C.: *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.
- TASCÓN LÓPEZ, R.: “El lento (pero firme) proceso de decantación de los límites del poder de control empresarial en la era tecnológica”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 17, 2007.
- Jurisprudencia consultada*  
 STC núm. 29/2013, de 11 de febrero (rec. 10522/2009),  
 STC núm. 254/1993, de 20 de julio (rec.1827/1990).

STC núm. 186/2000 (rec. 5103/1998)

SAN núm. 13/2019, de 6 de febrero (proc. 318/2018)

STSJ Asturias, núm. 2191/2017, de 3 de octubre (rec. 1908/2017)

STSJ Asturias, núm. 3058/2017, de 27 de diciembre (rec. 2241/2017)

STSJ Cataluña de 23 de mayo de 2013 (rec. 6212/2012)

STSJ C. Valenciana, núm. 1165/2017, de 2 de mayo (rec. 3689/2016)

STSJ Madrid núm. 260/2014, de 21 de marzo de 2014 (rec. 1952/2013)

STSJ Madrid, núm. 739/2014 de 29 de septiembre (rec. 1993/2013)

STSJ País Vasco de 2 de julio de 2007 (rec. 1175/2007)



## RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

MONEREO PÉREZ, J.L., *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Ed. Laborum, 2019.

<https://doi.org/10.20318/labos.2020.5303>

Encontrar una definición de la dignidad compartida por todos sigue siendo una de las grandes reflexiones que ocupan a filósofos y juristas de todo el mundo. Un debate multinivel participado por múltiples operadores en el que confluyen ideas e ideologías dispares con conceptos de los derechos humanos y de los derechos fundamentales en ocasiones divergentes. Es probablemente, junto con la definición de justicia, uno de los mayores debates filosóficos y políticos y uno de los más trabajados y estudiados por los grandes pensadores clásicos y contemporáneos.

La obra que se reseña, *La dignidad del trabajador*, del profesor Monereo Pérez, viene a abordar esta cuestión desde frentes diferentes poniendo el foco en la esfera de las relaciones laborales. Y lo hace en un momento especialmente relevante. Nos encontramos en un periodo de crisis existencial en el que se aprecia cómo agentes económicos y mercantiles de diferentes tipos minan sistemáticamente ésta garantía que pertenece inembargablemente a los seres humanos y, como veremos también, al colectivo de la población trabajadora.

El autor lleva a cabo previamente, en el primer capítulo (páginas 9 a 159), una aproximación general de la cuestión intentando alcanzar una definición de la dignidad coherente y apropiada a la importancia de la misma. Para ello realiza una exhaustiva labor de sistematización ahondando en la significación y fuerza normativa en el sistema multinivel de protección de esta garantía, analizando con especial tino el Derecho Internacional, el Derecho Europeo y, por último, el Derecho nacional.

De esta manera la obra inicia su análisis profundizando en las raíces mismas de la noción de dignidad. Realiza un trabajo concienzudo de ubicación y recorre los cimientos de esta garantía continuando el análisis con apoyo en los textos de Habermas, Ferrajoli, Bobbio, Kant, Sen, Peces Barba, Veronesi, Dworkin y del propio autor,

entre otros. Esto supone una sucesión de ideas y de conceptos que permiten al lector iniciar un viaje filosófico, jurídico y político lleno de debate interno y conocimiento.

Especial mención merecen algunas de las reflexiones del profesor Monereo en las que, partiendo de una concepción eminentemente ius positivista, concluye que la dignidad es una *norma de reconocimiento, norma fundamental, que ha de ser garantizada pública y normativamente*. Una norma, además, refleja el autor, que debe aprovecharse del hecho de no estar definida formalmente para evitar una eventual petrificación de su contenido y permitir que la misma se desarrolle y evolucione al ritmo que conllevan las transformaciones de la sociedad.

En concreto, en el apartado que corresponde al Derecho Europeo (páginas 37 a 105), el autor materializa el estudio sistemático de los Tratados de la Unión y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea tomando como referencia siempre la dignidad de la persona. Así nos encontramos con un profundo estudio del acervo comunitario orbitando continuamente sobre la dignidad de la persona. No se olvida el autor en este apartado de incluir la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea más relevante, ni de anunciar el interesante debate entre las confluencias y divergencias existentes entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto.

En lo que refiere al derecho interno, el profesor Monereo realiza un profundo análisis del artículo 10 de la Constitución Española que ayuda al lector a descubrir las aristas no vislumbradas de este artículo, su ubicación dentro del texto constitucional y su coordinación con los textos internacionales que España ha ratificado. Es igualmente innegable el profundo análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional inserta en la obra –desde la temprana STC 53/1985–, que desgrana el concepto y esencia de la dignidad de la persona. Como en los apartados anteriores se configuran nuevas ideas que invitan a la reflexión profunda por parte del lector como la que lleva a preguntarse si no sería posible encuadrar la dignidad de la persona dentro del elenco de Derechos Fundamentales

aún con conocimiento de su ubicación actual dentro del texto constitucional.

Contiene este apartado, además, una amplia reflexión sobre la dignidad de la persona y la dignidad de la persona trabajadora refiriéndose a referentes del pensamiento como Arendt, Kelsen, Sartre, Zweig, Maturana, entre otros, que recorre varias etapas temporales pasando, como no podía ser de otra manera, por Weimar y lo que para el Derecho del Trabajo supuso.

El segundo capítulo de la obra (páginas 161 a 261), está dirigido al análisis particular de la dignidad de la persona trabajadora. Comienza el autor hablando sobre la dignidad de la persona y el Derecho Social. Aborda el debate como un auténtico vendaval ideológico que no teme poner de manifiesto la precaria situación y de crisis de valores de la que estamos siendo testigos. Saca a relucir la mercantilización abrumadora de espacios antes a salvo, la precarización de los trabajos y la posición de subordinación extrema, en lo que podríamos considerar una segunda versión, de la población trabajadora.

Analiza en primer lugar nuestro texto básico del Derecho del Trabajo desde su primera versión de 1980. En concreto, el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores desde sus inicios hasta la redacción actual acompañando y guiando al lector en los cambios que, en relación con la dignidad de la persona, ha habido en este lapso temporal.

No repara en llamar la atención sobre un hecho anómalo –aunque común en la práctica, lamentablemente– como es la falta de cumplimiento por parte del legislador de su propio mandato de elaborar un Código de Trabajo que recoja el conjunto de leyes y leyes orgánicas reguladoras de las materias laborales (D.A. 8ª del Estatuto de los Trabajadores).

Continúa con el análisis profundo y en conjunto de otros textos sociales como son la Carta Social Europea revisada de 1996, los Tratados de la Unión Europea y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Entra también de lleno en el estudio de los textos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y de la Declaración del Centenario recientemente celebrada (y que tiene su propio apartado a continuación) poniendo de relieve la

importancia de esta Organización para el Derecho del Trabajo y de las personas trabajadoras.

Se tratan sucesivamente temas de una relevancia extraordinaria, por el momento en que nos encontramos y por las consecuencias aparejadas: las nuevas tecnologías y su impacto en las relaciones laborales, la subordinación y el concepto de “trabajo flexible” para lo que trae al debate los textos del utilitarista Jeremy Bentham. Otros clásicos del pensamiento como Durkheim, Hobbes, Freud, Menger, e incluso el penalista Günther Jakobs, aportan sus reflexiones en esta parte de la obra.

Se trata, en general, de un apartado inicial el de este segundo capítulo un tanto amargo pero auténtico en el que queda marcada con especial intensidad la preocupación del propio autor cuando reconoce que la *dignidad humana en todas sus dimensiones está en peligro*. Se alza esta afirmación –una de muchas– como una invitación a la reflexión sobre el modelo actual de relaciones laborales, su normativa reguladora y la necesidad de un cambio adaptativo o de un cambio radical.

El siguiente apartado analiza la dignidad humana en los textos de la OIT, comenzado por el análisis del principio integrador de la Organización del trabajo digno, trabajo decente que como bien recuerda el autor es, según la propia OIT, aquel que se *desarrolla en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad*. Sustrato que subyace en las Recomendaciones de la OIT. Se trasladan múltiples reflexiones sobre los avances tecnológicos, sobre la creación y destrucción de puestos de trabajo, sobre la brecha salarial y se analiza rigurosamente el programa de la OIT sobre el futuro del trabajo.

Sigue adelante el profesor Monereo con el estudio de la dignidad de la persona y la “constitucionalización” de los Derechos sociales en el seno de la Unión Europea. Tras el análisis crítico y constructivo del Pilar Europeo de los Derechos Sociales, centra el debate en la necesidad de constitucionalizar la Carta Europea en aras de garantizar y alcanzar una “Europa de los Derechos”. Como consecuencia de lo anterior, interesante es también la amarga queja del autor ante el dumping social amparado por las diversas regulaciones de los Estados miembros que

permiten un mercadeo laboral obsceno que se traduce, en muchas ocasiones, en la deslocalización empresarial dentro de las fronteras del mercado interior. Otra idea puesta de manifiesto en la obra, trayendo a colación la Recomendación 205 de la OIT, es la universalidad de los derechos y la armonización de los derechos de inmigración, refugio y asilo y el recordatorio, siempre necesario, de que los derechos de Seguridad Social están íntimamente vinculados a la dignidad de la persona.

Tras ello profundiza el autor en la Carta Social Europea y, más concretamente, en su artículo 26 que reconoce que *todos los trabajadores tienen derecho a la dignidad en el trabajo*. A partir de ello se lleva acabo un análisis del citado precepto añadiendo a la reflexión varias Directivas europeas sobre el trato digno.

Se vuelve al debate de la consideración que la dignidad humana posee contraponiendo lo recogido en la Carta Social Europea y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión a lo expresado por nuestro Tribunal Constitucional, que aporta una visión, reconoce el autor, más limitada al clasificarlo como principio o valor fundamental y no como derecho autónomo.

Termina el apartado y el capítulo con el análisis de los apartados 1º y 2º del propio artículo 26, abordando el acoso sexual y moral en el trabajo aportando el estudio complementario de varias Directivas europeas.

Para finalizar, es obligado reconocer que es una monografía inspiradora, que reconforta, motiva y ayuda a seguir creyendo que un mundo más social, más justo y más digno es posible. Una referencia en este ámbito para cualquier lector que desee una aproximación profunda al estudio de la dignidad en general y de la dignidad en el trabajo en particular. Me atrevo a concluir con una frase del autor que apunta: *“En la experiencia histórica el trabajo decente está vinculado a la lucha por la dignidad humana. Corresponde al Derecho del Trabajo promover y proteger la dignidad humana. El trabajo es mucho más que un mercado laboral, porque el trabajo es fuente de dignidad personal y de realización personal en la comunidad”*.

Víctor Sánchez del Olmo  
Profesor asociado de Derecho del Trabajo y de  
la Seguridad Social  
Universidad Carlos III de Madrid  
ORCID: 0000-0001-6103-1319