

Labos

Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social

Noviembre 2021
Volumen 2 - Número 3

Editorial	La subrogación convencional tras la doctrina “Somoza Hermo”. Aspectos conflictivos <i>Conventional surrogacy behind the doctrine “Somoza Hermo”.</i> <i>Conflicting aspects</i> Ana de la Puebla Pinilla	4
Artículos doctrinales	La composición de las comisiones <i>ad hoc</i> de empresas sin representación legal de los trabajadores: naturaleza jurídica y reformulación <i>The composition of ad hoc commissions in companies without workers’ legal representatives: legal nature and reformulation</i> Eva López Terrada	14
	Una valoración crítica del contrato de trabajo intermitente o a llamada en Italia* <i>A critical approach of the intermittent or on-call employment contract in Italy</i> Amparo Esteve-Segarra	32
	Concordancias estructurales y otros aspectos relevantes de la regulación del teletrabajo en Argentina y España <i>Structural concordances and other relevant aspects of telework regulation in Argentina and Spain</i> Juan Facundo Temperoni	48
	La ineficacia de la regulación legal de despido y su necesaria reconsideración a la luz de la normativa internacional <i>The inefficiency of the legal regulation of dismissal and its necessary reconsideration in the light of international regulations</i> Beatriz Rodríguez Sanz de Galdeano	60
	Jugadores de eSports: condiciones laborales e impacto de las plataformas digitales de streaming <i>eSports players: working conditions and impact of digital streaming platforms</i> Miriam García Luna	77

Artículos jurisprudenciales	La prestación de servicios en varios Estados miembros en los Reglamentos comunitarios de coordinación: la gran olvidada en la lucha contra el <i>dumping</i> social... ¿hasta ahora? <i>Pursuit of activities in two or more member states in the EU regulations on social security coordination: overlooked in the fight against social dumping... until now?</i> Ángela Martín-Pozuelo López	99
	Los elementos delimitadores de la discriminación por asociación <i>The delimiters of discrimination by association</i> Beatriz Sánchez-Girón Martínez	114
	¿Justicia social o revictimización de la trabajadora doméstica mexicana? Análisis de la sentencia 9/2018 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación <i>Social Justice or revictimization of the Mexican female domestic worker? Analysis of judgement 9/2018 by Supreme Court of Justice of Nation</i> Augusto Fernando Carrillo Salgado	132
<hr/>		
Debate	Last trends on collective bargaining decentralization: the case of Southern Europe <i>Últimas tendencias en la descentralización de la negociación colectiva: el caso del sur de Europa</i> Daniel Pérez del Prado	149
<hr/>		
Reseña bibliográfica	PÉREZ DEL PRADO, D. El impacto social de la gobernanza económica europea Matthieu Chabannes	171

Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social

ISSN: 2660-7360 - 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

MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE
Universidad Complutense de Madrid

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

MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ
Universidad de Salamanca

SALVADOR DEL REY GUANTER
Universidad Pompeu Fabra, España

TOMÁS SALA FRANCO
Universidad de Valencia

EVERT VERHULP
Universidad de Amsterdam, Holanda

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL
Universidad Autónoma de Madrid

LABOS. REVISTA DE DERECHO DEL TRABAJO Y PROTECCIÓN SOCIAL

Secretaría editorial

Universidad Carlos III de Madrid
c/ Madrid-126 28903 Getafe (Madrid) España
Correo electrónico: revistalabos@uc3m.es

EDITORIAL

La subrogación convencional tras la doctrina “Somoza Hermo”. Aspectos conflictivos

Conventional surrogacy behind the doctrine “Somoza Hermo”. Conflicting aspects

Ana de la Puebla Pinilla

*Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid*

ORCID ID: 0000-0003-4850-928X

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6483>

I. Subrogación convencional: antes y después de la doctrina Somoza Hermo

La decisión alcanzada por el TSJUE en su sentencia de 11 de julio de 2018 (Asunto C-60/17, Somoza Hermo) supuso una alteración radical en la doctrina tradicional del Tribunal Supremo sobre la subrogación convencional. Hasta el citado pronunciamiento, la doctrina casacional venía sosteniendo que, cuando la subrogación de personal derivaba de la obligación impuesta por convenio colectivo, el régimen jurídico aplicable era exclusivamente el previsto en la propia norma convencional. Aspectos tales como el perímetro del personal a subrogar, el reconocimiento o no de la antigüedad a los trabajadores subrogados, la extensión de la responsabilidad solidaria al nuevo contratista o el reconocimiento de los derechos colectivos de los representantes de los trabajadores quedaban condicionados a las previsiones que el Convenio colectivo incluyera. De este modo, se admitía la posibilidad de que el convenio limitase el deber de subrogación solo para trabajadores que acreditasen una determinada antigüedad o que poseyeran determinadas condiciones formativas o que fijara un determinado porcentaje de trabajadores a subrogar. También podía limitar la responsabilidad de la empresa entrante solo respecto de las relaciones laborales vigentes o, en fin, excluir cualquier responsabilidad de la empresa entrante por deudas de la saliente. Solo excepcionalmente, cuando el convenio colectivo no contemplaba previsiones específicas, se había admitido la aplicación supletoria del régimen jurídico del art. 44 ET (STS de 31 de mayo de 2017, Rº 234/2016).

La situación cambia radicalmente a partir de la STJUE de 11 de julio de 2018. Aunque algunos pronunciamientos anteriores del Tribunal europeo ya se habían pronunciado en este sentido, señalando que el hecho de que la sucesión de plantilla se produzca por imperativo del convenio colectivo aplicable “carece de incidencia sobre el hecho de que la transmisión se refiere a una entidad económica” (STJUE de 24 de enero de 2002, Asunto C-51/00, Temco), e incluso el propio Tribunal Supremo había reconocido esta doctrina (STS de 31 de mayo de 2017, Rº 234/2016), no será hasta la STS de 27 de septiembre de 2018 (Rº 2747/2016) cuando se asume ya íntegramente

la doctrina del Tribunal europeo y su plena aplicabilidad a la sucesión de plantilla derivada de la subrogación convencional.

Ello, lógicamente, ha supuesto una alteración significativa en la interpretación que los tribunales vienen haciendo de las cláusulas convencionales de subrogación. La "indiferencia" de la causa que motiva la continuidad de los contratos de trabajo sobre la noción de sucesión de plantilla ha permitido expandir los efectos de la sucesión convencional y mejorar significativamente la protección de los trabajadores que prestan servicios en contratos de actividad intensiva en mano de obra, dotando así de plena eficacia a la finalidad perseguida por las cláusulas convencionales de subrogación, que no es otra que la de favorecer la estabilidad en el empleo y garantizar de conservación de los derechos adquiridos en el desarrollo de la actividad laboral. Pero, a la vez, ha abierto nuevos frentes de debate sobre las circunstancias que la subrogación convencional debe cumplir para que opere la sucesión de plantilla y sobre la prueba de la existencia de una efectiva sucesión de empresa. Recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo han incidido sobre estas cuestiones.

II. Una cuestión previa. La nula incidencia de la doctrina Somoza Hermo sobre la subrogación convencional en actividades no intensivas en mano de obra

Los cambios derivados de la doctrina Somoza Hermo no afectan, obviamente, a la subrogación en sectores productivos que requieren para la prestación de la actividad una organización productiva relevante. En estos casos, la existencia o no de sucesión empresarial depende exclusivamente de la efectiva transmisión de los elementos productivos entre los empresarios cedente y cesionario. Transmisión que no exige necesariamente un cambio en la titularidad de la organización productiva ni está condicionada a la existencia de un negocio transmisivo entre ambos, admitiéndose la posibilidad de que sea un tercero -la empresa principal, en caso de sucesión de contratistas- la que pone sucesivamente a disposición de ambos empresarios la organización productiva necesaria. Lo relevante, en cualquier caso, es que la actividad se desarrolle con los mismos elementos productivos.

En estos supuestos, las cláusulas convencionales de subrogación solo juegan un papel determinante cuando tal transmisión no se ha producido. Ciertamente, son los sectores productivos intensivos en mano de obra -aquellos en los que la actividad productiva no requiere elementos patrimoniales, materiales o no, relevantes- los que con mayor frecuencia incorporan en los convenios colectivos cláusulas subrogatorias. Pero tampoco es extraño que estas se recojan en las normas convencionales que regulan actividades cuya prestación requiere una organización productiva relevante. Los Convenios colectivos sectoriales de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia, de hostelería, de restauración colectiva, de contratos ferroviarias, de saneamiento público, limpieza viaria, riegos, recogidas, tratamiento y eliminación de residuos y alcantarillado... constituyen, entre otros muchos, ejemplos de sectores en los que, como regla general, los elementos materiales para el desarrollo de la actividad son imprescindibles, y en los que, a pesar de ello, la norma convencional impone la subrogación en los contratos. En estos casos, las cláusulas convencionales de subrogación nunca podrán determinar, por sí solas, la aplicación del íntegro régimen legal de la sucesión. Solo si hay transmisión de la organización productiva operará la sucesión de empresas. Y lo hará en los términos previstos en el art. 44 ET, que desplazan a las previsiones que pudiera contener el Convenio colectivo.

Si, por el contrario, entre las empresas cedente y cesionaria no hay transmisión de elementos productivos, las cláusulas convencionales de subrogación adquieren pleno significado y resultan eficaces para atender a la finalidad que persiguen de mantenimiento del empleo de los trabajadores afectados, operando como regla de cobertura para garantizar la estabilidad en el empleo de trabajadores que, de no aplicar el Convenio colectivo, podrían verse abocados a la extinción de sus contra-

tos. Precisamente porque el art. 44 ET no resulta aplicable, es el Convenio colectivo el que gobierna el alcance subjetivo y las condiciones en que opera la subrogación. Serán perfectamente válidas las previsiones sobre limitación del personal a subrogar, sobre el reconocimiento o no de antigüedad, respecto a la responsabilidad solidaria del nuevo titular, o, en fin, cualesquiera otras condiciones que la norma colectiva decida incorporar, con el único límite de la no discriminación y el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores.

Lo mismo puede decirse de la subrogación convencional en actividades que, aun no descansando en elementos productivos materiales relevantes, requieren activos inmateriales o intangibles cuya transmisión entre cedente y cesionario es determinante para la apreciación de una sucesión de empresa. Hay ya pronunciamientos judiciales en los que se declara la transmisión de empresa, al margen o sin transmisión de elementos productivos materiales, tras apreciar la transmisión de la cartera de clientes, del know-how organizativo o de la cesión de contratos (STJUE de 8 de mayo de 2019, Asunto C-194/18, *Dodic*; STSJ Asturias, de 21 de marzo de 2017 (R^o 6/2017) y STSJ País Vasco, de 7 de enero de 2021, R^o 1453/2020). Tampoco en estos casos puede afirmarse que la plantilla constituya una entidad económica de modo que las previsiones que, en su caso, pudieran recogerse en el Convenio colectivo de aplicación sobre subrogación convencional serían insuficientes para activar la aplicación del art. 44 ET.

III. Subrogación convencional en actividades intensivas en mano de obra. Precisiones del Tribunal Supremo sobre la distribución de la carga de la prueba

Es en el ámbito de las actividades que descansan esencialmente en la mano de obra, aquellas en las que, en palabras del TJUE “un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica”, donde la doctrina del TJUE sobre la subrogación convencional tiene plena operatividad. Hasta el punto de que en estos casos si, en cumplimiento del Convenio, el conjunto de trabajadores sobre el que opera la subrogación constituye una entidad económica será aplicable, sin matices, el régimen legal de la sucesión (art. 44 ET).

Adquiere, precisamente por ello, una importancia esencial la distinción entre unas y otras actividades. El TJUE y la doctrina judicial han identificado ya numerosos sectores productivos que descansan en la mano de obra: servicios auxiliares de vigilancia e información; servicios de gestión, recursos humanos y administración; limpieza de habitaciones en establecimientos hoteleros; atención domiciliaria y familiar; ayuda a domicilio, limpieza de edificios y locales....

Pero supuestos como el contemplado en la STJUE de 27 de febrero de 2020 (Asunto C-298/18, *Grafé y Pohle*) demuestran que, en esta materia, no caben soluciones generales. En esta sentencia se debatía sobre la existencia o no de sucesión de empresas en el sector de transporte público de viajeros en autobús, una actividad que evidentemente requiere medios de explotación importantes, como el propio Tribunal había señalado en su anterior Sentencia de 25 de enero de 2001 (Asunto C-172/99, *Liikenne*). Entre las empresas que se sucedieron en la prestación de esta actividad no se había producido la transmisión de los vehículos necesarios para la prestación ni de otros elementos productivos relevantes. Aun así, atendiendo a las particulares circunstancias concurrentes, el TJUE declaró que la continuidad de la plantilla del anterior adjudicatario del servicio podría ser suficiente para apreciar una sucesión de empresas. El supuesto revela que la calificación o no de una actividad como intensiva en mano de obra no puede realizarse con carácter general y absoluto por sectores de actividad, sino que depende, en cada caso, de las circunstancias concretas.

Y es que, como ha reiterado el Tribunal Supremo, la calificación de que una actividad descansa o no en la mano de obra no es algo “que pertenezca al terreno de lo abstracto o dogmático

sino al de los hechos y su prueba”. De ahí que el examen de “las características de la adjudicación (condiciones de tiempo, exigencias sobre el modo de suministrar los servicios a la empresa principal, dirección del grupo de personas adscrito, adscripción funcional permanente o aleatoria, etc.), de la realidad transmitida (afectación funcional y locativa, medios audiovisuales, programas informáticos, mobiliario para el personal, etc.), del alcance que tenga la asunción de personas (no solo cuantitativa, sino también cualitativa) son aspectos valorables para despejar esa incógnita, que constituye al tiempo un condicionante para la subrogación” (STS de 27 de septiembre de 2018, R^o 2747/2016). Circunstancias, todas ellas, que deben valorarse en cada caso concreto puesto que, como demuestra el supuesto analizado por el TJUE en la sentencia citada, cada caso -por muy evidente que a priori resulte-, merece una consideración específica.

En todo caso, la mera constatación de que la actividad descansa en la mano de obra no es suficiente para que la subrogación contractual impuesta por el convenio colectivo aplicable conlleve la íntegra aplicación del régimen legal de la sucesión de empresas. Para ello se requiere, además, que la subrogación derivada del convenio determine que el nuevo empresario continúa prestando el servicio o desarrollando la actividad que su antecesor con una parte significativa o relevante de la plantilla del anterior, en definitiva, que se ha producido la transmisión de una entidad económica, integrada en este caso por la plantilla de trabajadores.

En este punto, el Tribunal Supremo ha incorporado una primera precisión en materia de subrogación convencional en relación con la prueba exigible para aplicar el régimen legal de sucesión: Quien alega la existencia de una sucesión de empresa en los términos del art. 44 ET debe probar que se ha producido una efectiva transmisión de una unidad productiva, ya sea porque se transmitieron medios materiales entre la empresa entrante y la saliente, ya sea porque la actividad de la empresa pivote sobre medios personales.

El problema se plantea en relación con las actividades intensivas en mano de obra. ¿Hasta dónde alcanza la carga probatoria del demandante interesado en acreditar la existencia de una sucesión de plantilla? ¿basta con probar que la actividad es intensiva en mano de obra? O, por el contrario, ¿se requiere también probar que se ha producido la continuidad de una parte relevante de la plantilla? Como se ha indicado anteriormente, a la luz de la doctrina del TJUE y del propio Tribunal Supremo la sucesión de plantilla derivada de la subrogación convencional requiere dos condiciones: que la actividad descansa en la mano de obra y que el nuevo empresario continúe, por imperativo del convenio, prestando dicha actividad con una parte relevante de la plantilla del anterior. Sin embargo, en relación con la prueba de la sucesión de plantilla, el Tribunal Supremo solo exige al demandante la acreditación de la primera circunstancia, operando respecto de la segunda, la denominada “inversión de la carga probatoria”. Tal inversión supone que, una vez acreditado por el interesado que la actividad es intensiva en mano de obra, se activa el juego de la carga probatoria de los hechos impositivos, extintivos o excluyentes para neutralizar la eficacia jurídica de los hechos constitutivos (art. 217.3 LEC). De esta forma, es la parte que niegue la sucesión quien debe probar que no se ha producido una continuidad de parte relevante de la plantilla. Reglas de distribución de la carga de la prueba que se han aplicado desde la STS de 27 de septiembre de 2018 y que han permitido estimar la existencia de sucesión de plantilla aun no constando entre los hechos probados la existencia de una continuidad relevante de la plantilla, si la parte interesada tampoco ha acreditado lo contrario.

Algún pronunciamiento reciente ha vuelto sobre esta cuestión de la carga de la prueba y alcanza una solución que parece poner en cuestión las citadas reglas probatorias. La STS de 8 de septiembre de 2021 (R^o 2554/2020, Asunto Ambuibérica/Ambupadrón) desestima la demanda de un trabajador que reclamaba, con fundamento en la sucesión de empresa, la responsabilidad solidaria de su nuevo empleador por deudas salariales anteriores al cambio de contratista. Se trataba de un trabajador, conductor de ambulancias, que había sido subrogado por la nueva contratista en aplica-

ción de la obligación prevista en el Convenio colectivo sectorial. La cuestión casacional consiste en decidir si, producida una subrogación convencional, es al trabajador demandante a quien corresponde probar que se había producido una sucesión de empresa o si, por el contrario, es la empresa quien debe acreditar lo contrario. El Tribunal Supremo considera que es el demandante quien debería haber probado la sucesión de empresa, bien acreditando que se produjo la transmisión de medios materiales entre las empresas bien que la actividad de la empresa pivotaba sobre medios personales. Puesto que el trabajador no alegó ni acreditó ninguna de estas circunstancias es evidente, señala el Tribunal, que no acreditó los hechos constitutivos de su demanda lo que conduce a su desestimación ya que, de no hacerlo así, se estaría otorgando tutela a pretensiones infundadas. En puridad, no hay modificación de las reglas sobre distribución de la carga de la prueba, que siguen permitiendo la inversión de la carga probatoria cuando el demandante alega y prueba que la actividad es intensiva en mano de obra. La peculiaridad del caso es que se trataba de una actividad que requería elementos materiales relevantes para su prestación de modo que solo la prueba de que se había producido su transmisión entre las empresas hubiera permitido activar el régimen de responsabilidad solidaria previsto en el art. 44 ET. Un ejemplo más de que la subrogación convencional en actividades no intensivas en mano de obra no determina la aplicación del régimen legal de la sucesión de empresas.

IV. El ámbito locativo o funcional de la contrata como elemento determinante para apreciar la sucesión de plantilla por subrogación convencional: reducción, división de contratas y adjudicación por lotes

La anterior cuestión enlaza directamente con la referida a la determinación de qué ha de considerarse una parte significativa o determinante de la plantilla. Cuestión esencial para declarar la existencia de sucesión de plantilla y aplicar íntegramente el régimen legal de la sucesión, desplazando a las limitaciones que la regulación convencional pudiera contemplar. No me voy a detener ahora en el análisis de los requisitos o circunstancias referidas al número de trabajadores subrogados que la doctrina judicial exige para apreciar dicho extremo, cuestión que ya he abordado en otro momento y lugar (A. de la Puebla Pinilla, "Efectos de la rectificación de la doctrina sobre subrogación convencional", *Trabajo y Derecho*, nº 48, 2018). Pero sí resulta interesante advertir cómo, a estos efectos, puede resultar determinante el ámbito funcional o locativo que se toma como referencia para apreciar si ha existido o no continuidad de una parte relevante de la plantilla. Este problema se plantea en los casos de reducción o división de las contratas pero también cuando la externalización o sucesión de contratas se organiza, por la empresa principal, a través de lotes que incluyen la prestación de un servicio en diversos centros de trabajo.

En el caso de reducción del contenido de la contrata, el Tribunal Supremo admitía la legalidad de las previsiones convencionales conforme a las cuales el Convenio colectivo contemplaba supuestos de sucesión de contratas con modificación de su volumen por reducción del mismo y ofrecía una solución adaptada a esa reducción consistente en permitir al nuevo contratista subrogarse solo en una parte de la plantilla, en proporción a la reducción del servicio contratado. En estos casos, la decisión de la nueva adjudicataria de la contrata de no continuar con la prestación de servicios de algunos de los trabajadores resultaba plenamente ajustada a la legalidad.

Pero esta interpretación se ha visto sustancialmente alterada por la doctrina Somoza Hermo. Y es que si la aplicación de las previsiones convencionales determina que se produzca la transmisión de una entidad económica que mantiene esencialmente su identidad se aplicará el art. 44 ET con independencia de que se haya producido una reducción de los servicios o de las horas contratadas. En definitiva, si la subrogación en los contratos, aun no alcanzando a la totalidad de los trabajadores

porque el propio convenio permite la reducción del número de trabajadores subrogados, afecta a un número de trabajadores suficientes para estimar producida una sucesión de plantilla, el deber de subrogación afectará a la totalidad de los trabajadores que el anterior contratista tenía adscritos a la contrata. De nuevo, las previsiones del Convenio quedan desplazadas por el art. 44 ET en aplicación de la interpretación del TJUE Somoza Hermo. Esto es lo que ocurría en la STS 8 de enero de 2019 (Rº 2833/2016, Asunto Securitas/Prosegur) en la que, a pesar de la posibilidad permitida por el Convenio colectivo de no subrogarse en todos los contratos cuando se produjese una reducción de la contrata, se estima que “al margen de la disminución de las horas contratadas, sí se ha producido una transmisión de una entidad económica que mantiene esencialmente su identidad entre las dos empresas afectadas”. Añade la sentencia una aclaración muy pertinente al advertir que esto no supone la automática ilegalidad o inaplicabilidad de los preceptos convencionales que permiten la subrogación de una parte limitada de la plantilla en los supuestos de disminución de la contrata. Y es que, efectivamente, si el conjunto de los trabajadores subrogados -limitado en función de la reducción de la contrata- no constituye una entidad económica -por no incluir una parte significativa de la plantilla- no habrá sucesión de plantilla ni, por tanto, aplicación de las garantías del art. 44 ET.

A salvo de esta precisión, las consecuencias que derivan de esta doctrina para los trabajadores son evidentes. Todos los trabajadores afectados a la contrata -y no solo los que tuvieran derecho a la subrogación conforme a las previsiones del Convenio colectivo- resultarán beneficiados por la sucesión ex art. 44 ET y podrán, por tanto, reclamar su continuidad con el nuevo titular de la contrata. Desde la perspectiva empresarial se produce un desplazamiento de costes pues, si conforme a la doctrina anterior a Somoza Hermo, era la contratista saliente quien debía, en su caso, responder por el cese de estos trabajadores, ahora será la nueva contratista, obligada a subrogarse también en estos trabajadores, quien asumirá el coste derivado de su decisión de no subrogarse en sus contratos, como queda evidenciado en la STS de 5 de marzo de 2019 (Rº 2892/2017, Asunto Iman/Ilunion).

Cuestión distinta es la división de las contrata, supuesto que se aborda en la STS de 9 de septiembre de 2020 (Asunto RTVE, Rº 3122/2017). En este caso, referido a la adjudicación del servicio de limpieza en los centros de la corporación RTVE de todo el territorio nacional, el Tribunal Supremo advierte una diferencia entre el objeto de la primera adjudicación -que incluía a todos los centros de trabajo- y el de la siguiente licitación -que, aunque referido también a todos los centros de trabajo, aparecía dividido en lotes-. La trabajadora demandante prestaba sus servicios en un centro de trabajo que no estaba incluido en el lote adjudicado a una nueva contratista. Esto permite al Tribunal afirmar que no se trata de una reducción del servicio que opere sobre una misma contrata sino de que en lo adjudicado no se encuentra un servicio que sí estaba incluido en la contrata inicial. La nueva configuración de la contrata delimita el ámbito sobre el que debe evaluarse si se ha producido o no una continuidad en una parte relevante de la plantilla y, por tanto, si opera o no la sucesión de plantilla.

Un supuesto de características similares, en el que también se plantea el problema de determinar el marco de referencia sobre el que ha de valorarse la continuidad de la plantilla, se suscita en la STS de 22 de septiembre de 2021 (Rº 106/2021, Asunto Paradores). Esta sentencia resuelve sobre la base de que la decisión sobre si se ha producido o no la continuidad de una parte relevante de la plantilla ha de tomarse sobre la unidad económica integrada por todo el lote tal y como este haya sido configurado por la empresa principal, sin que resulte acertado aislar cada centro de trabajo para valorar de forma independiente cada uno de ellos. Lo curioso del caso es que esta interpretación conduce a reconocer la sucesión de empresa incluso en relación con trabajadores cuyo Convenio colectivo no preveía la subrogación. Y es que, en el supuesto analizado por la sentencia citada, eran los convenios colectivos aplicables al resto de centros de trabajo incluidos en el lote los que preveían la subrogación. Y esta, una vez producida respecto de los trabajadores afectados, provoca la aplica-

ción del art. 44 ET sobre todos los servicios incluidos en la contrata de modo que la subrogación extiende sus efectos también sobre un ámbito convencional que no preveía la subrogación.

V. Consecuencias del incumplimiento de las obligaciones informativas y documentales previstas en el convenio colectivo en las actividades intensivas en mano de obra

Las previsiones que el Convenio colectivo contemple en relación con la subrogación de trabajadores devienen, conforme ya se ha dicho, esenciales para determinar si su cumplimiento conduce a la aplicación del art. 44 ET. Entre tales condiciones, los Convenios colectivos acostumbra a incluir exigencias de carácter informativo o documental a cargo de la empresa saliente y, con mucha frecuencia, otorgan al cumplimiento de tales obligaciones el carácter de condición sine qua non para que opere la subrogación convencional. Esto abre un nuevo núcleo de problemas en relación con la sucesión de plantilla derivada de la aplicación del Convenio colectivo.

La doctrina judicial ha venido entendiendo que el incumplimiento de los requisitos formales establecidos en la norma convencional para que se produzca la subrogación determina que el nuevo empresario contratista no quede obligado a subrogarse en los contratos de trabajo, manteniendo el trabajador su vinculación con la anterior empresa que, a su vez, podrá recurrir a la extinción por causas objetivas. Interpretación que ha sido matizada para advertir que excepcionalmente la subrogación puede operar si, aun no habiéndose cumplido íntegramente las obligaciones informativas y documentales, el nuevo contratista sí ha recibido la información imprescindible para conocer las circunstancias profesionales de los trabajadores afectados y conocer si las obligaciones salariales y de Seguridad Social estaban cumplidas.

La cuestión es si esta interpretación puede verse modificada por la aplicación de la doctrina Somoza Hermo. La STS de 18 de febrero de 2020 (Rº 1682/2017 Asunto Ambulancias Transalozano/Asistencia Conquense UTE) aborda un supuesto en el que ha de decidirse si opera la subrogación convencional cuando la empresa saliente no ha entregado a la nueva contratista los documentos referidos a la plantilla que exigía el Convenio colectivo. Se trataba de una contrata sobre una actividad no intensiva en mano de obra, sin que constara la transmisión de la organización productiva entre los contratistas. La sentencia, siguiendo la doctrina jurisprudencial señalada, desestima la pretensión por considerar que la documentación omitida era relevante e imprescindible para activar la obligación subrogatoria. El hecho de que de facto la nueva contratista hubiera contratado a los trabajadores de la anterior no altera dicha conclusión, a pesar de que esa contratación se había realizado sin reconocimiento de la antigüedad de los trabajadores.

Poco puede objetarse a la decisión judicial, por más que resulte sorprendente e injusto que el incumplimiento de la contratista saliente genere un perjuicio de tal calibre para los trabajadores, del que quizás solo podrían resarcirse mediante una acción de despido frente a su anterior empleador, una vía difícil de transitar, dado el plazo de caducidad de dicha acción. Pero, en lo que ahora interesa, si el convenio imponía las obligaciones documentales como condición para que la subrogación convencional operase, la apreciación de su total incumplimiento conduce a rechazar la existencia de tal subrogación y la aplicación de las condiciones que el convenio estableciese.

Pero este pronunciamiento suscita la cuestión de si la resolución hubiese sido la misma en caso de que la actividad fuera intensiva en mano de obra. Esto es, si habiendo asumido el nuevo contratista a la totalidad o a una parte significativa de la plantilla, el incumplimiento de las obligaciones documentales conduciría a la misma conclusión. Parece evidente que, a la luz de la doctrina Somoza Hermo, en un caso como el apuntado el hecho de que el nuevo contratista continúe prescindiendo la actividad con la misma entidad económica -integrada por los trabajadores- determinaría la

aplicación no ya del régimen convencional sino del previsto en el art. 44 ET, resultando entonces irrelevante el incumplimiento de las obligaciones de carácter formal que el Convenio establezca (I. Beltrán de Heredia, "Sucesión de plantilla en contrata intensivas en mano de obra y aplicación del artículo 44 ET: efectos internos de la doctrina Somoza Hermo", *Trabajo y Derecho*, nº 50, 2019).

VI. A modo de reflexión final. Cuestiones pendientes en la subrogación convencional

La aplicación de la doctrina Somoza Hermo impone una relectura del régimen convencional de subrogación. Es imprescindible, en primer lugar, diferenciar en función de si la actividad sobre la que operan las previsiones del Convenio colectivo requiere elementos materiales o inmateriales relevantes o si, por el contrario, es intensiva en la mano de obra.

En el primer caso, y a salvo de que se produzca una efectiva transmisión de la organización productiva, son las previsiones del convenio las que gobiernan íntegramente el alcance subjetivo y las condiciones en que opera la subrogación. En el segundo supuesto, sin embargo, la aplicación del régimen convencional sobre la subrogación o, alternativamente, su desplazamiento por las reglas reguladoras de la sucesión legal depende de la valoración de numerosas circunstancias fácticas.

Entre ellas, muchas dependen de las propias reglas fijadas por el Convenio: las exigencias informativas y documentales que imponga la norma convencional, los efectos y consecuencias que prevea para su incumplimiento, la delimitación de los trabajadores afectados por la subrogación, las previsiones sobre reducción de la actividad o del servicio contratado... son circunstancias que, a la postre, delimitarán si el conjunto de trabajadores subrogados integra o no una entidad económica que mantiene su identidad tras el cambio de empresario o contratista. El convenio colectivo tiene pues margen para asegurarse de que la subrogación convencional conlleve la aplicación de todas las garantías asociadas por el art. 44 ET a la sucesión de empresa.

Pero también la propia decisión empresarial puede incidir en el resultado. Las consideraciones efectuadas sobre la división de las contrata o su organización en lotes, cuyo contenido puede modificarse por la mera decisión empresarial, tienen consecuencias determinantes en la apreciación o no de una sucesión de plantilla, al margen incluso de las previsiones del convenio colectivo.

Lo que, en cualquier caso, resulta evidente es que, cuando la subrogación convencional determine una sucesión de plantillas, el régimen legal desplaza al convencional y pierden eficacia las cláusulas convencionales que limitan el número de trabajadores a subrogar o la responsabilidad de la empresa sucesora. Esta posibilidad, y las plurales circunstancias concurrentes que pueden incidir en que este resultado se produzca, plantea incertidumbres sobre la posición que el nuevo contratista asume al obtener la contrata. Suceder a un anterior contratista supone, para la empresa entrante, asumir un riesgo económico no siempre cuantificable ni previsible. Si la operación merece finalmente calificarse como sucesión de plantilla, la empresa se verá abocada a incorporar a toda la plantilla del anterior que estuviera afectada a la prestación de los servicios objeto de la contrata, y no solo a los que hubiera podido prever conforme a lo dispuesto en el Convenio colectivo. Pero, además, asumirá todas las responsabilidades que derivan del art. 44 ET, incluida la responsabilidad solidaria por deudas salariales y de Seguridad Social del anterior que, además, se extiende a la derivada de contratos de trabajo ya extinguidos -siempre que hubieran estado afectados a la entidad transmitida-. Incertidumbres que están afectando al mercado de las contrata, desincentivando la participación de las empresas, especialmente las de pequeño y mediano tamaño, en licitaciones públicas y privadas por las consecuencias especialmente onerosas que podrían verse obligadas a asumir en caso de obtener la contrata.

Hay fórmulas que, sin afectar a los derechos de los trabajadores, podrían mitigar este impacto y clarificar la posición del contratista entrante. La interpretación judicial de la Sala Tercera del Tribunal

Supremo, que niega alcance liberador a los certificados de descubierto, no contribuye a clarificar el panorama. Ciertamente la STS de 3 de febrero de 2021 (Rº 2584/2019), también de la sala de lo contencioso-administrativo, matiza esta doctrina y ofrece una salida a esta ineficacia de los certificados al admitir que "atendiendo a las circunstancias del caso, pueda deducirse que la Tesorería General de la Seguridad Social, al tiempo de certificar estaba en condiciones de ofrecer una información coincidente con la realidad del estado de los débitos del contratista o subcontratista". Pero la excepción se formula en tales términos que no aporta la seguridad jurídica necesaria. Es imprescindible, por tanto, que reglamentariamente se clarifique y otorgue a estos certificados plena eficacia. Ello permitiría a las empresas interesadas, al menos, conocer con precisión la responsabilidad que podrían asumir en relación con las cotizaciones de los trabajadores en cuyos contratos deban subrogarse.

Otras medidas, como la de excluir la responsabilidad del nuevo contratista por las deudas derivadas de relaciones laborales ya extinguidas con el anterior contratista, requerirían una expresa intervención del legislador. Aun suponiendo una excepción al régimen legal del art. 44 ET, se trataría de una previsión ajustada a las exigencias de la Directiva 2001/23, sobre sucesión de empresas. El art. 3.1 de la norma europea se limita a imponer la transferencia entre empresarios cedente y cesionario de los derechos y obligaciones que resulten "de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso", y su apartado segundo prevé que "los Estados miembros podrán establecer que, después de la fecha del traspaso, el cedente y el cesionario sean responsables solidariamente de las obligaciones que tuvieran su origen, antes de la fecha del traspaso, en un contrato de trabajo o en una relación laboral existentes en la fecha del traspaso". Ni una ni otra previsión imponen la extensión al adquirente de la responsabilidad por deudas referidas a relaciones laborales extinguidas antes de la transmisión. El art. 44 ET mejora esa regulación extendiendo la subrogación en derechos y obligaciones y la responsabilidad del nuevo empresario también respecto de relaciones laborales ya extinguidas en el momento de la sucesión. Pero es una norma que podría excepcionarse, como de hecho ya ha ocurrido en la transmisión de empresas en el marco del procedimiento concursal. En efecto, el art. 224.1.3º Ley señala que la transmisión de una unidad productiva lleva aparejada la obligación de pago "de los créditos laborales y de seguridad social correspondientes a los trabajadores de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado el adquirente".

Es, desde luego, una posibilidad, aunque con un impacto negativo para los trabajadores que, siendo acreedores del anterior empresario, vieron sus contratos extinguidos antes de que opere la sucesión de empresas. Este colectivo gozaría de una protección inferior a la de los trabajadores efectivamente subrogados, que cuenta con la responsabilidad solidaria del nuevo adquirente.

Por eso, sin renunciar a la protección reforzada que ofrece el art. 44 ET cuando impone la responsabilidad solidaria de ambos empresarios implicados en la sucesión, podría valorarse, para estos supuestos de sucesión de plantilla derivada de la subrogación convencional, la articulación de fórmulas como la prevista en el art. 130.4 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público que, en los casos de subrogación del contratista, establece la obligación de la Administración de retener las cantidades debidas al contratista saliente en la cuantía necesaria para garantizar el pago de los salarios adeudados.

ARTÍCULOS DOCTRINALES

La composición de las comisiones *ad hoc* de empresas sin representación legal de los trabajadores: naturaleza jurídica y reformulación

The composition of *ad hoc* commissions in companies without workers' legal representatives: legal nature and reformulation

Eva López Terrada*

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de València. Estudi General*

ORCID ID: 0000-0002-7702-2393

Recibido: 14/6/2021

Aceptado: 5/7/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6484>

Resumen: Tratándose de empresas sin representantes, las comisiones *ad hoc* designadas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.4 del ET han quedado habilitadas para negociar tanto en procesos de reorganización productiva como de descuelgue convencional. Ante el anuncio de una reforma del ET, el estudio reflexiona acerca de la problemática negociación por parte de la comisión “asamblearia”, proponiendo una reformulación de su composición. Además, el trabajo profundiza en la naturaleza jurídica del régimen legal relativo a la composición de las comisiones *ad hoc*, dada la necesidad de pronunciarse sobre la posibilidad de que los trabajadores atribuyan su representación, no a alguna de las dos comisiones legales sino, como está sucediendo en la práctica, a la totalidad de los trabajadores de la empresa.

Palabras clave: Comisiones *ad hoc*, empresas sin representantes, descuelgues convencionales, procesos de reorganización productiva, reforma del ET.

Abstract: *Ad hoc* commissions designated in accordance with article 41.4 of the ET have been empowered to negotiate in processes of productive reorganisation and “non-application or opt-out clauses” in companies without workers' representatives. Bearing the announcement of a reform of the ET in mind, the study focuses on the problematic negotiation by the “assembly” commission and puts forward some ideas for the reformulation of its composition. In addition, this work analyses the legal nature of the regime regarding the composition of *ad hoc* commissions, considering the possibility that workers are represented not by one of the two legal commissions but, as it is happening in practice, by all the workers of the company.

Keywords: *Ad hoc* commissions, companies without representatives, non-application clauses, productive reorganisation processes, reform of the ET.

*eva.lopez-terrada@uv.es

1. La irrupción de las comisiones *ad hoc* en los períodos de consultas de empresas sin representantes

1.1. La identidad de interlocutores: el régimen del artículo 41.4 del ET

Desde que el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, optara por reforzar, como respuesta a la crisis financiera y económica internacional iniciada en 2008, los instrumentos de flexibilidad interna, se produjo, como es sabido, un proceso progresivo de confluencia en la regulación de los sujetos legitimados para negociar en los períodos de consultas previos a la adopción empresarial de decisiones de carácter colectivo –concernientes también, finalmente, a la flexibilidad de salida– que culminó, tras la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, después Ley 1/2014, de 28 de febrero, con la vigente regulación común ubicada en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), a la que remiten los artículos 40.2, 47.1 y 2, 51.2 y 82.3 del ET.

Por lo que a los supuestos de empresas sin representantes de los trabajadores se refiere, inicialmente, el Real Decreto-ley 10/2010 introdujo modificaciones en los artículos 40 y 41 del ET con el fin de dotar al procedimiento de consultas de mayor agilidad y eficacia y, para ello, previó una solución legal en el artículo 41.4 al que enviaban los artículos 41.6 y 82.3 en materia de inaplicación del convenio. Dicha solución pasaba por permitir que en estos casos los trabajadores atribuyesen su representación para la negociación del acuerdo con la empresa “a una comisión de un máximo de tres miembros integrada, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa designados por la Comisión paritaria del convenio colectivo aplicable a ésta”. Tras la tramitación parlamentaria, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, alteró la redacción del precepto que terminó tolerando que, en las empresas sin representación legal de los trabajadores, estos pudiesen optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por estos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma.

Por fin, la reforma de 2013, a decir de su Exposición de Motivos, modificó distintos preceptos del ET reguladores de la comisión negociadora y los sujetos legitimados para actuar, en representación de los trabajadores, como interlocutores ante la dirección de la empresa durante el periodo de consultas que deberá tener lugar con carácter previo a la adopción de medidas colectivas de movilidad geográfica (artículo 40), modificación sustancial de condiciones de trabajo (artículo 41), así como en los procedimientos de suspensión de contratos o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (artículo 47), de despido colectivo (artículo 51.2) y de inaplicación de condiciones de trabajo previstas en convenios colectivos (artículo 82.3). Quedaba aclarado que, en todos estos procedimientos, la consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien en el caso de ser varios los centros de trabajo afectados, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento. Desaparecía así la posibilidad, prevista en el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, de que la consulta se realizase separadamente por centros de trabajo. Además, se preveía que la comisión negociadora estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes intervinientes en el periodo de consultas, en coherencia con el número de miembros de la comisión negociadora del convenio colectivo de empresa. Según la nueva regulación, la comisión representativa de los trabajadores debe quedar constituida antes del inicio del periodo de consultas, estableciéndose expresamente que la falta de constitución de tal comisión no impide la apertura ni el transcurso del periodo de consultas. Ade-

más, la Ley se promulgaba con la intención de mejorar la determinación de quiénes van a integrar dicha comisión de un máximo de trece miembros, siempre en proporción al número de trabajadores de los centros afectados que representen.

De esta forma, según dispone la letra a) del vigente artículo 41.4 del ET, cuando el procedimiento de consultas afecte a un único centro de trabajo y no exista representación legal de los trabajadores, estos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por estos democráticamente (en adelante, comisión “asamblearia”) o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma (en adelante, comisión sindical). Cuando el procedimiento de consultas afecte a más de un centro de trabajo, en defecto de comité intercentros habilitado convenientemente por el convenio, la comisión representativa que intervendrá como interlocutor, si alguno de los centros de trabajo afectados cuenta con representantes legales de los trabajadores y otros no, estará integrada únicamente por representantes legales de los trabajadores de los centros que cuenten con dichos representantes, salvo que los trabajadores de los centros que no cuenten con representantes legales opten por designar la comisión *ad hoc* a que se refiere la letra a), en cuyo caso la comisión representativa estará integrada conjuntamente por representantes legales de los trabajadores y por miembros de las comisiones *ad hoc*, en proporción al número de trabajadores que representen. En el supuesto de que uno o varios centros de trabajo afectados por el procedimiento que no cuenten con representantes legales de los trabajadores opten por no designar la comisión *ad hoc* de la letra a), se asignará su representación a los representantes legales de los trabajadores de los centros de trabajo afectados que cuenten con ellos, en proporción al número de trabajadores que representen.

Finalmente, cuando ninguno de los centros de trabajo afectados por el procedimiento de consultas cuente con representantes legales de los trabajadores, el artículo 41.4 ET prevé que la comisión representativa estará integrada por quienes sean elegidos por y entre los miembros de las comisiones *ad hoc*, en proporción al número de trabajadores que representen.

1.2. La disparidad de supuestos: procesos de reorganización productiva y procesos de descuelgue convencional

Resulta, por lo tanto, que, tratándose de empresas sin representantes de los trabajadores, las comisiones “asamblearias” designadas de conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del ET pueden quedar habilitadas para negociar tanto en los procesos de reestructuración empresarial (*cf.* artículos 40.2, 47.1 y 2 y 51.2 del ET) como –desde que la reforma del año 2010 lo permitiera mediante la modificación de los entonces artículos 41.6 y 82.3 del ET– en los supuestos en que se entiende necesaria una inaplicación excepcional de lo pactado en convenio colectivo. Así, aunque la literalidad del artículo 82.3 incita inicialmente a pensar lo contrario (al mencionar el “acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1”) el propio precepto dispone acto seguido que “la intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a los sujetos indicados en el artículo 41.4, en el orden y condiciones señalados en el mismo”.

La intervención de idénticos interlocutores no permite, sin embargo, equiparar uno y otro tipo de procedimientos, pues únicamente en el caso de los procesos de reorganización productiva el empresario, a falta de acuerdo, podrá decidir unilateralmente; contrariamente, tratándose de la

inaplicación del convenio queda cegada, so pena de nulidad, la modificación unilateral por parte del empresario. Así, si el cambio “incide en la regulación convencional, en cualquiera de las materias que contempla el artículo 82.3 ET, aunque sea de modo poco importante en términos cuantitativos, sólo permite al empresario emplear la vía de este último precepto, transformando en nula cualesquiera decisión unilateral que lo ignore” (STS de 29 de junio de 2017, Rº. 186/2016).

En cuanto a la eficacia de los acuerdos derivados del período de consultas, cabe recordar, en apretada síntesis, que la jurisprudencia viene atribuyendo a los acuerdos de empresa, con carácter general, incluso tratándose de acuerdos de empresa “sustitutivos” del convenio¹, eficacia jurídica contractual y no normativa, si bien reconociendo, al tiempo, en la medida en que se trata de acuerdos colectivos negociados con los representantes de los trabajadores, que su eficacia personal es general en el ámbito de la empresa. En este sentido, la STS de 10 de diciembre de 2019 (Rº. 3096/2017), relativa a la eficacia de un acuerdo de modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio extraestatutario de carácter colectivo, firmado por unanimidad con los representantes de los trabajadores designados como miembros de la comisión *ad hoc*, subraya la eficacia general del acuerdo, que resulta aplicable a todos los trabajadores afectados por la modificación sustancial de naturaleza colectiva, en los términos pactados entre la empresa y la representación de los trabajadores. Del mismo modo, la STS de 10 de octubre de 2019 (Rº. 966/2017) –que legitima, por las circunstancias concretas del caso (ver, *infra*, número 3.2), la opción por negociar todos los trabajadores la modificación sustancial de condiciones de trabajo propuesta por la empresa, en lugar de designar la comisión *ad hoc* del artículo 41.4 ET– indica que los acuerdos resultantes de la negociación “no pueden calificarse como simples acuerdos plurales de naturaleza individual, a modo de pactos singulares de carácter personal con cada uno de los trabajadores que votaron a favor de su aprobación, que no sería por lo tanto extensible a los trabajadores que mostraron su disconformidad (...) Desde el momento en el que los trabajadores adoptan la decisión de acudir todos ellos a la negociación, en sustitución de la comisión *ad hoc* de tres miembros del art. 41.4 ET, se han constituido en representantes colectivos de toda la plantilla en las mismas condiciones de representatividad que hubiere ostentado aquella comisión, con todas las prerrogativas legales de la misma y actuando en representación de la totalidad de la plantilla”.

Se comparta o no este punto de vista, lo cierto es que los llamados acuerdos de reorganización productiva, a diferencia de los convenios colectivos, no tratan de regular condiciones de trabajo, sino que tienen por finalidad influir en la conformación de ciertas decisiones empresariales, garantizando la participación de los trabajadores en el ejercicio del poder empresarial y restando conflictividad a las relaciones laborales². A los llamados “acuerdos de descuelgue”, sin embargo, sí les corresponde regular determinadas condiciones de trabajo (“El acuerdo deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, que no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa...”). De ahí que su eficacia resulte, sin duda, equiparable a la del convenio colectivo objeto de inaplicación: únicamente los acuerdos de descuelgue pueden modificar en perjuicio de los trabajadores las condiciones de un convenio colectivo durante su vigencia, excepcionando la eficacia jurídica normativa y personal general del convenio estatutario (a contrario sensu, STS de 21 de diciembre de 2009, Rº. 11/2009). Hablar en estos casos de eficacia contractual no resulta viable, pues ello equivaldría a

¹ La STS de 24 de enero de 2013 (Rº. 42/2012) puntualiza *obiter dicta*, que “a juicio de esta Sala hubiera sido preferible considerar que se integran como un anexo al contenido normativo del Convenio cuya laguna vienen a integrar, aplicable en el ámbito empresarial correspondiente”. No hay que olvidar, no obstante, que los acuerdos “sustitutivos” de convenio pueden también negociarse cuando no haya convenio alguno en el que puedan integrarse.

² Por todos, NORES TORRES, L. E., *El período de consultas en la reorganización productiva empresarial*, 1ª ed., Madrid, CES, 2000, p. 29 y ss.; o GÁRATE CASTRO, J., *Lecturas sobre el derecho a la negociación colectiva laboral*, 1ª ed., Madrid, Cinca, 2019, p. 58.

dejar la puerta abierta a una inadmisibles modificación del convenio estatutario “en cascada” por la vía de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo³.

2. La problemática habilitación de las comisiones asamblearias en los procesos de descuelgue convencional

A la vista de todo ello, han sido muchas las voces que se han manifestado críticamente en contra de la intervención de las llamadas comisiones asamblearias *ad hoc*, ya que, entre otras cosas, a diferencia de lo que sucede cuando la representación se otorga a la comisión sindical, es posible cuestionar si, en estos casos, el resultado de la negociación es también un producto de la negociación colectiva del artículo 37.1 de la CE. Aunque el tema es complejo, cabría, en principio, defender –sin perjuicio de lo que se dirá después– la constitucionalidad de estas modificaciones atendiendo a tres consideraciones esenciales:

Como primera consideración, debe tenerse en cuenta que la lectura del artículo 2º.1 de la Recomendación nº 91 de la OIT sobre convenios colectivos de 1951 deja clara la necesidad de que el convenio colectivo se pacte, en ausencia de organizaciones representativas de trabajadores, por “representantes de los trabajadores”. Pues bien, resulta posible interpretar que los trabajadores integrantes de la comisión *ad hoc* carecen de tal condición y que, en consecuencia, es constitucionalmente inadmisibles la modificación del convenio a través de una negociación directa con los trabajadores de carácter individual o plural⁴. Creo, sin embargo, que puede descartarse la equivalencia entre este supuesto y la elusión por parte del empresario de la negociación con los representantes de los trabajadores por la vía de una contratación individual “en masa”. Dicha modificación individual de lo dispuesto en el convenio estatutario sí atentaría, según ha declarado el Tribunal Constitucional en diversas ocasiones, contra la fuerza vinculante del convenio colectivo y podría atentar contra el derecho de libertad sindical: “la autonomía individual —o la decisión unilateral de la empresa— no puede proceder a la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo cuando ello, atendiendo a la trascendencia, importancia y significado de las condiciones laborales afectadas, eluda o soslaye la función negociadora de las organizaciones sindicales o vacíe sustancialmente de contenido efectivo al convenio” (SSTC 208/1993, de 28 de junio; 225/2001, de 26 de noviembre; o 238/2005, de 26 de septiembre). No obstante, en este caso se trata de una negociación con una representación de los trabajadores designada por ellos democráticamente –al modo de los convenios franja, pero haciendo recaer la representación en los propios trabajadores– en empresas en las que concurren unas dificultades excepcionales y en las que, al no existir representantes de los trabajadores legitimados para negociar convenios estatutarios, se crean representaciones específicas a efectos, entre otros, de descuelgue.

Como segunda consideración, cabe recordar que de la jurisprudencia constitucional deriva la inconstitucionalidad de privar al sindicato del derecho a la negociación colectiva, puesto que es un medio necesario para el ejercicio de la actividad sindical que reconocen los artículos 7 y 28.1 de la CE⁵; pero, en ningún caso, deriva la existencia de un monopolio sindical en materia de negociación colectiva. Como el derecho a la negociación colectiva del artículo 37.1 de la CE es un derecho de titularidad amplia, cuando el ET reconoció capacidad negocial únicamente a representaciones

³ En este sentido, entre otros, DE CASTRO MARÍN, E., *El “descuelgue” de convenio colectivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 69; o CORREA CARRASCO, M., “La negociación colectiva como fuente del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia: una labor inacabada”, *Trabajo y Derecho*, nº 69, 2020, p. 15.

⁴ ALFONSO MELLADO, C., “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”. En: VV.AA., *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 127 y 128.

⁵ Por todas, STC 98/1985, de 29 de julio.

estables de trabajadores y empresarios, se entendió que, o bien el Título III del Estatuto era inconstitucional, o bien era necesario reconocer, junto a la negociación colectiva estatutaria, otra “extraestatutaria”, conforme a la Constitución, aunque más amplia en lo que a la capacidad negociadora se refiere⁶. En consecuencia, teniendo el legislador un extenso margen de libertad de configuración en el desarrollo del derecho a la negociación colectiva⁷, no parece constitucionalmente objetable que el legislador permita que los trabajadores puedan optar por atribuir su representación, bien a la representación sindical *ad hoc*, bien a la representación “asamblearia”. En ambos casos, sigue siendo el acuerdo entre la empresa y los representantes designados por los trabajadores el instrumento negociado habilitado por el legislador para llevar a cabo la modificación del convenio colectivo estatutario.

A pesar de lo anterior debe añadirse, como tercera consideración, que el principal problema que plantea la regulación que se comenta es el relativo a la vulnerabilidad que presenta la posición de los negociadores del acuerdo, dada su desigual situación frente al empresario, ya que en este supuesto las garantías que rodean a los miembros de la comisión sindical *ad hoc* podrían desvanecerse. Resulta cuestionable, en definitiva, si es un producto de la autonomía colectiva apto para modificar un convenio estatutario por estar dotado de eficacia jurídica normativa y personal general, el acuerdo adoptado por una serie de trabajadores a los que no les resultan de aplicación las reglas con las que el ordenamiento laboral ampara la posición como trabajadores de los representantes frente a posibles actuaciones del empresario. Por esta razón, desde que entrara en vigor la reforma operada por la Ley 35/2010, entiendo que procede mantener la aplicación extensiva de las garantías propias de los representantes de los trabajadores a los integrantes de la comisión negociadora del acuerdo⁸. Y es que no parece congruente admitir que los trabajadores negociadores del acuerdo de descuelgue deben ostentar la condición de representantes de los trabajadores en la empresa, para negar a continuación la aplicación de la protección que necesariamente deriva de tal condición por aplicación del Convenio nº 135 de la OIT. Esta postura interpretativa parece haberse acogido, por lo demás, en la STS de 10 de octubre de 2019 (Rº. 966/2017), en la que de forma expresa se alude, en un supuesto de modificación sustancial de condiciones de trabajo, a “todas” las “prerrogativas legales” que corresponden a los integrantes de la comisión asamblearia, dada su condición de representantes colectivos de toda la plantilla⁹.

Ahora bien, aunque se reconozcan a los integrantes de la comisión asamblearia las garantías propias de los representantes de los trabajadores, la dificultad estriba en que persiste el carácter marcadamente “peligroso” o “problemático” de la fórmula asamblearia tanto desde el punto de vista de los trabajadores como desde el punto de vista de la competitividad empresarial. Esta última perspectiva suele perderse de vista, cuando la realidad es que con esta intervención se corre el riesgo de “dumping social” entre empresas de la competencia, pues la “vulnerabilidad negocial” de

⁶ SALA FRANCO, T., *Derecho Sindical*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 269-270.

⁷ Por todas, SSTCO 119/2014, de 16 de julio, y 8/2015, de 22 de enero.

⁸ LÓPEZ TERRADA, E., “Articulación y reforma de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, nº 11, 2011, p. 20-22.

⁹ El Tribunal Supremo ya había reconocido, de hecho, que a la comisión asamblearia constituida por los trabajadores para ser interlocutor en el período de consultas del procedimiento de extinción colectiva debía dársele el mismo tratamiento que a los representantes de los trabajadores a efectos de legitimación procesal (STS de 18 de marzo de 2014, Rº. 114/2013, no así a los miembros minoritarios de la comisión *ad hoc* representativa de los trabajadores en el período de consultas, SSTs de 14 de octubre de 2015, Rº. 336/2014 o de 17 de abril de 2018, Rº. 101/2017, entre otras), incluso en un caso paralelo al de la STS de 10 de octubre de 2019 en el que los trabajadores habían optado por intervenir todos como interlocutores en el período de consultas (*vid.* STS de 23 de marzo de 2015, Rº. 287/2014, que posteriormente se comenta). En algún pronunciamiento de suplicación anterior se había negado, sin embargo, la aplicación de las garantías de los representantes de los trabajadores por falta de respaldo normativo (STSJ de Cataluña de 18 de diciembre de 2014, Rº. 4637/2014, relativa a un supuesto de reducción de jornada). La SAN nº 93/2013, de 13 de mayo, por su parte, en un caso de despido colectivo, sí admitió que las comisiones *ad hoc*, sindicalizadas o no, ostentan la condición de representantes legales de los trabajadores, por las razones siguientes: “a. - Porque es el propio art. 51.2 ET quien les reconoce la condición de representantes, utilizando una expresión inequívoca (...). b. - Si no fuera así, (...) se vulneraría frontalmente lo mandado por el art. 2.1 de la Directiva 1998/59/CE, que deja perfectamente claro, que el período de consultas deberá llevarse a cabo con los representantes legales de los trabajadores”.

la comisión asamblearia –que no siempre será además la fórmula elegida– puede ser más intensa en unas empresas que en otras, pues resulta evidente que pueden existir facilidades de una empresa para conseguir que los representantes elegidos sean “afines” a la misma que puede no tener otra de la competencia¹⁰. Desde el punto de vista de los trabajadores, resulta difícil negar que las posibilidades de presión empresarial en la negociación con las comisiones asamblearias son elevadas, por lo que puede producirse, finalmente, un desgaste en el derecho a la negociación colectiva al incrementarse por esta vía el poder empresarial en la inaplicación del convenio colectivo.

3. La naturaleza jurídica del régimen legal relativo a la composición de las comisiones *ad hoc*

3.1. La imposible sustitución de las comisiones *ad hoc* legales

Además de la posibilidad de atribuir su representación a alguna de las comisiones *ad hoc*, tratándose de empresas sin representantes el artículo 41.4 ET concede a los trabajadores, también, la opción de no atribuir su representación ni a uno ni a otro tipo de comisión. Así se deduce, de un lado, de la contundente literalidad legal cuando el procedimiento afecta a un único centro de trabajo (en virtud de la cual los trabajadores “podrán optar” por atribuir su representación a alguna de las dos comisiones); y así deriva, de otro, de la propia regulación cuando el procedimiento afecta a más de un centro de trabajo, ya que, si alguno de los centros de trabajo afectados cuenta con representantes legales de los trabajadores y otros no, se contempla expresamente el supuesto de que uno o varios centros de trabajo que no cuenten con representantes opten por no designar la comisión *ad hoc*, en cuyo caso se asignará su representación a los representantes legales de los trabajadores de los centros de trabajo afectados que cuenten con ellos, en proporción al número de trabajadores que representen.

Las consecuencias de esta decisión de no atribución de la representación ni a una ni a otra comisión, cuando aboque a la imposibilidad de negociar en el período de consultas, difieren: en los procesos de reorganización productiva, según se ha indicado, la falta de acuerdo en el período de consultas abrirá la puerta a la decisión unilateral del empresario¹¹; sin embargo, en los procedimientos del artículo 82.3 ET, quedará descartada la decisión empresarial unilateral. Ahora bien, tal decisión no hará imposible el descuelgue, pues la finalidad del régimen legal –reforzar la posibilidad de descuelgue ante la falta de acuerdo en período de consultas– no ofrece margen de duda. Con toda probabilidad, y dado que los procedimientos interconfederales se refieren a los sujetos colectivos del artículo 41.4 del ET, la empresa podrá recabar la intervención de la comisión paritaria (“En caso de desacuerdo durante el periodo de consultas cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la comisión del convenio...”) y, en última instancia, de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o del órgano correspondiente si no se rebasan las fronteras de una Comunidad Autónoma (“Cuando el periodo de consultas finalice sin acuerdo y no fueran aplicables los procedimientos a los que se refiere el párrafo anterior o estos no hubieran solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes podrá someter la solución de la misma a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios

¹⁰ Ampliamente, LÓPEZ TERRADA, E., “Articulación y reforma de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, nº 11, 2011, p. 24; y SALA FRANCO, T.; LÓPEZ TERRADA, E., “La negociación colectiva”. En: T. Sala, *et al.*, *Propuestas para un debate sobre la reforma laboral*, Francis Lefebvre, 2018, p. 67.

¹¹ Puesto que en ellos “la falta de constitución de la comisión representativa no impedirá el inicio y transcurso del periodo de consultas”, *cf.* artículos 40.2, 41.4, 47.1, 51.2 ET. Cabe recordar a este respecto que, con anterioridad a la reforma 2013, el artículo 26.3 del RD 1483/2012, de 29 de octubre, exigía expresamente que la empresa indicara que la falta de designación no impedía la continuación del procedimiento. En el caso de la modificación sustancial de condiciones de trabajo se ha admitido, no obstante, que el régimen pactado en convenio colectivo puede impedir, al exigir acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, la modificación adoptada por la sola voluntad de la empresa (STS de 28 de septiembre de 2009, Rº. 146/2008).

Colectivos cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos”¹². Así pues, existen muchas posibilidades de que se termine utilizando el arbitraje legalmente previsto ante estos órganos, procedimiento que, aunque conforme a la CE a decir de la STC 119/2014, de 16 de julio, funciona en la práctica como un “arbitraje administrativo” decidido por la representación gubernamental ante la falta de consenso¹³.

Es fundamental, por ello, determinar si los trabajadores pueden optar por no atribuir su representación a alguna de las dos comisiones tal y como se configuran en el artículo 41.4, pero para proceder a atribuirlos, como se está planteando en la práctica¹⁴, a todos los trabajadores de la empresa. Tal determinación exige clarificar, necesariamente, pues el precepto deja la cuestión en el aire, el posible carácter dispositivo del régimen relativo a la composición de la comisión *ad hoc* que procederá a negociar el periodo de consultas¹⁵.

En realidad, la cuestión no es extraña a la experiencia negociadora reguladora del procedimiento de descuelgue, en la que pueden encontrarse previsiones “extravagantes” respecto a las previsiones estatutarias que deben considerarse, a mi juicio, ilegales, en la medida en que alteran las reglas legales sobre legitimación para negociar que, como es sabido, al ser de derecho necesario absoluto, escapan del poder de disposición de las partes negociadoras (por todas, SS.TCO de 27 de junio de 1984 y de 30 de septiembre de 1991). Así, mientras en algunos convenios la ausencia de representantes determina la comunicación a los sindicatos más representativos, que resultan encargados de intervenir y participar en las consultas, en otros, la inexistencia de representantes se solventa mediante el expediente de acudir a la comisión paritaria o, precisamente, mediante la intervención directa de los trabajadores¹⁶.

Lógicamente, tampoco el empresario o los trabajadores pueden disponer libremente de la composición de la comisión negociadora. Así lo ha declarado expresamente el Tribunal Supremo en sentencias como las de 14 de mayo y 16 de julio de 2015 (R.º. 144/2014 y 180/2014) en las que se afirma, pese a admitirse la constitución de comisiones híbridas antes de la expresa recepción legal de la fórmula en 2013, que la comisión negociadora “no es de libre conformación de las partes, ni tampoco cabe admitir que en su integración se conculquen los derechos de representación –y, por ende, de negociación– de los trabajadores”. Y así se deduce, igualmente, de decisiones como la adoptada

¹² GOERLICH PESET, J. M., *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Valencia, Tiran lo Blanch, 2013, p. 94.

¹³ Ya que, probablemente por el escaso desarrollo de una cultura negociadora en los interlocutores sociales, estos órganos funcionan, desgraciadamente, como órganos de “representación de intereses” y no como órganos de “consenso de voluntades” por encima de los intereses que, sin duda, representan los partícipes en los mismos. SALA FRANCO, T.; LÓPEZ TERRADA, E., “La negociación colectiva”. En: T. Sala, *et al.*, *Propuestas para un debate sobre la reforma laboral*, Francis Lefebvre, 2018, p. 66.

¹⁴ *Vid.*, entre otras, las SSTs de 23 de marzo de 2015 (R.º. 287/2014) y de 10 de octubre de 2019 (R.º. 966/2017), que se comentan a continuación. En la doctrina admite esta posibilidad en el caso de la modificación sustancial de condiciones de trabajo GARCÍA NINET, J. I., “La modificación de las condiciones de trabajo contractuales o de acuerdos colectivos sin eficacia general”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 34, 2013, 291-292.

¹⁵ Cuestión distinta es que el procedimiento de consultas del artículo 41.4 ET para las modificaciones sustanciales de carácter colectivo se prevea “sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva”.

¹⁶ LÓPEZ TERRADA, E.; NORES TORRES, L. E., “La evolución del tratamiento del descuelgue salarial en la negociación colectiva (2007-2015)”, en: J. M. Goerlich (dir.) *et al.*, *Evolución de los contenidos económicos de la negociación colectiva en España (2007/2015)*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2018, p. 529. En algún caso, probablemente para tratar de salvar la legalidad de la regulación convencional, se matiza que esta intervención alternativa tendrá lugar, precisamente, salvo que los trabajadores hayan decidido atribuir su representación a una comisión designada de acuerdo con lo previsto en el art. 41 ET. Así, el convenio colectivo de agrios (manipulado y envasado) de Murcia dispone que “En ausencia de la representación legal de los trabajadores en la empresa, se entenderá atribuida a los sindicatos más representativos y los representativos en el sector de manipulado de agrios, que forman parte de la Comisión Paritaria del presente Convenio Colectivo, salvo que los trabajadores atribuyan su representación a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4 del ET”. El problema de esta fórmula es que conculca igualmente el régimen legal: aunque se decida no atribuir la representación a ninguna de las comisiones *ad hoc*, en los procedimientos que afectan a más de un centro de trabajo, si hay centros de trabajo con representantes legales a ellos corresponderá negociar.

en la STS de 15 de abril de 2014 (Rº. 127/13), que aplica la versión 2012 del artículo 41.4 en un proceso de modificación sustancial de condiciones de trabajo que tiene lugar en una empresa en que unos centros de trabajo tienen representantes de los trabajadores y otros no. En ella, el Tribunal declara la nulidad de la decisión empresarial por falta de legitimación de la comisión negociadora que ha intervenido durante el período de consultas pues, al imponer la empresa una comisión *ad hoc* de cinco miembros superando el límite legal de tres miembros, que además no fue convenida con los representantes de los trabajadores y sus sindicatos, se entiende vulnerado el artículo 28.1 CE, así como los Convenios 87, 98 y 135 de la OIT y el propio artículo 41.4 del ET.

Hay que coincidir, por ello, con los pronunciamientos de suplicación que, siguiendo la estela de estas decisiones, rechazan la validez del período de consultas cuando la comisión negociadora *ad hoc* se constituye *contra legem*. Entre ellos, se encuentra el contenido en la STSJ de Madrid de 14 de enero de 2021 (Rº. 513/2020), que declara la nulidad de una suspensión y reducción de jornada colectivas en una empresa sin representantes de los trabajadores por falta de constitución de la comisión negociadora con anterioridad al inicio del período de consultas en la forma prevista en la ley, es decir, siendo designada por todos los trabajadores democráticamente. En el supuesto enjuiciado, la empresa manifiesta su decisión de llevar a cabo suspensiones contractuales y reducciones de jornada únicamente a los 19 trabajadores a quienes pensaba aplicar las medidas, celebrando con ellos en exclusiva una primera reunión y designándose, a continuación, una comisión negociadora *ad hoc* sin el voto de todos los trabajadores: “No cabe duda de que han sido infringidas de modo esencial las reglas legales sobre elección de la comisión negociadora y su actuación en el período de consultas. Lo que debería haber hecho la empresa (es)... manifestar su propósito a todos los trabajadores de la plantilla e instarlos a la celebración de una reunión de conformidad con el art. 41.4 ET (al que remite el 47.1) con el fin de que pudieran, en su caso, atribuir su representación para la negociación del acuerdo a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por estos democráticamente, o a una comisión de componentes designados por los sindicatos, tal como se detalla en el precepto citado. Una vez nombrada la comisión negociadora o transcurrido el plazo máximo, es cuando la dirección de la empresa podrá comunicar formalmente a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral el inicio del período de consultas”.

En la misma línea se sitúa la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 10 de enero de 2017 (Rº. 905/2016), que reconoce legitimación activa para la impugnación judicial individual a un trabajador afectado en un supuesto de descuelgue convencional, afirmando que no cabe admitir la procedencia del acuerdo de descuelgue al haberse negociado, existiendo representante legal de los trabajadores, con una comisión *ad hoc* en la que este no participaba. El tribunal precisa que la empresa, además, no convocó al proceso de elección para la formación de dicha comisión *ad hoc* a la totalidad de los trabajadores de la plantilla: “Ante la pasividad mostrada por el representante de los trabajadores no es a la empresa sino a los propios trabajadores a quienes incumbe reaccionar exigiendo la actuación a su delegado de personal y subsidiariamente, ante una postura obstruccionista o de desidia, designar comisión “ad hoc”, pero para ello es necesario que conozcan la situación y es la empresa, la que ha de participarle a todos los trabajadores... Y si nada sabían mal puede afirmarse que se reunieran a fin de designar una comisión “ad hoc” para la negociación”.

3.2. La admisión excepcional de la negociación directa con los trabajadores

A la vista de todo ello llama poderosamente la atención que el Tribunal Supremo haya legitimado, en varias ocasiones, la opción de los trabajadores de intervenir todos ellos como interlocutores en el periodo de consultas, en lugar de designar la comisión *ad hoc* del artículo 41.4 ET.

Inicialmente, como es de sobra conocido, la STS de 23 de marzo de 2015 (Rº. 287/2014) negó, en un proceso de despido colectivo al que resultaba aplicable la normativa anterior a la reforma 2013, que la decisión de los trabajadores tuviese la eficacia invalidante del procedimiento que le había atribuido la Audiencia Nacional. El supuesto se refería a una empresa de 17 trabajadores sin representantes que, tras comunicar su decisión de iniciar procedimiento de extinción colectiva de contratos, informa en una primera reunión en la que están presentes todos los trabajadores acerca de la posibilidad de elegir una comisión *ad hoc* –aunque no de las consecuencias de la falta de elección de representantes–, siendo rechazada esta opción por los trabajadores, que prefieren negociar de modo conjunto. Para la Audiencia Nacional (SAN 232/2013, de 20 de diciembre), puesto que la constitución de la comisión *ad hoc* es un “requisito constitutivo” para la validez del período de consultas en las empresas que no cuenten con representantes de los trabajadores, y puesto que la consecuencia de la no realización de la elección es la no paralización del procedimiento “los trabajadores, afectados por el despido, no pueden disponer de ese requisito, ni están legitimados para negociar directamente el período de consultas, porque la Directiva 1998/59/CE, así como los arts. 51.2 y 41.4 ET, que la trasponen a nuestro ordenamiento, dejan perfectamente claro que la negociación del período de consultas debe realizarse con representantes de los trabajadores y no con los trabajadores afectados”. El Tribunal Supremo sostiene, por el contrario, que, teniendo por objetivo la limitación numérica de la comisión *ad hoc* favorecer la fluidez en las negociaciones y buscar la equiparación entre las partes en pequeñas empresas “no se alcanza a comprender qué suerte de derecho necesario (...) pueda argumentarse para justificar que de oficio se acuerde la nulidad de una negociación en la que todo el perjuicio que pudiera atribuirse a la desproporción numérica entre los interlocutores [de un lado el empresario, con algún asesor, y de otro los 17 trabajadores de la plantilla] sería invocable por parte de quien precisamente reclama en vía judicial que se declare la corrección del proceso”. Además, a juicio del Tribunal, es difícil rechazar la validez de las reuniones cuando la empresa acepta negociar con la totalidad de los trabajadores, pese a que la ley le facultaba para exigir una comisión limitada a tres miembros y le autorizaba para continuar el procedimiento sin interlocutores para el caso de aquella comisión no fuese elegida “habida cuenta de que es insostenible –en el campo de la representación voluntaria– negar validez a los que se negocia «in proprio nomine» y sólo atribuírsela a la hecha por otro «in alieno nomine»; tal posibilidad únicamente existe en el ámbito de la representación legal, que el Derecho del Trabajo concreta en los numerosos preceptos que se remiten a la representación legal –unitaria y sindical–, y en los que la correspondiente actuación no puede ser llevada a cabo por los propios trabajadores afectados, sino –muy comprensiblemente– por sus representantes institucionales, más cualificados para ello que los propios afectados en las específicas materias para las que la establece”.

Pese a todo lo anterior, el Tribunal Supremo culmina su razonamiento delimitando el alcance de su interpretación, pues precisa que con tales afirmaciones no se está dando carta de naturaleza “a la voluntad de las partes para libremente sustituir la legal comisión *ad hoc* por la negociación directa de los trabajadores, sino tan sólo que las concretas circunstancias de caso [no excesivo número de trabajadores afectados; voluntad unánime de los mismos para negociar personalmente los despidos; allanamiento de casi la mitad de los trabajadores...], nos llevan a excluir que tal defecto pueda comportar la consecuencia que le atribuye la decisión recurrida”.

Más recientemente, la STS de 10 de octubre de 2019 (Rº. 966/2017) ha hecho suyo este criterio hermenéutico autorizando, en una empresa de trece trabajadores sin representantes, la opción por negociar todos ellos la modificación sustancial de condiciones de trabajo propuesta por la empresa, en lugar de designar la comisión *ad hoc* del artículo 41.4 ET, alcanzándose finalmente un acuerdo con el voto a favor de 10 trabajadores y la oposición de los 3 restantes. La sentencia, tras confirmar la identidad de circunstancias en uno y otro asunto (escaso número de trabajadores,

voluntad unánime de negociar personalmente y aprobación mayoritaria del acuerdo), precisa, no obstante, que la posibilidad que se comenta solo es admisible cuando no concurra elemento alguno que pudiere hacer sospechar de una actuación torticera de la empresa, tendente a subvertir “el necesario carácter colectivo de la negociación”; ni aparezcan indicios de dolo, fraude, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo. Además, como ya se indicó, añade una consideración final (“para apuntalar la eficacia de esta clase de acuerdos”), en virtud de la cual no cabe hablar en estos casos de simples acuerdos plurales de naturaleza individual, a modo de pactos singulares con cada uno de los trabajadores, porque “los trabajadores que participan en la negociación no lo hacen a título puramente personal, en su solo y único nombre”. Para la sentencia, desde que los trabajadores adoptan la decisión de acudir todos ellos a la negociación, en sustitución de la comisión *ad hoc*, se constituyen “en representantes colectivos de toda la plantilla en las mismas condiciones de representatividad que hubiere ostentado aquella comisión, con todas las prerrogativas legales de la misma y actuando en representación de la totalidad de la plantilla”.

Se observa, por tanto, una falta de coincidencia respecto a la interpretación efectuada en la STS de 23 de marzo de 2015. Como acertadamente hizo notar la doctrina en su momento, en aquella ocasión, al acudir el Tribunal a los principios generales en materia de representación –justificando que el conjunto de la plantilla puede hacer directamente lo que puede hacer por medio de sus representantes–, de la sentencia se deducía que únicamente era posible admitir la negociación directa en los casos en que la plantilla en su conjunto era titular de los intereses sobre los que versen las consultas. Ello sucede, además de en los despidos colectivos, en los traslados, determinadas modificaciones sustanciales, reducciones de jornada y suspensiones, pues “afectan a la dimensión constitutiva del contrato y, por tanto, el ejercicio de la autonomía individual puede afectarlas”. Sin embargo, puesto que las inaplicaciones convencionales y las modificaciones sustanciales de condiciones pactadas en acuerdos o pactos colectivos tienen su origen en la autonomía colectiva, sería inadmisibles que se tolerara ir más allá de la –ya problemática– habilitación efectuada por el legislador a determinadas comisiones asamblearias¹⁷.

Estas consecuencias de las afirmaciones contenidas en la STS de 23 de marzo de 2015 parece que pueden entenderse superadas tras la sentencia de 10 de octubre de 2019 que, al atribuir a todos los trabajadores de la empresa la misma condición de representantes colectivos que ostentan los miembros de la comisión asamblearia, descarta que nos encontremos ante supuestos de negociación individual en masa. No serían admisibles, por ello, interpretaciones como las de las SSTSJ de Andalucía (Sevilla) de 6 de junio de 2019 (Rº. 273/2019 y Rº. 274/2019), en las que se reconoce legitimación activa a una trabajadora para impugnar individualmente una modificación sustancial colectiva por entender que la falta de otorgamiento de la representación a una comisión *ad hoc* “optando tácitamente en este caso por representarse cada uno a sí mismo” debe llevar a la consecuencia procesal de otorgar legitimación a cada uno de ellos para impugnar el acuerdo.

Aunque gracias a este giro interpretativo ya no se da entrada a la negociación en período de consultas careciendo de la condición de representante, la admisión excepcional de la negociación directa en estos casos continúa siendo cuestionable, puesto que resulta evidente que sigue poniendo en entredicho el carácter de derecho necesario de las reglas sobre composición de la comisión nego-

¹⁷ GOERLICH PESET, J. M., 2015, “Comentario a la STS de 23 de marzo de 2015”. En: <http://www.tirantonline.com>, Disponible en: <https://www.tirantonline.com/tol/busquedaJurisprudencia/search?general=jos%C3%A9+mar%C3%ADa+goerlich+peset&searchtype=substring&busquedaDesde=general> [consulta: 1 de junio de 2021]. El autor advierte, además, que la doctrina del Tribunal no resulta aplicable a los supuestos actualmente incluidos en la letra b) del artículo 41.4 –uno o varios centros de trabajo afectados por el procedimiento que no cuentan con representantes legales de los trabajadores optan por no designar la comisión– ya que el precepto indica que procederá asignar su representación a los representantes legales de los trabajadores de los centros de trabajo afectados que cuenten con ellos, en proporción al número de trabajadores que representen, y no cabe desconocer las reglas legales de delimitación del alcance de la representación de estos.

ciadora que el propio Tribunal ha admitido en otras ocasiones, según se ha indicado, y de la que se parte como regla general (“no significa que la Sala dé carta de naturaleza a la voluntad de las partes para libremente sustituir la legal comisión *ad hoc* por la negociación directa de los trabajadores”). Si se reconoce que los miembros de la comisión *ad hoc* se constituyen en representantes para negociar en el período de consultas y que tienen sus mismas prerrogativas –como ocurre, necesariamente, según se dijo, en los acuerdos de descuelgue– y ya nos movemos en el terreno de la teoría de la representación voluntaria, como ocurría en la sentencia de 23 de marzo de 2015, no es posible que se les pueda “desapoderar” –como no puede desapoderarse a los representantes unitarios y sindicales– de las facultades que legalmente les corresponden en los procesos de reorganización productiva y en las inaplicaciones convencionales.

El carácter excepcional del régimen de habilitación para negociar concedido a las comisiones *ad hoc* en empresas sin representantes entiendo que impondría, por lo demás, por aplicación del artículo 4.2 del Código Civil, una interpretación de la norma en sus propios términos. Ello es especialmente claro en los procesos de inaplicación convencional, dado el carácter excepcional del régimen del artículo 82.3, que expresamente ha recordado el Tribunal Supremo, por ejemplo, para justificar la irretroactividad del descuelgue (STS de 7 de julio de 2015, R^o 193/2014). En estos casos, en los que ya es problemática la aceptación de la legitimación de la comisión asamblearia como representación habilitada para modificar el convenio en los términos reconocidos por el legislador, no resultan, desde luego, admisibles, interpretaciones extensivas que vienen a permitir la disposición del poder de negociación que las reglas relativas a la legitimación para negociar atribuyen en exclusiva a determinados sujetos.

4. El necesario replanteamiento de la composición de las comisiones *ad hoc*

4.1. Nuevas fórmulas legales para empresas sin representantes

Las consideraciones anteriores justifican sobradamente, por lo demás, la procedencia de un replanteamiento de la intervención de las comisiones *ad hoc* –y, en especial, de las comisiones asamblearias– en la negociación de los descuelgues convencionales que habría de tener, lógicamente, su reflejo en una modificación de la regulación estatutaria¹⁸. No cabe olvidar, en este sentido, que una de las reformas incluidas en el Plan de recuperación, Transformación y Resiliencia presentado por el Gobierno en abril de 2021 ha sido la relacionada con la modernización del “marco normativo del mercado laboral, con el fin de adaptarlo a la realidad del siglo XXI y apostar por un marco de flexibilidad y seguridad que garantice la eficiencia económica y la calidad del empleo, con especial atención a los más jóvenes”. En materia de negociación colectiva, el mencionado Plan se limita a mencionar, entre los elementos integrantes del nuevo modelo laboral, sin mayores concreciones, la modernización de los mecanismos de negociación colectiva, anunciando que tal reforma es, si bien no “lo más urgente” (que se relaciona con el Plan de choque contra el desempleo juvenil, la modernización de las políticas activas de empleo, la digitalización y modernización del SEPE y el establecimiento de un mecanismo transitorio de ERTes hasta finales de 2021), sí una de las reformas de mayor calado que debe ser objeto de negociación en el marco del diálogo social.

Resulta claro que, a la hora de concretar el alcance que el legislador debería otorgar a una

¹⁸ La importancia de este replanteamiento se ve confirmada por las cifras: según se indica en el informe CCOO, *Los acuerdos de inaplicación de convenios colectivos en cifras. Análisis de los datos registrados en REGCON. [octubre 2010 – febrero 2019]*, Confederación Sindical de CCOO, 2020, p. 120 las inaplicaciones firmadas por comisiones *ad hoc* han supuesto un 70,23% del total de las registradas en REGCON, aunque la afectación personal sólo alcanzó al 23,47% de las personas concernidas por el total de las inaplicaciones.

hipotética reforma de la intervención de las comisiones *ad hoc* en los periodos de consultas de empresas sin representantes, son varios los caminos que, a la vista de las últimas decisiones adoptadas en relación con las comisiones asamblearias, se podrían tomar.

Así, en primer lugar, sería posible seguir los pasos del artículo 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, declarando el carácter subsidiario de la comisión *ad hoc* “asamblearia” frente a la sindical. El mencionado Real Decreto-ley, con la intención declarada de agilizar la tramitación de los procedimientos de regulación de empleo, incluye, en efecto, entre las especialidades procedimentales en los supuestos que se decida por la empresa la suspensión de contrato o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción relacionadas con el COVID-19, una previsión relativa a las empresas sin representantes de los trabajadores (artículo 23.1 a) Real Decreto-ley 8/2020). En su virtud, en estos casos, la comisión representativa de las personas trabajadoras para la negociación del periodo de consultas –que siempre debe constituirse en el plazo improrrogable de cinco días– estará integrada por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación. Pues bien, únicamente de no constituirse esta comisión –que estará aquí conformada por una persona por cada uno de los sindicatos que cumplan dichos requisitos, tomándose las decisiones por las mayorías representativas correspondientes– la comisión podrá quedar integrada por tres trabajadores de la propia empresa, elegidos conforme a lo recogido en el artículo 41.4 del ET¹⁹.

En segundo lugar, cabría abogar, directamente, al modo del artículo 5 del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, por la supresión de la comisión asamblearia y el mantenimiento exclusivo de la opción representativa sindical. Parece oportuno recordar que, según el apartado tercero de dicho precepto, en las empresas carentes de representación legal de los trabajadores se creará una comisión negociadora constituida, de un lado, por la representación de la empresa y, de otro lado, por una representación de las personas trabajadoras, integrada por los sindicatos más representativos y por los sindicatos representativos del sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación. En estos casos, la comisión negociadora contará con un máximo de seis miembros por cada parte, conformándose la representación sindical en proporción a la representatividad en el sector y garantizando la participación de todos los sindicatos legitimados. Se prevé, no obstante, que esta comisión sindical –cuyos miembros tienen “los mismos derechos y obligaciones que las personas que intervinieran en la negociación de convenios y acuerdos colectivos” (artículo 5.8 RD 901/2020)– estará válidamente integrada por aquella organización u organizaciones que respondan a la convocatoria de la empresa en el plazo de diez días. Por lo demás, cuando existan centros de trabajo con representación legal y centros de trabajo sin ella, se establece que la parte social de la comisión negociadora estará integrada, por un lado, por los representantes legales de las personas trabajadoras de los centros que cuentan con dicha representación y, por otro lado, por la comisión sindical, integrándose la comisión negociadora por un máximo de trece miembros por cada una de las partes²⁰.

¹⁹ Debe señalarse que el artículo 3 del Real Decreto-ley 11/2021, de 27 de mayo, sobre medidas urgentes para la defensa del empleo, la reactivación económica y la protección de los trabajadores autónomos, dispone que a los expedientes de regulación temporal de empleo basados en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción vinculadas al COVID-19, iniciados tras su entrada en vigor y hasta el 30 de septiembre de 2021, les resultarán de aplicación las previsiones establecidas en el artículo 3 del Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre. Dicho precepto prevé, a su vez, la aplicación del artículo 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, con las especialidades recogidas en este precepto.

²⁰ La STS de 26 de enero de 2021 (Rº. 50/2020), relativa a un plan de igualdad aprobado con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, indicaba, con cita de jurisprudencia anterior, que la negociación de los planes de

4.2. La preferencia de la comisión sindical ad hoc

Tratándose de la inaplicación de las condiciones pactadas en convenio colectivo estatutario, en principio, sería preferible obviar, como hiciera inicialmente el Real Decreto-ley 10/2010, cualquier referencia a las comisiones asamblearias, manteniendo, al modo del RD 901/2020, la intervención de la comisión sindical para empresas sin representantes. La potencial “peligrosidad” de la fórmula asamblearia, a la que se acaba de hacer referencia, avala, en mi opinión, este punto de vista, fundamentalmente porque, además de riesgos relacionados con el *dumping* social, la intervención de este tipo de comisiones puede suponer un desgaste del propio derecho de negociación colectiva que, desde luego, casa a duras penas con la promoción de la negociación colectiva que deriva del mandato del artículo 37.1 de la CE y que se reclama desde instancias internacionales. Debe recordarse a este respecto que estamos ante un derecho reconocido en el artículo 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea e incluido en la “Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento” de 1998. No extraña, por ello, que desde la OIT se observe con preocupación la proliferación de políticas estatales que “han retirado su apoyo a la negociación colectiva”²¹. Aunque dichas políticas –en general favorables a la descentralización negocial, la disminución del protagonismo del convenio de sector y a la limitación de la ultraactividad de los convenios– no han demostrado su aptitud para revertir la crisis, sí pueden haber influido, precisamente por fortalecer las prerrogativas empresariales en la modificación de las condiciones de trabajo, en el incremento de la desigualdad social y en el debilitamiento de la capacidad reguladora de la negociación colectiva. Ante tal diagnóstico, se coincide en destacar la importancia que presenta la instauración de marcos normativos adecuados, que promocionen la negociación colectiva, evitando la erosión de su relevancia en el futuro²². En esta línea se situaría, a mi juicio, una reforma del artículo 82.3 del ET que se decantara por la propuesta efectuada.

El mantenimiento exclusivo de las comisiones sindicales podría defenderse, por su parte, por la innegable necesidad de atender a uno de los problemas “endémicos” de los procesos de negociación colectiva en nuestro país, como es el relativo a las empresas carentes de representación legal de los trabajadores. De hecho, el 60,3% de las inaplicaciones efectuadas entre los años 2010 y 2019 han correspondido a las empresas más pequeñas –de 1 a 10 trabajadores–, y los porcentajes van bajando a medida que subimos los tramos de plantillas, hasta situarse en el 1,9% para las que superan las 250 personas²³. Habilitar la intervención de la comisión sindical reforzaría, por eso, sin perjuicio del carácter “excesivo” de las causas establecidas sobre el que se volverá después, las posibilidades de negociación, permitiendo a las empresas en crisis la culminación negociada de procesos de descuelgue que, no hay que olvidar, pueden desempeñar un papel importante en el actual contexto de crisis generalizada derivado de la pandemia como vía alternativa a la destrucción de empleo.

Además, facultar en estos casos como interlocutor únicamente a la comisión sindical, al tiempo que resulta acorde con la función promocional de la negociación colectiva que corresponde al legislador, podría favorecer la articulación de la estructura negocial pues, en el caso del descuelgue de conve-

igualdad debe acometerse necesariamente por los sujetos legitimados para la negociación de los convenios de empresa. Consiguientemente, rechazaba la sustitución de los representantes unitarios o sindicales de los trabajadores por una comisión *ad hoc*. En el mismo sentido puede verse la más reciente STS de 25 de mayo de 2021 (R^o 186/2019).

²¹ OIT, *Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, 2017, p. 54.

²² AA. VV., *Trends in collective bargaining coverage: Stability, erosion or decline?*, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, 2017, p. 10; LEONARDI, S.; PEDERSINI, R., *Multi-employer bargaining under pressure. Decentralisation trends in five European countries*, Bruselas, ETUI, 2018, p. 32-35; CRUZ VILLALÓN, J. et. al., *La negociación colectiva en Europa. Una perspectiva transversal*, Madrid, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019, p. 21-22.

²³ CCOO, *Los acuerdos de inaplicación de convenios colectivos en cifras. Análisis de los datos registrados en REGCON (octubre 2010–febrero 2019)*, cit., p. 9.

nios supraempresariales, los propios sujetos negociadores legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación en la empresa estarían procediendo al descuelgue. Es una solución coherente, en fin, con las propuestas tendentes a establecer en la negociación de empresa, como principal fuente de flexibilidad interna, representaciones fuertes y estables, propuestas que también subrayan que la sindicalización de la interlocución en la empresa resulta adecuada para asegurar la coherencia entre los niveles superiores de negociación y el ámbito o nivel empresarial²⁴.

No hay que olvidar, con todo, que el mantenimiento exclusivo de la comisión sindical contaría con la oposición empresarial, dada la “desafección sindical” existente. Así parece confirmarlo el comunicado emitido por CEOE-CEPYME el 30 de julio pasado, en el que expresamente se achacaba el fracaso de la mesa de diálogo social de igualdad a la introducción por el Ministerio de Trabajo del procedimiento del artículo 5.3: “CEOE y CEPYME entendemos que la democracia en las empresas pasa por permitir que las personas trabajadoras negocien y decidan libremente lo que les afecta sin tutelajes”. El procedimiento negociador establecido para las empresas sin representantes en el artículo 5.3 del RD 901/2020 ha llevado, además, finalmente, al planteamiento por parte de la CEOE de un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo, por entender, pese al contenido del dictamen emitido por el Consejo de Estado²⁵, que la regulación reglamentaria incurre en *ultra vires* al suponer una extralimitación en la habilitación concedida por el artículo 46.6 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Pero, sobre todo, al margen de esta constatable “desafección sindical”, el mantenimiento exclusivo de la comisión sindical presenta el inconveniente principal de dejar sin resolver el problema —que, en la práctica, ya se está denunciando en la negociación de los planes de igualdad— de la posible incomparencia o falta de respuesta de las organizaciones sindicales convocadas, problema que, preferiblemente, debería solucionar la ley, so pena de hacer inviable la negociación en las empresas sin representantes de los trabajadores.

Podría pensarse, por ello, de no optarse por su desaparición, en habilitar, si bien únicamente de forma subsidiaria, a las comisiones asamblearias en los procesos de inaplicación de condiciones derivadas del convenio colectivo. Eso sí, si se optara por el mantenimiento subsidiario del recurso a la comisión asamblearia de no llegar a conformarse la comisión sindical, sería imprescindible reconocer a sus integrantes de forma expresa, por los motivos señalados, las mismas prerrogativas legales

²⁴ AA.VV., “Por un nuevo marco legislativo laboral. Conclusiones del grupo FIDE sobre una nueva ordenación legal consensuada del trabajo y de las relaciones laborales”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 11, 2016, 1069-1077.

²⁵ En su Dictamen de 17 de septiembre de 2020 el Consejo de Estado niega la existencia de extralimitación por tres motivos fundamentales: “En primer lugar, aunque el artículo 46.6 de la Ley Orgánica no incluye los requisitos procedimentales del plan dentro de las materias que deberán ser objeto de desarrollo reglamentario ni, en particular, lo relativo a la composición de la comisión negociadora y su modo de funcionamiento, el precepto proyectado encuentra una base legal suficiente en la habilitación reglamentaria general contenida en la disposición final tercera de la Ley Orgánica 3/2007 y en la disposición final primera del Real Decreto-ley 6/2019, en la medida en que se trata de una regulación necesaria para la aplicación y desarrollo de tales normas legales y, en particular, para articular el sistema de planes de igualdad.

Por otra parte, si bien es cierto que el artículo 45.1 de la Ley Orgánica 3/2007 señala que las medidas dirigidas a evitar la discriminación laboral entre hombres y mujeres se deberán “negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral”, y el artículo 45.2 dispone que “[e]n el caso de las empresas de cincuenta o más trabajadores, las medidas de igualdad a que se refiere el apartado anterior deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad, con el alcance y contenido establecidos en este capítulo, que deberá ser asimismo objeto de negociación en la forma que se determine en la legislación laboral”, estas remisiones a la “legislación laboral” no introducen una reserva de ley formal, sino que deben interpretarse en el sentido de recordar que la regulación de estas cuestiones relativas a la representación de los trabajadores a efectos de negociaciones laborales se incardinan en normas del Derecho laboral —como lo es el Proyecto sometido a dictamen—. Así, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el artículo 149.1.7.^a de la Constitución, la expresión “legislación laboral” “ha de ser entendida en sentido material, sea cual fuere el rango formal de las normas y comprendiendo por tanto, no sólo las leyes, sino también los reglamentos” (entre otras, STC 35/1982, de 14 de junio, FJ 2).

En fin, hay que tener en cuenta que la determinación de la composición de la comisión negociadora encargada de aprobar el plan de igualdad constituye una pieza indispensable para un adecuado funcionamiento del sistema, una de cuyas claves de arco es el carácter negociado de dichos planes”.

que disfrutaran el resto de representantes de los trabajadores. Todo ello sin olvidar que esta propuesta concreta debería incardinarse en una más amplia reforma de la regulación de los descuelgues convencionales en la que se repensasen otros aspectos del procedimiento diseñado –singularmente, el arbitraje obligatorio ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órgano autonómico equivalente– y en la que, a través de una nueva definición de sus causas justificativas, excesivamente ampliadas, se devolviese a una figura que permite excepcionar la eficacia del convenio el carácter extraordinario que nunca debió perder, configurando adecuadamente la necesidad de la inaplicación, en cuanto mecanismo alternativo a la destrucción de empleo, en empresas en crisis²⁶.

Volviendo, en fin, al tema de la composición de las comisiones *ad hoc*, cabría sopesar con calma esta misma perpetuación de la fórmula asamblearia, si bien con carácter subsidiario, dada la conveniente existencia de un régimen unitario del periodo de consultas en la reorganización productiva empresarial²⁷, en el caso de la intervención de las comisiones asamblearias en los procesos de reestructuración empresarial en los que, a falta de acuerdo, el empresario puede adoptar unilateralmente la decisión que corresponda. Una solución de este tipo otorgaría prioridad, de forma paralela a lo que sucede en el modelo estatutario de negociación del convenio colectivo de empresa, a la representación sindical y, al mismo tiempo, al mantener el mecanismo “asambleario”, garantizaría, en caso de no concurrir las organizaciones sindicales, el cumplimiento de la finalidad de la norma que, no hay que olvidar, se refiere en estos casos a la posibilidad de influir en el ejercicio del poder empresarial, restando conflictividad a las relaciones laborales.

5. Conclusiones

La posibilidad de que las comisiones *ad hoc* designadas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.4 del ET negocien en los procesos de reorganización productiva y descuelgue convencional ante la ausencia de representantes de los trabajadores suscita, como es sabido, numerosas dudas interpretativas. Entre ellas es posible destacar, no obstante, por un lado, la relacionada con la naturaleza jurídica del régimen legal relativo a su composición, fundamentalmente porque el Tribunal Supremo, pese a negar que su conformación sea libre para las partes, ha validado, de forma excepcional, la opción de los trabajadores de intervenir todos ellos como interlocutores, en lugar de designar una de las comisiones legales *ad hoc*. Los términos de este reconocimiento en la STS de 10 de octubre de 2019 parecen haber variado el punto de vista inicialmente asumido por el Tribunal en su sentencia de 23 de marzo de 2015, pues implican la superación de la aplicación de los principios generales en materia de representación cuando de la comisión asamblearia se trata. El problema es

²⁶ Igualmente, al margen de la reforma del régimen legal existente, cabría reclamar que el carácter excepcional del régimen del artículo 82.3 se tuviera siempre en cuenta en su interpretación judicial, evitando, por ejemplo, interpretaciones “ampliatorias” del listado material como la efectuada por la STS de 27 de mayo de 2013 (Rº. 90/2012). En dicho pronunciamiento, el Tribunal Supremo admite la validez de un acuerdo de descuelgue relativo al fraccionamiento del disfrute de las vacaciones por entender, en lo esencial, que, si bien las vacaciones no se mencionan expresamente en el precepto, está implícitas en los apartados relativos a la jornada, horario y distribución del tiempo de trabajo. Parece olvidarse que una interpretación sistemática obligaría a tener en cuenta que en el art. 84.2 letra c) del ET se diferencia “el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones” y, sobre todo, parece perderse de vista la interpretación estricta que el artículo 4.2 del Código Civil reclama para las normas excepcionales. La necesidad de interpretar en sus propios términos el régimen excepcional del descuelgue sí se trae a colación, sin embargo, como se ha mencionado *supra*, por el propio Tribunal, para confirmar la irretroactividad del descuelgue (STS de 7 de julio de 2015, Rº 193/2014). Del mismo modo, se acude al carácter excepcional de la regulación, por ejemplo, para declarar la imposibilidad de extender la preferencia aplicativa del artículo 84.2 del ET a los ámbitos inferiores a la empresa (SSTS de 22 de septiembre de 2016, Rº 248/2015 y 9 de mayo de 2017, Rº 115/2016). También se interpreta en sus propios términos el listado material del artículo 84.2, recordando, precisamente, que la duración de las vacaciones no puede confundirse con la planificación de su disfrute (STS de 1 de abril de 2016, Rº 147/2015).

²⁷ NORES TORRES, L. E., *El período de consultas en la reorganización productiva empresarial*, cit., p. 337 y ss.

que, al prescindir de la teoría de la representación voluntaria y declarar la condición de representantes de los miembros de la comisión asamblearia, se hace difícil admitir la legalidad de arrebatárselos, siquiera excepcionalmente, las facultades que se les otorgan en los procesos de reorganización productiva y descuelgue para hacerlas recaer directamente en los trabajadores.

Por otro lado, el anuncio de una reforma del ET tendente a modernizar la negociación colectiva exige recordar que, aunque sea posible defender su constitucionalidad, la fórmula asamblearia presenta, especialmente en los procesos de inaplicación de condiciones pactadas en convenio, un carácter marcadamente problemático. Como se ha indicado, desde el punto de vista empresarial, con ella se corre el riesgo de “dumping social” entre empresas de la competencia, pues pueden existir facilidades de una empresa para conseguir que los representantes elegidos sean “afines” a la misma que puede no tener otra de la competencia. Desde el punto de vista de los trabajadores, es difícil negar que las posibilidades de presión empresarial en la negociación con las comisiones asamblearias son elevadas, por lo que puede producirse un desgaste en el derecho a la negociación colectiva al incrementarse por esta vía el poder empresarial en la inaplicación del convenio colectivo.

Cabe proponer, por ello, si no se procede a su derogación, una reformulación de la composición de las comisiones *ad hoc*, que se estima también adecuada en los procesos de reorganización productiva, que otorgue preferencia a su carácter “sindicalizado” y permita, solo de manera subsidiaria, con objeto de permitir en todo caso la participación de los trabajadores en empresas sin representantes, su posible carácter “asambleario”. De optarse por esta fórmula sería imprescindible reconocer, no obstante, como parece haberse hecho en la tantas veces mencionada STS de 10 de octubre de 2019, que los integrantes de la eventual comisión asamblearia disfrutaran de las garantías propias de los representantes de los trabajadores.

Bibliografía citada

- ALFONSO MELLADO, C., “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”. En: VV.AA., *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- AA.VV., “Por un nuevo marco legislativo laboral. Conclusiones del grupo FIDE sobre una nueva ordenación legal consensuada del trabajo y de las relaciones laborales”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 11, 2016, pp. 1069-1077.
- AA. VV., *Trends in collective bargaining coverage: Stability, erosion or decline?*, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, 2017.
- CORREA CARRASCO, M., “La negociación colectiva como fuente del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia: una labor inacabada”, *Trabajo y Derecho*, nº 69, 2020.
- CRUZ VILLALÓN, J. et. al., *La negociación colectiva en Europa. Una perspectiva transversal*, Madrid, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019.
- DE CASTRO MARÍN, E., *El “descuelgue” de convenio colectivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- GÁRATE CASTRO, J., *Lecturas sobre el derecho a la negociación colectiva laboral*, 1ª ed., Madrid, Cinca, 2019.
- GARCÍA NINET, J. I., “La modificación de las condiciones de trabajo contractuales o de acuerdos colectivos sin eficacia general”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 34, 2013, pp. 235-306.
- GOERLICH PESET, J. M., *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Valencia, Tiran lo Blanch, 2013.
- GOERLICH PESET, J. M., 2015, “Comentario a la STS de 23 de marzo de 2015”. En: <http://www.tirantonline.com>, Disponible en: <https://www.tirantonline.com/tol/busquedaJurispru->

- dencia/search?general=jos%C3%A9+mar%C3%ADa+goerlich+peset&searchtype=substring &busquedaDesde=general [consulta: 1 de junio de 2021].
- LEONARDI, S.; PEDERSINI, R., *Multi-employer bargaining under pressure. Decentralisation trends in five European countries*, Bruselas, ETUI, 2018.
- LÓPEZ TERRADA, E.; NORES TORRES, L. E., “La evolución del tratamiento del descuelgue salarial en la negociación colectiva (2007-2015)”, en: J. M. Goerlich (dir.) *et. al.*, *Evolución de los contenidos económicos de la negociación colectiva en España (2007/2015)*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2018.
- LÓPEZ TERRADA, E., “Articulación y reforma de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, nº 11, 2011, pp. 365-381.
- NORES TORRES, L. E., *El período de consultas en la reorganización productiva empresarial*, 1ª ed., Madrid, CES, 2000.
- OIT, *Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, 2017.
- SALA FRANCO, T., *Derecho Sindical*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
- SALA FRANCO, T.; LÓPEZ TERRADA, E., “La negociación colectiva”. En: T. Sala, *et al.*, *Propuestas para un debate sobre la reforma laboral*, Francis Lefebvre, 2018.

Una valoración crítica del contrato de trabajo intermitente o a llamada en Italia*

A critical approach of the intermittent or on-call employment contract in Italy

Amparo Esteve-Segarra

Profesora Titular de Universidad. Acreditada CU. Universitat de València.

Magistrada suplente TSJCV

ORCID ID: 0000-0003-3773-4668

Recibido: 13/9/2021

Aceptado: 6/10/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6485>

Resumen: El objetivo del artículo es analizar el trabajo a llamada en Italia. Es un tipo de contrato de trabajo donde el empleador no garantiza un mínimo de trabajo. Se exponen las razones de su introducción en el ordenamiento italiano, su evolución normativa e impacto práctico. Este análisis funciona como referencia o espejo para valorar los efectos de una regulación de fórmulas de trabajo a demanda en España, que viene siendo reclamada sobre todo por empresas basadas en plataformas digitales de prestación de los servicios.

Palabras clave: Trabajo a llamada, contratos de cero horas, relación laboral, tiempo de trabajo, flexibilidad, economía de los pequeños encargos.

Abstract: The aim of the article is to analyze the work on call in Italy. It is a type of employment contract where the employer does not guarantee a minimum of work. The reasons for its introduction into the Italian legal system, its normative evolution and the practical effects on the Italian labor market are exposed in the paper. This analysis works as a reference or mirror to assess the effects of a regulation of work-on-demand formulas in Spain, which has been claimed above all by companies based on digital platforms for the provision of services.

Keywords: On demand work, zero hours contracts, labor relation, working time, flexibility, gig economy.

*“Con la regulación del riesgo, surge ahora un sistema de subempleo desestandarizado, fragmentado y plural con formas de trabajo retribuido altamente flexibles, descentralizadas temporal y espacialmente y desregularizadas”***

U. Beck (2000), p. 102.

*El trabajo se ha realizado gracias a una estancia de investigación en la Fundación ADAPT en Roma, que ha estado financiada por una beca de la Generalidad Valenciana. A ambas instituciones quiero agradecer su inestimable ayuda y en el caso de la fundación italiana, en particular a los profesores Michele Tiraboschi y Giovanni Pignaliarmi.

** Beck (2000), p. 102.

I. ¿Por qué es interesante la regulación del trabajo intermitente en Italia y qué lo singulariza respecto a otros ordenamientos que permiten el trabajo a demanda?

Un erróneo punto de partida podría considerar carente de provecho el estudio de una institución de Derecho comparado no regulada en el Derecho Español, salvo a modo de curiosidad científica por una especie foránea. Sin embargo, el examen de los ordenamientos que regulan el trabajo a llamada es un elemento de indudable interés por varios motivos. En primer lugar, porque las empresas transnacionales practican cada vez más la selección de los países con regulaciones laborales flexibles, al modo de lo que acontece a la hora de seleccionar paraísos fiscales o países que ofrecen a las compañías una menor tributación.

Por otra parte, además del efecto de atracción empresarial y de la posible extraterritorialidad de las fórmulas de trabajo flexible en un mundo globalizado, el trabajo intermitente está llamado a tener gran protagonismo en el ámbito de la llamada economía digital, donde se producen cada vez más trabajos *on-call*. La digitalización de la actividad productiva ha comportado cambios en el desarrollo de la forma en la que las empresas ofrecen el trabajo. Este aparece intrínsecamente como “*inestable, discontinuo y fragmentario e impuesto como tal por las empresas de plataformas a los web-workers*”¹. Muchas empresas de la *gig economy* o economía de los pequeños encargos buscan fórmulas que se ajusten a su modelo de negocio, basado en las preferencias de consumo o demanda de sus bienes y servicios, que pueden ser muy oscilantes. El rechazo a la consideración como autónomos de los prestadores de servicios a través de empresas que utilizan las plataformas digitales para facilitar el acceso a bienes o servicios, que se ha producido en algunos países como España para el personal de reparto, ha incrementado el interés por las formas laborales de regular el trabajo intermitente. El molde contractual del trabajo a llamada se ajusta casi perfectamente a las necesidades de las plataformas virtuales o apps, que se basan en las posibilidades tecnológicas abiertas por la red para conectar digitalmente a oferentes de servicios con clientes, pues hay una demanda de un trabajo irregular y fluctuante en función de los requerimientos de los consumidores. Pero el trabajo a demanda también aparece en empresas de sectores más tradicionales, como el turístico, el de la distribución o el del transporte, donde se producen formas de trabajo cada vez más flexibles, breves y discontinuas.

Un tercer motivo por el que la regulación foránea del trabajo a llamada despierta interés deriva de que el trabajo flexible tiene unos parámetros muy estrechos en nuestro país². El mismo no es encuadrable exactamente en nuestras clasificaciones de contratos a tiempo parcial o fijos discontinuos, ni tampoco en los moldes de contratos temporales versus indefinidos – pues, por ejemplo, en el derecho italiano el trabajo a llamada puede ser de ser de ambos tipos y desarrollarse durante períodos concretos de tiempo.

Pero en el universo de los ordenamientos que regulan el trabajo a llamada ¿por qué estudiar específicamente la regulación italiana del contrato de trabajo intermitente?

En primer lugar, y con carácter general, la legislación laboral italiana ha sido tradicionalmente un referente por razones de proximidad geográfica, cultural y sociológica, así como porque muchos de los problemas del mercado de trabajo son comunes con otros países del área mediterránea, a saber: altos niveles de desempleo, en particular juvenil, fuerte impacto de la economía sumergida, rotación de trabajadores en un mismo puesto y temporalidad.

¹ Tullini (2016), p. 748. Esta idea es desarrollada también por otros autores. Entre ellos, D’Ovidio (2016), p. 793; Pessi e Zumbo (2021), p. 8.

² En nuestro país sólo se permite una distribución irregular de la jornada y una ampliación topada y reglamentada de las horas de trabajo en los contratos a tiempo parcial y a tiempo completo (arts. 12, 34, 35 y 37 ET). Aunque teóricamente podría pactarse un cumplimiento de la jornada flexible conforme al art. 45 ET, este tipo de pactos plantean dudas desde la perspectiva del respeto a los mínimos legales.

El segundo motivo que haría interesante el estudio de la regulación italiana del trabajo intermitente es que dicho contrato atípico se introdujo con carácter experimental, a modo de fórmula hiperflexible de contrato de trabajo y como alternativa al trabajo sumergido y al desempleo, en particular para colectivos con dificultades de acceso a otras fórmulas de trabajo más estables. Su introducción fue polémica con dos posiciones claramente diferenciadas. Por una parte, la de justificarlo como un instrumento para acabar con bolsas de trabajo en negro ofreciendo un tipo de contrato muy flexible. Por otra parte, para otros, este contrato no sólo no frenaría, sino que favorecería el empleo irregular e introduciría más precariedad. Merece la pena analizar el resultado del ensayo y, en su caso, escarmentar en cabeza ajena, a partir de lo acaecido con este contrato desde su introducción en el ordenamiento italiano hace casi veinte años.

Pero además de las motivaciones anteriores, el estudio de la regulación transalpina del trabajo a llamada se justifica por una razón adicional. Y es que es una ordenación original y completamente diferente de la de otros ordenamientos que regulan el trabajo a demanda. De entrada, este tipo de contratos en Italia no son una traslación exacta del molde originario anglosajón. En países anglosajones, los llamados coloquialmente *zero hours contracts* (en adelante, ZHC) son contratos en los que el empleador declina establecer una cantidad de trabajo mínima garantizada y el prestador de servicios no tiene la obligación de aceptar el trabajo ofrecido (*take or leave*). Pero estos contratos informales muy empleados en el mercado de trabajo anglosajón están sometidos a una calificación casuística, que puede derivar en dos, o teóricamente en tres moldes, ya que estos pueden configurarse como un tipo de trabajo autónomo, como una relación laboral de *worker*, e incluso como un contrato de trabajo de *employee*, aunque esta última posibilidad es más teórica que real porque ello requiere una base de trabajo más regular, que precisamente no se suele dar en los ZHC³. Prescindiendo de todos estos complejos problemas calificadorios propios de los sistemas laborales del *Common Law*, la regulación italiana del trabajo a llamada parte del carácter laboral de la relación, que no es puesto en cuestión. De hecho, como luego se expondrá, uno de los motivos por los que el legislador italiano apostó por regular un tipo de contrato de trabajo a demanda o intermitente, fue precisamente como una apuesta para luchar contra la economía sumergida y el falso trabajo autónomo, ofreciendo un tipo de contrato amparado por el paraguas de la subordinación, pero eso sí, hiperflexible en cuanto a la obligación de ofrecer trabajo. Este, si se me permite la expresión, “señuelo” liberaría a las empresas que ofrecieran trabajo a llamada de la obligación de hacerlo con una base permanente y estable, a cambio de reconocer la existencia de relaciones de trabajo subordinadas.

En este último sentido, la regulación italiana del trabajo intermitente es también original si la comparamos con otros sistemas foráneos pues no hay una obligación de pactar un mínimo de horas semanales. En cambio, en el trabajo a demanda en Alemania, conocido como *Arbeit auf Abruf* o *Kapovaz*, término éste último que podría traducirse como trabajo de guardia y que sería sinónimo del trabajo a llamada, sí ha de fijarse un mínimo que garantice una cierta previsión vital y laboral a

³ Las categorías de trabajo por cuenta ajena como *employee* o, de manera diferente como *worker*, o como trabajo por cuenta propia (*independent contractor*), en el mundo anglosajón no tienen una correspondencia exacta con el trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia de nuestro sistema. En los países anglosajones, los ZHC son un tipo de contrato informal, cuya calificación contractual se complica pues puede haber diversos estatutos de trabajadores bajo esta forma de contratación, que abarca a trabajadores por cuenta propia y a trabajadores por cuenta ajena, en las categorías clásicas, que el mundo virtual ha desdibujado en una amplísima zona gris. Esta versatilidad es una ventaja para las empresas que utilizan ZHC. Como un tipo de trabajo informal, que no tiene por qué establecerse por escrito en Reino Unido, no son un contrato reglado dentro de la modalidad de los indefinidos (*indefinite contract*) o de los temporales (*fixed-term contract*). Ni siquiera están claramente adscritos al trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia. Y como quiera que los trabajos pueden ser desarrollados a tiempo completo o a tiempo parcial, tampoco pueden ser estandarizados desde esta perspectiva, aunque los datos estadísticos indican una clara prevalencia del trabajo a tiempo parcial. Para un análisis de esos contratos, me remito a un trabajo anterior vid. Esteve (2018).

los trabajadores, de modo que, de no acordarse dicha base mínima, esta viene fijada en la ley⁴. En este sentido, se trataría de una subespecie de trabajo a tiempo parcial.

Asimismo, la legislación italiana del trabajo intermitente tiene otro elemento característico que la singulariza. Como luego se expondrá con mayor detalle, se ha apostado por fomentar este contrato entre colectivos con dificultades de entrada en el mercado de trabajo. En concreto, en el caso de jóvenes y trabajadores mayores se configura el contrato como un instrumento de fomento de empleo habilitando para estas personas trabajadoras que tienen una determinada edad una causa específica que permite su contratación a llamada, en los términos literales de la ley, “en cualquier caso”. Prescindiendo por ahora, del debate generado sobre si ello beneficia o castiga a estos colectivos o si constituye una discriminación por razón de la edad, la regulación italiana sería una apuesta diferente en el panorama del derecho comparado del trabajo a llamada. Así existirían países que no establecerían distinciones para colectivos de trabajadores, como el Reino Unido, donde los *ZHC* estarían permitidos para todo tipo de trabajadores. En cambio, en otros países que admitirían el trabajo a demanda, sí se instaurarían límites, y estos irían precisamente en un sentido contrario al del legislador italiano. Así en regulaciones como la belga, este tipo de contratos se reservaría legalmente para profesionales cualificados, como personal informático o trabajadores/as de consultoría empresarial. También en esta órbita estaría Holanda, donde el trabajo intermitente no obstante ser ampliamente utilizado, con un porcentaje según algunos estudios de más del 17% de su fuerza de trabajo⁵, se habría prohibido expresamente su utilización con trabajadores jóvenes u otros colectivos con dificultades en el mercado de trabajo⁶.

La anterior circunstancia comporta que el estudio de la regulación transalpina del trabajo a llamada resulte particularmente interesante, pues el foco del análisis no se sitúa en la calificación de la relación jurídica como en los sistemas anglosajones, si no en el régimen jurídico establecido para este trabajo a demanda y si puede ser una buena alternativa concebirlo para trabajadores con dificultades de empleabilidad a cambio de ofrecer un contrato hiperflexible.

II. El origen y la evolución normativa transalpina del trabajo a llamada

El trabajo intermitente fue introducido en el ordenamiento italiano por el Decreto legislativo n. 276/2003, conocido como Decreto *Biagi*⁷. Aunque ya antes existía algún precedente en la negociación colectiva como un en la empresa Elettrolux Zanussi. Dicho pacto fue acordado con la Federación Sindical del sindicato *Unione italiana Lavoratori Metalmeccanici* (FIM UILM). Es significativo que dicho acuerdo no fuera firmado por la federación sindical conocidas con las siglas FIOM, organización integrada en el principal sindicato de Italia, la *Confederazione Generale italiana del Lavoro*. Ello marcaría una tónica en relación con el trabajo a llamada, donde la principal central sindical en el país sería contraria a su existencia, por considerarlo un tipo de trabajo muy precario⁸.

⁴ Vid. art. 12 de la Ley de empleo temporal y a tiempo parcial alemana (*TzBfG*).

⁵ La prensa habría dado cuenta de la precariedad derivada de la disponibilidad absoluta que habría posibilitado el trabajo a demanda en los Países Bajos, siendo ampliamente utilizado por las agencias de colocación y las empresas de trabajo temporal con mano de obra inmigrante. Sobre este particular, a título de ejemplo, vid. <https://www.economista.es/economia/noticias/8382273/05/17/El-peligro-de-trabajar-Holanda-Como-las-empresas-holandesas-explotan-la-mano-de-obra-espanola.html>

⁶ La doctrina italiana habría insistido precisamente en la singularidad del diseño del trabajo intermitente en Italia. Entre otros, Boni (2005).

⁷ Vid. arts. 33-40. Normativa recuperable en versión original en <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2003/10/09/235/so/159/sg/pdf>.

⁸ Sobre este acuerdo, Vitaletti (2009).

La regulación de este contrato respondió a dos objetivos: facilitar instrumentos de flexibilidad a las empresas en un contexto de competitividad empresarial y acabar con el trabajo en negro. El primer objetivo explicitado era el de regular el trabajo discontinuo poniendo a disposición de las empresas un tipo de contrato que les permitiera hacer frente a las crecientes exigencias de flexibilidad en la gestión de la mano de obra, en el marco de políticas económicas y sociales dirigidas al incremento de la competitividad de las empresas⁹. En este sentido, un sector de la doctrina aludiría a que el desarrollo de la economía *on demand*, debido a las elecciones de los consumidores y del ciclo económico habría impuesto en todos los países la *exigencia* (cursiva mía) de reconocer, si bien con cautelas, la legitimidad del contrato de cero horas¹⁰.

El segundo fin en el que se justificaría la reforma era la necesidad de una regulación que permitiera una alternativa al trabajo irregular, que, como es bien sabido, ha tenido siempre cifras muy elevadas en el país transalpino. En particular, una parte de la doctrina italiana destacaría que este tipo de contrato parecía concebido para sectores como el turístico o de restauración, caracterizados por la notable oscilación de su demanda¹¹ y por un alto nivel de trabajadores en negro a los que se pretendería incluir dentro del paraguas de la subordinación¹². El objetivo era pues hacer aflorar bolsas de trabajo negro, que en muchos casos se justificaría en la intermitencia e irregularidad de la demanda que imposibilitaría relaciones de trabajo estándar. El legislador italiano del 2003 asumiría las tesis de que era mejor una regulación flexible del contrato de trabajo, que un trabajo sumergido o el desempleo. Posición ésta que no siempre compartirían gobiernos ulteriores y que explicaría que el trabajo a llamada haya sido objeto de continuas reformas¹³, que en algunos casos procedieron a la abrogación normativa de la regulación del trabajo intermitente¹⁴ y posteriormente a su reintroducción¹⁵. La vigente regulación del trabajo a llamada en Italia se contiene en el D. Lgs. 81/2015 (art. 13-18)¹⁶.

La ordenación de la institución ha sido siempre polémica. Desde el principio, un sector de la doctrina se interrogaría si sería admisible un contrato de trabajo sin garantía alguna de trabajo¹⁷. Y es que una sentencia de la propia corte constitucional italiana del pasado siglo había declarado la ilegalidad de las cláusulas de flexibilidad en los contratos de tiempo parcial, por considerar que realizaban una transformación de estos contratos en contratos a llamada¹⁸. La polémica también

⁹ Corbacio y Nacci (2004), p. 250.

¹⁰ Tiraboschi (2020), p. 119.

¹¹ Corbacio y Nacci (2004), p. 258.

¹² Al respecto, Biagi (2003), autor intelectual de la reforma, señaló que “*el trabajo intermitente debe ser introducido en nuestro ordenamiento con la finalidad de contrarrestar técnicas fraudulentas o, directamente contra legem frecuentemente originadas con el concurso de un intermediario*” (traducción propia).

¹³ El decreto inicial que introdujo el contrato de trabajo intermitente D. Lgs. n. 276/2003 ya fue parcialmente modificado al año siguiente por el D. Lgs. n. 251/2004.

¹⁴ De forma sintética, cabe señalar que se suprimió parcialmente este tipo de contrato con la L. 247/2007 que permitía su utilización en sectores muy específicos. La mencionada regulación derogó la anteriormente prevista en el 2003, permitiendo que el trabajo a llamada o intermitente sólo pudiera establecerse en el sector turístico y de los espectáculos y en función de los términos previstos en los convenios colectivos (vid. art. 45-50 L. 247/2007).

¹⁵ Se produjo su reintroducción general con la coyuntura de la crisis económica mundial de 2008 en el D. Lgs. 112/2008, convertido en L. 133/2008. Ello supuso volver a la normativa del 2003 que permitía la utilización de estos contratos en todos los sectores (art. 39 L. 133/2008).

¹⁶ Nuevamente hubo una modificación parcial del trabajo intermitente con la llamada ley Giovannini (D.L. n. 76/2013, reconvertida con modificaciones en la ley n. 99/2013). La síntesis de la evolución normativa de la institución extraída en RIVA, S. (2016). La última regulación recuperable en versión original en <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2015/06/24/15G00095/sg>.

¹⁷ Bavaro (2003), p. 220 y Vincieri (2005)

¹⁸ En la sentencia de la Corte const. 210/1992, de 11 de mayo, se habría señalado “*sarebbe certamente lesivo della libertà del lavoratore che da un contratto di lavoro subordinato potesse derivare un suo assoggettamento ad un potere di chiamata esercitabile, non entro coordinate temporali contrattualmente predeterminate od oggettivamente predeterminabili,*

alcanzaría a la proyección del trabajo a llamada para los jóvenes y trabajadores de mayor edad, considerando algunos que la posibilidad de su uso en cualquier caso con estos colectivos, les favorecería facilitando su acceso al mercado de trabajo, y en cambio, otros opinarían que les perjudicaría el uso de un contrato hiperflexible y precario.

En esta línea, algunos de los principales sindicatos en Italia habrían mostrado no ya su reticencia, si no su frontal oposición, negociando en los convenios colectivos nacionales de empresa o de sector cláusulas de veto al trabajo a llamada.

Sin embargo, esta estrategia ha quedado en parte abortada por una controvertida sentencia de la Corte de Casación en 2019, en la que el máximo órgano judicial en Italia ha declarado ilegales estas cláusulas de veto del trabajo intermitente en los convenios. Ello, como luego se comentará, habría generado un amplio debate sobre los límites de la autonomía colectiva para prohibir el trabajo precario cuando el legislador ha habilitado el uso de contratos muy flexibles para las empresas, pero delegando en parte en la negociación colectiva la tarea regular las causas habilitadoras y los períodos de tiempo para el uso del trabajo intermitente. La apuesta legislativa por fórmulas laborales ultraflexibles, pero introduciéndolas en un sistema basado en el respeto a la negociación colectiva, ha planteado pues un interesantísimo conflicto jurídico sobre los límites de la autonomía colectiva y las posibilidades de prohibir contratos considerados precarios por algunos sindicatos, como los de trabajo a llamada.

III. El concepto de trabajo a llamada y los presupuestos para que las empresas puedan utilizarlos

El contrato de “*lavoro intermittente*” o “*a chiamata*” está expresamente definido por el legislador en el art. 13, c.1, primo periodo, d. lgs. n. 81/2015¹⁹. En el mismo, el trabajador se pone a disposición del empleador, que puede utilizar la prestación de trabajo de manera discontinua o intermitente en función de las exigencias objetivas individuales fijadas en la negociación colectiva en períodos de la semana, del mes o del año. El trabajo puede ser indefinido o por tiempo determinado. A diferencia de los contratos a tiempo parcial, en el trabajo intermitente no se garantiza un mínimo de jornada. Como quiera que este tipo de trabajo implica una alta flexibilidad, la regulación italiana sólo permite su utilización a las empresas cuando cumplen estrictamente los presupuestos para su uso, que serían esencialmente los tres siguientes: previsión en el convenio colectivo sectorial nacional, habilitación por decreto ministerial en un sector específico y aplicación a determinados trabajadores por razón de la edad. Los dos primeros casos están relacionados con una causa productiva u organizativa, acordada por los agentes sociales o por el gobierno, mientras que el tercer presupuesto habilitante se ciñe a motivos de fomento del empleo de determinados colectivos, como jóvenes o mayores desempleados. Por consiguiente, estos presupuestos responden bien a causas objetivas o bien subjetivas, relacionadas con la edad de los trabajadores. Es importante retener que no son presupuestos acumulativos, por lo que basta con que se de uno de ellos. Además, de estas causas, existen límites a su utilización por razones temporales o de otro tipo.

ma ad libitum, con soppressione, quindi, di qualunque spazio di libera disponibilità del proprio tempo di vita, compreso quello non impegnato dall'attività lavorativa”.

¹⁹ Los términos de la definición legal son los siguientes: “*Il contratto, anche a tempo determinato, mediante il quale un lavoratore si pone a disposizione di un datore di lavoro che ne può utilizzare la prestazione in modo discontinuo o intermittente*”.

3.1. Las causas objetivas, en particular la habilitación del trabajo intermitente en la negociación colectiva

El primer presupuesto habilitante es que se prevea la posibilidad de trabajo intermitente o llamada por una causa productiva u organizativa en el convenio colectivo de aplicación, que debe ser de carácter nacional²⁰. Esta causa habilitante puede además ir más allá y fijar períodos temporales predeterminados para su uso durante la semana, el mes o el año (art. 13, c.1, primo periodo, d. lgs. n. 81/2015). Siguiendo a C. Bizarro (2004), p. 367, el reenvío a la negociación colectiva se produce en relación con las siguientes causas:

- a) Individualización de la hipótesis que legitiman el recurso al trabajo intermitente.
- b) Cuantía de la indemnización por disponibilidad.
- c) Determinación de los períodos predeterminados de tiempo en la semana, el mes o el año en los cuales el derecho a la indemnización por disponibilidad se puede generar con respuesta a la llamada.
- d) Especificaciones adicionales que deban constar en el contrato escrito.
- e) Determinación del resarcimiento del empleador en caso de rechazo injustificado a la llamada.

La intervención de la negociación colectiva es una característica diferencial en el análisis ius-comparatista de la regulación del trabajo intermitente. Así, frente a la casi ausente regulación legal de los contratos de cero horas en los países anglosajones, en la ordenación italiana se apuesta por llamar a la negociación colectiva a disciplinar este contrato. Sin embargo, esta llamada a la autonomía negocial que, por una parte, podría servir para encauzar el trabajo a llamada a supuestos específicos y limitar abusos mediante una flexibilidad laboral negociada, por otra parte, ha complicado su aplicación por razones estructurales y prácticas. En cuanto a las primeras, se plantearían no pocas dificultades para encauzar una fórmula de trabajo hiperflexible a través de una regulación compleja, que delega en la negociación colectiva una parte de sus presupuestos habilitantes. En cuanto a las segundas, la posibilidad de que determinados convenios colectivos pudieran individualizar una causa organizativa o productiva para el uso del contrato de trabajo intermitente ha sido problemática en la práctica, puesto que algunos convenios más que habilitar esta forma de trabajo, la prohibían por considerarla precaria. De hecho, estadísticamente han sido pocos los convenios colectivos nacionales en Italia que han establecido esta posibilidad, siendo los sindicatos muy reacios a su introducción por considerarlos el contrato de trabajo más flexible. De hecho, algunos convenios colectivos lo que hacían era prohibir su utilización en cualquier caso (como el convenio colectivo del sector de la logística, flotas de transporte y expedición). Detrás de este veto estaría la frontal oposición de una parte importante de los agentes sociales. En efecto, el principal sindicato más representativo en Italia, CGIL, de ascendencia comunista ha mostrado su “aversión”²¹ a pactar este tipo de causas habilitantes en los convenios colectivos. Por consiguiente, uno de los principales sindicatos en Italia se habría negado a habilitar la posibilidad de que se pudiera recurrir a este trabajo a llamada, prohibiendo su utilización en los convenios nacionales de empresa o de sector.

Pero este veto también habría planteado una interesante controversia jurídica. La razón de ser era que en el diseño legislativo la negociación colectiva estaba llamada a fijar las causas del trabajo intermitente y, además, tenía la posibilidad de delimitar marcos temporales de uso de estos contratos, pero el legislador permitía, por ejemplo, el trabajo intermitente para determinados colectivos

²⁰ Los convenios colectivos nacionales pueden ser de sector o de empresa (vid. art. 51 d. leg. n. 81/2015).

²¹ Me apropio de la expresión del profesor Del Punta (2015), p. 699.

de trabajadores (jóvenes o mayores de determinada edad) aunque no concurriera el presupuesto fijado en la negociación colectiva. Por consiguiente, la prohibición del trabajo a llamada suponía en la práctica anular o abortar la amplia habilitación legislativa de utilizar el trabajo intermitente con jóvenes o trabajadores mayores. De manera que, por esta vía, los convenios irían más allá de no habilitar el trabajo intermitente en un sector o una empresa, lo que, por cierto, podría ocurrir por la falta de previsión convencional sobre este tipo de trabajo, si no que impedirían su uso en los otros casos previstos por la ley (por decreto ministerial en determinados sectores y para personas trabajadoras de determinada edad)

Inicialmente la posibilidad de prohibir el trabajo intermitente venía avalada tanto por el propio Ministerio de Trabajo²², como por una circular de la propia Inspección de trabajo, que permitía sancionar a las empresas que utilizaban este contrato en contra de una previsión convencional, transformando su contrato en un contrato indefinido a jornada completa. Sin embargo, más recientemente, una sentencia de la Corte Suprema de Casación de 13 de noviembre de 2019, n. 29423, siguiendo la posición de algunos tribunales inferiores²³, ha considerado que la negociación colectiva no podía prohibir su utilización, sino sólo establecer la causa que justifica su uso²⁴. La mencionada interpretación habría generado críticas doctrinales por entender que no podía limitarse la orientación de un convenio sectorial por apostar por fórmulas de empleo más estable y de calidad. Sin embargo, tras esta interpretación, cabría deducir que no sería admisible un derecho de veto o prohibición por parte de los negociadores del convenio colectivo del recurso al contrato de trabajo independiente y así habría sido confirmado por la inspección nacional de trabajo italiana, variando su criterio anterior que sí habría validado las cláusulas de veto²⁵. En conclusión, la delegación legislativa en el convenio colectivo para admitir el trabajo intermitente sólo puede producirse en positivo, pero no se admite fijar prohibiciones.

La normativa también permite el recurso al trabajo intermitente de forma subsidiaria, es decir, cuando no se prevea por convenio colectivo, cuando se esté en uno de los casos establecidos por decreto ministerial del ministro/a de trabajo y política social (art. 13, c.1, secondo periodo D. Lgs. 81/2015). A estos efectos, permanece vigente el decreto de 23 de octubre de 2004²⁶. Dicho decreto ministerial hace propio un elenco de actividades contenido en una normativa muy anterior en el tiempo y que regulaba otras cuestiones²⁷. Dicho elenco es muy amplio, pues incluye una tipología de 46 actividades de carácter discontinuo, que son además muy diversas: camareros/as, personal de servicio y de cocina en albergues, empleados/as de hoteles, empleados de gasolineras, etc., pero también, por ejemplo, negocios en ciudades con menos de 50.000 habitantes²⁸. La falta de lógica

²² Vid. MLPS, Nota n. 18194 del 4 ottobre 2016 y Circular del Ministerio 20/2020.

²³ Tribunale Trieste sez. lav., 18/06/2019, n.110. Recuperable base de datos De Jure. En dicha sentencia se sostenía ya que el reenvío a la negociación colectiva por la normativa que regulaba el trabajo a llamada era en positivo, para configurar la causa de su utilización, pero que, en ningún caso, amparaba un derecho de veto absoluto a su uso.

²⁴ Para un comentario crítico, vid. Maresca (2020), pp. 163 y ss., Pinto (2020) y Pigliararmi (2020).

²⁵ En aplicación de este criterio, se habría aprobado una circular en la inspección nacional de trabajo que obligaría a los inspectores/as italianos a no tener en cuenta las cláusulas de los convenios que se limitaran a prohibir el uso de este tipo de trabajo (Circ. INL 8 febbraio 2021, n.1) Sobre esta circular, vid. el posicionamiento crítico de Pigliararmi (2021).

²⁶ La vigencia de este decreto ha estado confirmada por el Ministerio. A estos efectos, la doctrina cita una Interpelación al Ministerio. Vid. MLPS, Interpello 21 marzo 2016, n. 10. En este sentido, R. Maraga (2019).

²⁷ En concreto, el RD 2657/1923, de 6 de diciembre, fijaba una serie de actividades en las que no se aplicaban determinadas limitaciones de horario fijadas en el Real decreto de 15 de marzo de 1923.

²⁸ Por ejemplo, alguna sentencia ha admitido el legítimo recurso al contrato de trabajo intermitente cuando no se daba el requisito de edad en el trabajador contratado, ni tampoco existía previsión convencional, si la actividad era discontinua y entraba en uno de los supuestos de la normativa reglamentaria de 1923, como eran negocios en ciudades de menos de 50.000 habitantes. Vid. Tribunale Ravenna, 06/09/2017 (ud. 06/09/2017, dep. 06/09/2017), n. 279.

de la norma reglamentaria establecida para una cuestión que nada tiene que ver con el trabajo intermitente, sino para otros fines relacionados con la jornada, habría sido criticada con razón por la doctrina científica²⁹.

3.2. *La causa subjetiva: el fomento de empleo de jóvenes y trabajadores mayores*

El trabajo a llamada no sólo puede usarse cuando exista una habilitación negocial o ministerial. Y es que la regulación permite prescindir de la “exigencia” productiva u organizativa, o de la inclusión en el elenco de actividades reguladas en un decreto ministerial, si la persona empleada es menor de 24 años (pudiendo ser contratado con hasta 23 años y 364 días y desarrollar su actividad hasta que cumpla 25) o mayor de 55 años (art. 13, c. 2 d. lgs. n. 81/2015). Es decir, el requisito causal queda anulado si se produce un requisito subjetivo vinculado a la edad. Dicho de otra manera, el presupuesto de la edad no es un requerimiento adicional al de la causa previsto en el convenio colectivo o en decreto ministerial, sino un requisito alternativo³⁰. Además, en supuesto de trabajadores contratados en trabajo a llamada por razón de la edad se prescinde de la naturaleza de la prestación que puede ser intermitente o no. Dado el carácter potencialmente muy atractivo para las empresas, el trabajo intermitente se habilita expresamente como un instrumento de fomento de empleo para dos colectivos en función de un parámetro común su edad. Así, la legislación italiana permite la utilización de estos contratos laborales a llamada “en cualquier caso”³¹ para personas jóvenes de menos de 24 años (que pueden ser contratadas antes de cumplir los 24 y desarrollar su actividad hasta justo antes de cumplir los 25) o personas trabajadoras de más de 55 años. Lo que se buscaría es una pura finalidad de política de empleo: en particular, para los jóvenes se trataría de facilitarles una experiencia laboral, y en el caso de los mayores, reinsertarlos en el mercado laboral reglado.

En el caso de los jóvenes se produce un cese automático al cumplir la edad de 25 años. En relación con el requisito de la edad máxima y la posibilidad de despido en el trabajo intermitente vinculada al cumplimiento de los 25 por un trabajador joven, fue planteada una cuestión prejudicial ante el tribunal de justicia comunitario. Se suscitaban interrogantes sobre la legitimidad de los límites de edad y si los mismos resultaban contrarios al principio de no discriminación contenido en la Directiva 2000/78/CE y en el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La STJUE 19 julio 2017, C-143/2016 respondió negativamente a la cuestión prejudicial. La doctrina se basaría en la idea de que no todo tratamiento diferente por razón de la edad sería discriminatorio, si existiera una razón objetiva y razonablemente justificada en el ámbito de derecho nacional. El tribunal consideró concurrente dicha razón atendiendo a los argumentos del gobierno italiano. En este sentido, el gobierno italiano habría señalado en sus observaciones que la regulación del trabajo intermitente se insertaba en un contexto normativo dirigido a poner en valor la flexibilidad del mercado de trabajo, como instrumento para incrementar la tasa de ocupación. Específicamente, para los trabajadores de edad inferior a los 25 años, el gobierno italiano argumentaría que la facultad de los empresarios de concertar el contrato de trabajo “en cualquier caso” y de resolverlo cuando el trabajador contratado cumpliera los 25 años tendría el objetivo de favorecer el acceso de

²⁹ Marazza (2012).

³⁰ En este sentido, se han pronunciado los tribunales con apoyo en una lectura literal de la regulación del contrato de trabajo intermitente (arts. 13 y 15), que señalan en cuanto a la estipulación del contrato, que ha de mencionar por escrito la hipótesis subjetiva u objetiva en que se basa (Tribunale Roma sez. III, 28/10/2020, n.6856. Recuperable en base de datos De Jure).

³¹ Señala literalmente el art. 13.2: “*Il contratto di lavoro intermittente può in ogni caso essere concluso con soggetti con meno di 24 anni di età, purché le prestazioni lavorative siano svolte entro il venticinquesimo anno, e con più di 55 anni*”.

los jóvenes al mercado de trabajo. A estos efectos, el gobierno italiano subrayaría que la ausencia de experiencia profesional en un mercado de trabajo con altas tasas de desempleo, en particular juvenil, sería un factor que penalizaría a los jóvenes. Por consiguiente, se consideraría que este contrato no tendría como objetivo proveer a los jóvenes de una entrada al mercado de trabajo sobre una base estable, sino de reconocerles una primera posibilidad de acceso al mercado de trabajo, de darles una primera experiencia laboral para favorecer un ulterior acceso pleno al mercado de trabajo. Este elemento de flexibilidad estaba muy presente en el origen de la regulación, y de hecho sería valorado judicialmente como elemento interpretativo por los tribunales de instancias europeas y nacionales.

Pese a las críticas doctrinales a esta interpretación³², la posición del Tribunal de Justicia de la Unión habría cerrado el debate judicial. En esta misma línea, los tribunales italianos también han mantenido que no existiría tal discriminación por razón de la edad al imponer la norma la posibilidad de establecer este contrato a cualquier prestación de jóvenes de menos de 24 años, así como su cese automático al cumplir los 25 años, rechazando plantear cuestiones de constitucionalidad por este motivo sobre la base de que la tutela comunitaria del principio de no discriminación por razón de la edad no era inferior a la ofrecida por la constitución italiana³³.

Sin embargo, la cuestión de la edad no dejaría de ser controvertida. No en balde, sería un aspecto tocado en las reformas del trabajo intermitente. Con la llamada ley Fornero (L. 92/2012)³⁴, entre otras modificaciones menores, se reformó el campo de aplicación de este contrato, con el objetivo autodeclarado de “tratar de evitar que fuera una vía de explotación de los trabajadores”. Pero no se optó por eliminar la posibilidad de utilizar el trabajo intermitente para determinados trabajadores por razón de la edad, si no que en la práctica la reforma se limitó a incrementar la edad en la que se podría contratar a trabajadores mayores a los 55 años³⁵.

3.3. La limitación temporal del trabajo a llamada en un número máximo de jornadas y supuestos prohibidos

Con carácter general, el contrato de trabajo a llamada sólo está admitido con el mismo empleador, por un periodo no superior a 400 jornadas de trabajo efectivo que deben computarse en un período máximo de tres años desde la primera comunicación telemática. Si se supera el máximo, el trabajo se transforma por tiempo indefinido y a jornada completa e indeterminado (art. 13, c, 3). Este requisito temporal máximo no se aplica si la empresa que recurre al trabajo intermitente pertenece al sector turístico, publicitario o de espectáculos públicos.

La razón de ser del requisito temporal es obvia, si las prestaciones con trabajo a llamada superan un porcentaje, el trabajo ya no es intermitente. El contrato de trabajo a llamada está pensado para trabajos intermitentes, de manera que se utilizaría en fraude de ley para gestionar necesidades de personal continuas y estables. Así ha sido declarado por la jurisprudencia que ha determinado

³² Un sector de la doctrina habría criticado el pronunciamiento comunitario llevando los razonamientos de la sentencia hasta el final, por considerar que, si existía una razón legítima que amparaba el contrato intermitente y este era un instrumento válido de acceso al mercado de trabajo, debía darse la oportunidad a todos los trabajadores de poder concertar dicho contrato. En esta posición, V. Bavaro (2020).

³³ Cassazione civile sez. lav., 21/02/2018, (ud. 09/11/2017, dep. 21/02/2018), n.4223. Recuperable base de datos De Jure.

³⁴ Un comentario de estos cambios en Marazza (2012).

³⁵ Uno de los cambios introducidos incidió en la edad de celebración de este contrato que inicialmente en Decreto Biagi además de para los jóvenes, estaba concebida también para trabajadores de más de 45 años expulsados del mercado de trabajo o inscritos en las listas de movilidad o colocación, pasando a fijarse la edad en los 55 años.

que el contrato es ilícito y por tanto debía ser considerado indefinido y a tiempo completo cuando se desarrollaban prestaciones continuas, y además el trabajador contratado superaba el límite de edad fijado como presupuesto del contrato- en el caso 25 años³⁶. La falta de cumplimiento de alguno de los presupuestos que habilita el contrato de trabajo intermitente determina su consideración como contrato indefinido y a jornada completa³⁷. En cambio, no sería incompatible con la naturaleza del contrato, la prestación del trabajo en períodos predeterminados, siempre que fueran discontinuos³⁸.

Además del límite temporal, la legislación prohíbe el uso del trabajo intermitente en determinados casos. Existen prohibiciones similares a las del trabajo con empresas de trabajo temporal: sustitución de trabajadores en huelga, utilización en unidades productivas con despidos o suspensiones colectivas en los últimos 6 meses respecto a puestos de trabajo a los que luego se refiere el trabajo intermitente, y empresas que no hayan efectuado la correspondiente evaluación de riesgos en el puesto de trabajo de forma periódica³⁹.

3.4. La exigencia de contrato por escrito y su contenido mínimo

El contrato se debe estipular por escrito y deben constar, entre otras, las siguientes condiciones:

- a) Duración e hipótesis (objetiva y/o subjetiva) que hacen legítimo este contrato.
- b) Lugar y modalidad de la disponibilidad, eventualmente garantizada del trabajador, y pre-aviso de la llamada al trabajador, que no puede en ningún caso ser inferior a un día laborable.
- c) Tratamiento económico y normativo por la prestación, y la eventual *indemnità di disponibilità*, si está prevista.
- d) Forma y modalidad con la cual el empleador puede requerir la prestación de trabajo
- e) Tiempo y modalidad del pago de la prestación y de la *indemnità di disponibilità*.
- f) Medidas de seguridad pactadas en el contrato.

Interesa pues destacar que el requisito de forma escrita es una obligación prevista en el art. 15, pero únicamente *ad probationem*, a los solos efectos de acreditar elementos cardinales del trabajo a llamada. La falta de carácter constitutivo del contrato escrito lo dota de mayor flexibilidad. En todo caso, la previsión de algunas cláusulas concretas supone una cierta intervención normativa y singulariza a la regulación italiana frente a la pura regulación anglosajona de los contratos de cero horas, que permite los contratos informales.

Además, en la legislación italiana se prevé la obligación empresarial de comunicar administrativamente estos contratos, con sanción económica en caso de incumplimiento. Teóricamente esta obligación debe producirse antes del inicio del trabajo. Sin embargo, la doctrina ha señalado que

³⁶ Caso de un barman que trabajaba toda la semana, con la excepción del descanso semanal. Sentencia Cassazione civile sez. lav., 11/12/2020, (ud. 29/09/2020, dep. 11/12/2020), n. 28345. Recuperable en base de datos DeJure.

³⁷ Cassazione civile sez. lav., 11/12/2020, (ud. 29/09/2020, dep. 11/12/2020), n.28345. Recuperable base de datos de Jure.

³⁸ Tribunale Roma sez. III, 28/10/2020, n.6856. Recuperable en base de datos De Jure.

³⁹ La falta de la correspondiente evaluación de riesgos puede determinar la conversión del contrato intermitente en un contrato por tiempo indeterminado (Tribunale Forlì sez. lav., 31/01/2018 y Tribunale Milano sez. lav., 19/06/2017, n.1806. Recuperables en base de datos De Jure). Y en relación con el carácter a tiempo parcial o a tiempo completo del contrato, algunos tribunales se han mostrado a favor de reconocer la parcialidad de la relación de acuerdo con un principio de atender a la jornada efectivamente realizada por el trabajador (Tribunale Perugia sez. lav., 03/10/2019, (ud. 03/10/2019, dep. 03/10/2019), n.231. Recuperable en base de datos De Jure).

el trabajo intermitente está siendo usado para cubrir trabajo en negro, con lo que la obligación de comunicación se incumple en la mayoría de los casos⁴⁰.

El empresario está obligado a informar con periodicidad anual a la representación de los trabajadores sobre este tipo de contrato⁴¹. Como en el trabajo a tiempo parcial, el trabajador con contrato intermitente no debe recibir un tratamiento económico o normativo menos favorable que un trabajador comparable, salvo derechos variables que admiten un tratamiento proporcional, como retribuciones, permisos, etc. Un sector de la doctrina habría interpretado esta norma como un intento del legislador de que estos trabajadores pudieran acceder a un régimen de regularidad significativo, equiparándolos con los empleados de forma continua en régimen laboral⁴².

3.5. *La inexistencia de obligaciones (para la empresa) en los tiempos muertos y el salario flexible*

A diferencia del contrato de trabajo *standard* en el que existe una fecha de inicio de la prestación, en el contrato de trabajo intermitente, el trabajador conserva sólo el derecho a ser llamado por la empresa en el futuro, permaneciendo en tanto no se produzca esa llamada en una situación de *stand-by*⁴³ o, si se prefiere, como si fuera un trabajador autónomo⁴⁴, sin derecho a ningún tratamiento económico o normativo (art. 13, c. 4). En esta situación en la que la llamada a la persona trabajadora no está garantizada, la regulación italiana ha previsto que no hay obligación contractual de disponibilidad, salvo que se pacte (art. 13, c 4). Es decir, que la persona trabajadora no tiene obligación de responder afirmativamente al trabajo a llamada ofrecido por la empresa. El preaviso mínimo legal, es por cierto, muy corto, fijándose como mínimo, en un día laborable. Sólo si se pacta expresamente esta obligación de disponibilidad, existe tal deber, que ha de compensarse económicamente⁴⁵.

Las estadísticas demuestran que esta indemnización es anecdótica, pues menos de un uno por cien de los contratos intermitentes la habían previsto⁴⁶. En la práctica, la mayoría de los contratos no introducen esta obligación, por la sencilla razón, de que las empresas disponen de un amplio elenco de personas trabajadoras o un pool⁴⁷ y los trabajos que se desarrollan en el trabajo a llamada suelen ser poco cualificados⁴⁸, con lo que les resulta indiferente la persona que realice la prestación.

⁴⁰ Del Punta, 2015, p. 702.

⁴¹ Los convenios colectivos pueden introducir mejoras en los derechos de información

⁴² Corbacio y Nacci (2004), p. 260

⁴³ Que algún autor de manera crítica dice que puede llevarse al infinito. Del Punta (2015), p. 698.

⁴⁴ Boni (2005).

⁴⁵ El importe de la compensación mensual de disponibilidad vendrá determinado por los convenios colectivos nacionales, sectoriales o de empresa (art. 51 d.lgs. n. 81/2015), sin que pueda ser inferior al importe fijado por el ministerio de trabajo, previa audiencia de las organizaciones sindicales más representativas.

⁴⁶ Vid. Instituto Nazionale di Statistica. L'utilizzo del lavoro a chiamata da parte delle imprese. Anni 2006-2009, p. 3. Recuperable en: <https://www.istat.it/it/archivio/1849>.

⁴⁷ Del Punta, 2015, p. 700.

⁴⁸ Vid. evolución con datos hasta el primer trimestre 2020 en <https://www.istat.it/it/files//2020/06/NotaTrimestrale-Occupazione-I-2020.pdf>, p. 13. Para datos estadísticos anteriores hasta el 2010, vid el informe: Instituto Nazionale di Statistica. L'utilizzo del lavoro a chiamata da parte delle imprese. Anni 2006-2009. Recuperable en: <https://www.istat.it/it/archivio/1849>. En dichos informes se destacaría el crecimiento de estos contratos que habría alcanzado su punto máximo en el 2018, si bien desde entonces habría sufrido una caída por el estancamiento económico en el país y los cambios normativos que limitarían su utilización. Además, las cifras estadísticas demuestran que durante mucho tiempo la expansión de estos contratos ha ido acompañada por una clara prevalencia en la práctica de los contratos temporales si bien en los últimos años ha sufrido una caída en su uso por efecto del estancamiento económico en Italia y los efectos del llamado Decreto Dignità, una regulación denominada así por el objetivo de luchar contra la precariedad en la contratación temporal (legge 96/2018).

En los casos donde se haya pactado dicha disponibilidad, la compensación económica, que también se prevé en los contratos de puesta a disposición por tiempo indeterminado, no se computa en otros conceptos retributivos y debe cotizarse por la misma, si bien, no se le aplica la normativa sobre cotización mínima (art. 16, c. 3). Es interesante señalar que la norma prevé expresamente que en caso de enfermedad u otra contingencia que impida temporalmente atender la llamada, el trabajador debe informar tempestivamente a la empresa, y no generará durante este tiempo, el derecho a cobrar la mencionada compensación económica (art. 16, c. 4). Si la persona trabajadora no efectúa el preaviso a tiempo, perderá el derecho al cobro de la compensación durante 15 días, salvo previsión en contra en el contrato individual (art. 16, c. 5). Por otra parte, si habiéndose pactado la cláusula de disponibilidad, la persona trabajadora rechaza responder al trabajo ofrecido, ello puede constituir motivo de despido disciplinario y comportar la restitución de la compensación económica de disponibilidad referida al período sucesivo al rechazo y el resarcimiento de daños en la cuantía prevista en los convenios colectivos, y en su defecto, en los contratos individuales (art. 16, c. 5).

El trabajo a llamada en la regulación italiana se basa en dos elementos paralelos que lo hacen particularmente atractivo para las empresas: salarios flexibles y pago en función de la prestación de servicios efectiva. De hecho, como ocurre en el trabajo mediante *azienda* (en España serían los contratos de puesta a disposición), en el periodo en el que no se ofrece el trabajo, el trabajador intermitente no genera tratamiento económico o normativo, con la excepción de que se haya garantizado al empresario la propia disponibilidad a responder a las llamadas, en cuyo caso recibirá la llamada "*indennità di disponibilità*" que vendrá fijada en los convenios colectivos, y que no puede ser inferior al importe fijado por decreto por el ministro de trabajo. El rechazo injustificado a responder a la llamada puede constituir un motivo de despido y comportar la restitución de la cuota de disponibilidad referida al período de rechazo.

IV. Conclusiones

En estas páginas finales interesa analizar si la posibilidad de trabajo intermitente y una regulación que trata de articular su uso por los agentes sociales, ha supuesto un incremento de las tasas de empleo y una reducción de la economía sumergida, en particular, para ciertos colectivos de trabajadores por razón de su edad.

Dejando de lado posiciones ideológicas, conviene hacer una valoración de la regulación del trabajo a llamada partiendo de sus efectos prácticos. En primer lugar, cabe interrogarse sobre si se ha cumplido el deseo del legislador de hacer aflorar trabajo en negro mediante este contrato. Los datos estadísticos parecen desmentirlo, puesto que la utilización de estos contratos se ha concentrado en el norte del país, mientras que su uso habría sido mucho más bajo en el sur, centro y territorios insulares, donde precisamente se concentraría las mayores tasas de trabajo en negro⁴⁹. De manera que no parece haberse cumplido el objetivo de acabar o siquiera disminuir significativamente el trabajo irregular, ofreciendo un molde contractual con una relación de trabajo flexible, pero reglada.

⁴⁹ En el informe del Instituto Nazionale di Statistica. L'utilizzo del lavoro a chiamata da parte delle imprese. Anni 2006-2009. Recuperable en: <https://www.istat.it/it/archivio/1849>, se señala: "*La regione in cui si concentra il maggior numero di contratti a chiamata (Tavola 3) è il Veneto (intorno al 20 per cento), che contribuisce a fare del Nord-est la ripartizione in cui il ricorso al job-on-call è più elevato (circa 41 per cento). Il Nord-ovest è caratterizzato da un'alta concentrazione di lavoratori a chiamata in Lombardia (intorno al 17 per cento), mentre il Centro presenta una maggiore dispersione tra le diverse regioni. Generalmente basso è il ricorso al lavoro a chiamata nel Sud e ancor di più nelle Isole (rispettivamente 9 e 2 per cento circa)*", p. 4.

En cuanto a un segundo objetivo relacionado con el fomento del empleo de determinados colectivos la posibilidad de hacer este contrato a determinados colectivos se introdujo con carácter experimental⁵⁰ para “beneficiar” a determinados colectivos de personas trabajadoras castigadas por el desempleo, y que, al mismo tiempo, eran objeto de explotación mediante trabajo en negro, a los que generalmente se les ofrecían solo oportunidades en el mercado irregular. Sin embargo, el hecho de que el contrato de trabajo intermitente haya sido poco utilizado en la práctica, impide analizar si el contrato ha beneficiado o perjudicado a estos colectivos, cuyas cifras de empleo parecen ir más ligadas a los ciclos económicos, que a un determinado tipo de contrato laboral.

En todo caso, sí interesa destacar que cuando hay trabajo intermitente, este no es un medio que posibilite medios de subsistencia consistentes en el corto y medio plazo. Según los datos estadísticos, la retribución ha sido muy baja, lo que es consecuencia directa del número también bajo de horas de trabajo ofrecidas. Además, los trabajadores con este tipo de contratos han tenido las categorías más bajas, las de operarios y sus contratos han sido temporales. En cuanto a prestaciones futuras, las cotizaciones sociales de los trabajadores a llamada han sido exiguas, al tener intrínseca la inseguridad y la discontinuidad de las prestaciones. Ello podría afectar no sólo a las pensiones futuras, si no también con carácter general a los presupuestos de financiación del sistema.

En todo caso, dado que el contrato ha sido poco desarrollado en la práctica, e incluso, infrutilizado en la gran empresa⁵¹, la regulación parece no haber desgastado la preferencia por otro tipo de contratos de trabajo más normales. Cabría interrogarse sobre las razones de su escaso uso frente a otras experiencias comparadas de trabajo a llamada. El contrato a llamada tiene una regulación que se ciñe a un tipo de contratación laboral, a diferencia de los ZHC del Common Law, donde las relaciones también pueden ser autónomas. Además, la normativa italiana, tratando de limitar la precariedad en su uso, no sólo establece su carácter indudablemente laboral, si no que la ley reenvía a la negociación colectiva la delimitación de las causas para usar un contrato flexible⁵² y potencialmente muy precario. En efecto, como se ha expuesto, el primer presupuesto del contrato necesitaría la integración de la regulación legal con lo previsto en el convenio colectivo. Sin embargo, la negativa de la central sindical más importante en el país a permitir este tipo de contratos dificultaría su uso y abortaría las intenciones legales de permitir un trabajo a llamada. Frente a esta estrategia, el diseño legal de reenviar a un decreto ministerial como vía subsidiaria, solo si la negociación colectiva no ha previsto las causas para el uso del contrato, también plantea problemas pues la norma es de interpretación compleja, pues no se llegó a un acuerdo y se aplica un listado fijado para otros menesteres del año 1923.

A estos obstáculos ha coadyuvado la interesante evolución judicial. Frente a la alternativa sindical de no sólo no hacer uso de la delegación legislativa para regular las causas del contrato y las posibilidades de uso, sino de prohibirlo, ha existido una reacción judicial limitando las posibilidades de la negociación colectiva. Sin embargo, ello no se ha traducido automáticamente en un incremento del uso de este contrato, pues el mismo seguramente no puede producirse a golpe de sentencia y dicho tipo de trabajo genera aún mucha suspicacia entre los sindicatos y cautelas por las empresas.

Y es que, aún con mayores limitaciones y garantías para la persona trabajadora que en Reino Unido, el trabajo intermitente en la regulación italiana no deja de ser una vía extraordinariamente flexible para las empresas de dotarse de trabajadores. Este trabajo a llamada se ha apoyado obviamente en la hiperconexión que posibilitan los teléfonos inteligentes. El contrato de trabajo inter-

⁵⁰ Utilizo la expresión de Corbacio y Nacci (2004), p. 260. También utilizada por otros autores, como Boni (2005).

⁵¹ Este hecho, ha sido destacado por la doctrina italiana. Entre otros, Marazza (2012), quien incide en su mayor uso del trabajo intermitente en la pequeña empresa.

⁵² Como señala alguna autora de forma clarividente sobre la técnica legislativa empleada: “*In modo non dissimile a quanto stabilito per altre tipologie flessibili di lavoro, è stata delegata alla contrattazione collettiva l’individuazione dei casi di ricorso a questa figura*” (Vincieri, 2005).

mitente permite la atribución de trabajo y salario a demanda, que sólo comporta prestar servicios y abonar la retribución cuando la empresa requiere a la persona trabajadora, a no ser que la empresa quiera garantizarse la disponibilidad absoluta del trabajo, durante los tiempos muertos, en cuyo caso recibirá una indemnización por disponibilidad, que vendrá fijada por los convenios colectivos, y que no puede ser inferior al importe fijado periódicamente por el ministerio de trabajo. Por consiguiente, otra característica diferencial en el análisis iuscomparatista de la regulación italiana frente a la casi ausente regulación legal de los contratos de cero horas en los países anglosajones, es que existe cierta intervención de la negociación colectiva, junto con el carácter más formalizado de las cláusulas contractuales, frente a la informalidad de este tipo de relaciones en los países anglosajones. Hay pues una cierta intervención de la negociación colectiva que singulariza a la regulación italiana frente a la pura regulación anglosajona de los contratos de cero horas, que es mucho más individualista y permite los contratos informales. Sin embargo, en la práctica, la intervención vía la negociación colectiva ha servido para limitar el uso de contratos, considerados por algunas fuerzas sindicales, demasiado flexibles y precarios.

Bibliografía

- BAVARO, V. (2004). Sul lavoro intermittente. Note critiche, en AA.VV. (a cura di G. Ghezzi (2004), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Roma: Ediesse, Roma, pp. 217 ss.
- (2019). Diritto del lavoro e autorità del punto di vista materiale (per una critica della dottrina del bilanciamento). *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, fasc.2, 1-6-2019, pp. 175 y ss.
- BECK, U. (2000). *Un nuevo mundo feliz: la precariedad del trabajo en la era de la globalización*. Barcelona: Paidós.
- BIAGI, M. (2003). Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro, in AA.VV. (a cura di L. Montuschi, M. Tiraboschi, T. Treu), *Un giurista progettuale. Scritti scelti*, Milano: Giuffrè.
- BIZARRO, C. (2004). Le tipologie contrattuali schede riepilogative, in (AA.VV. a cura di M. Tiraboschi), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Milano: Giuffrè Editore, pp. 362-367.
- BONI, G. (2005). Contratto di lavoro intermittente e subordinazione. *Riv. it. dir. lav.*, fasc.1. Versión digital. Recuperable en Base de Datos De Jure.
- CORBASCHIO, S., NACCI, O. (2004). Riforma del mercato del lavoro e contrasto al lavoro nero in (AA.VV. a cura di M. Tiraboschi) (2004), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Milano: Giuffrè Editore, pp. 248-270.
- DEL PUNTA, R. (2015). *Diritto del Lavoro*, Milano: Giuffrè editore, 7ª ed.
- DI NUNCIO, P. (2004). Vincoli e opportunità per le imprese nell'accesso alle diverse tipologie contrattuali dopo la riforma Biagi: una rassegna critica in (AA.VV. a cura di M. Tiraboschi) (2004), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Milano: Giuffrè Editore, pp. 107-127.
- D'OVIDIO, F. (2016). Il lavoro che verrà. *Rivista Giuridica di Lavoro* (4), pp. 698 y ss.
- Esteve-Segarra, A. (2018). "Zero hours contracts" hacia la flexibilidad absoluta del trabajo en la era digital. *Revista de Derecho Social*, núm. 82, pp. 37 y ss.
- LAI, M. (2020). Innovazione tecnologica e riposo minimo giornaliero, *Diritto delle Relazioni Industriali*, fasc.3. Versión digital. Recuperable en Base de datos De Jure.
- MARAGA, R. (2019). Lavoro intermittente: illegittimo il divieto previsto dal CCNL. *Ilgiuslavorista.it*, 9-12-2019. Versión digital. Recuperable en la base de datos De Jure.
- MARAZZA, M. (2012). Il lavoro intermittente per periodi predeterminati dall'autonomia individuale. *Riv. it. dir. lav.*, fasc.4. Versión digital. Recuperable en la base de datos De Jure.

- PESSI, R. e ZUMBO, A. D. (2021). Diritto del lavoro, mercato globale, nuove tecnologie e organizzazione dell'impresa in AA.VV. (a cura di R. Pessi, G. Proia e A. Vallebona) (2021). *Approfondimenti di diritto del lavoro*, Torino: G. Giappichelli Editore, pp. 1-23.
- PIGLIALARMI, G. (2020). Lavoro intermittente e contratto collettivo: la Casazione aderisce alla teoria dell'inderogabilità bilaterale? (Nota a Cass. N. 29423/2019), *RGL* (2), pp. 343 y ss.
- (2021). L'ispettorato nazionale del lavoro chiarisce il ruolo della contrattazione collettiva nella regolazione del lavoro a chiamata. *Diritto delle Relazioni Industriali* (2), pp. 555-559
- RIVA, S. (2016). *Compendio di Diritto del Lavoro*, Edizione Giuridiche Simone, Napoli.
- SIMONE, V. (2018). Lavoro a chiamata e diritto antidiscriminatorio: L'Europa non è un paese per giovani. *GiustiziaCivile.com*. Recuperable en base de datos De Jure.
- TIRABOSCHI, M. (2020). *Teoria e pratica dei contratti di lavoro*, ADAPT, University Press, 5ª ed., pp. 122-130.
- TULLINI, P. (2016). Digitalizzazione dell'economia e frammentazione dell'occupazione. Il lavoro stabile, discontinuo, informale: tendenze in atto e proposto d'intervento, *Rivista. Giuridica di Lavoro*, (4), *GiustiziaCivile.com*, 4 MAGGIO 2018. Versión digital. Recuperable en base de datos De Jure.
- VINCIERI, M. (2005). Il lavoro intermittente o «a chiamata»: natura giuridica e tecniche regolative. *Dir. relaz. ind.*, fasc.1. Versión digital. Recuperable en base de datos De Jure.
- VITALETTI, M. (2009). La «messa a disposizione» del lavoratore: tre «significati» a confronto tra contratto di lavoro intermittente e contratto di lavoro somministrato a tempo indeterminato. *Riv. it. dir. lav.*, fasc. 4. Versión digital. Recuperable en base de datos De Jure.

Concordancias estructurales y otros aspectos relevantes de la regulación del teletrabajo en Argentina y España

Structural concordances and other relevant aspects of telework regulation in Argentina and Spain

Juan Facundo Temperoni

Relator Letrado

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

ORCID ID: 0000-0001-7502-8639

Recibido: 18/11/2020

Aceptado: 1/7/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6486>

Resumen: Ponderando sus principales antecedentes y el particular contexto sanitario en el que han sido concebidas, el presente análisis procura brindar una descripción del núcleo de coincidencias que se registran en las recientes regulaciones del teletrabajo concebidas en la Argentina y España. Con ese objetivo, mediante el cotejo pertinente, y sin soslayar algunos de sus rasgos distintivos, se enuncian las diferentes aristas que en común exhiben los dos regímenes destinados a normar la nueva forma de organización del trabajo, en lo cardinal, aquellos derechos y directrices fundamentales como son la igualdad en reflejo con las personas que trabajan presencialmente, la voluntariedad, reversibilidad y desconexión digital, entre otros.

Palabras clave: Teletrabajo, trabajo a distancia, regulación, Argentina, España.

Abstract: Considering their main antecedents and the particular healthcare context in which they have been conceived, this analysis attempts to provide a description of the nucleus of coincidences that are recorded in the recent telework regulations conceived in Argentina and Spain. With that objective, by means of the pertinent collation, and without ignoring some of its distinctive features, the different edges that the two regimes exhibit in common are enunciated, destined to regulate the new form of work organization, in the cardinal, those fundamental rights and guidelines such as equality in reflection with people who work in person, voluntariness, reversibility and digital disconnection, among others.

Keywords: Telework, remote work, regulation, Argentina, Spain.

* jfemperoni@gmail.com

1. Introducción. Antecedentes

Recientemente, tanto la Argentina por medio de la Ley 27.555 llamada “Régimen legal del contrato de Teletrabajo” (publicada en su Boletín Oficial el día 14/08/2020) y su reglamentación por el Decreto 27/2021 (publicado en su Boletín Oficial el día 20/01/2021) como España por conducto del Real Decreto-ley 28/2020 (publicado en su Boletín Oficial el día 23/09/2020) y su posterior recepción parlamentaria –sin cambios estructurales- por la Ley 10/2021 “de trabajo a distancia” (pub. B.O.E. de 9/07/2021), lograron regular el teletrabajo, figura que –es sabido- remite a una moderna forma de organizar remotamente las labores en relación de dependencia. En el caso español, anticipamos, se lo legisló a partir de la noción de trabajo a distancia y en su condición de “subespecie”¹ comprendida en este último.

Con anterioridad –siempre limitados al ámbito de las relaciones de trabajo privadas- no se verificaba en el país latinoamericano normativa alguna que con aspiraciones de integralidad se abocara a normar al teletrabajo², sí podía observarse una mínima reglamentación por parte de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo³ que en su resolución 1552/12 (B.O.A. de 14/11/2012) contempló una serie de obligaciones a cargo de la parte empleadora en materia de seguridad y prevención de riesgos. Por su lado, España contaba con algunas previsiones en el anterior art. 13 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, pero centradas genéricamente en el trabajo a distancia lucían insuficientes para brindar soluciones a las específicas problemáticas planteadas por el teletrabajo⁴. A la par, no es ocioso acotar que en ambos países se concretaron programas pilotos sobre teletrabajo promovidos gubernamentalmente y algunos acuerdos fruto de la negociación colectiva. Y respecto al país europeo, no cabe omitir la trascendencia del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo⁵.

En rigor, el inmediato antecedente quizás se conecte con las medidas implementadas por los gobiernos a causa de la pandemia provocada por la COVID-19: ellas generaron que una considerable cantidad de trabajadoras y trabajadores pasaran a ejecutar las labores en sus lugares de residencia o aislamiento y por medios informáticos⁶. Tal forma de emprender el trabajo, con acen-

¹ En esos términos se lo caracteriza en la parte inicial del capítulo I de la exposición de motivos del Real Decreto-Ley y de la Ley 10/2021 y es confirmado en el art. 2 de dichos productos normativos.

² Si bien desde el año 1941 se encuentra vigente la ley 12.713 “Sobre trabajo a domicilio” (B.O.A. de 15/11/1941), ella lógicamente no contempla la nueva modalidad marcada por la utilización de medios tecnológicos, antes bien, recepta desde antaño la labor de las trabajadoras y los trabajadores en sus viviendas o locales elegidos -o en los de los talleristas- en la elaboración de artículos o mercaderías entregados por la persona empleadora, tradicionalmente vinculada con la confección de indumentaria textil. Por cierto, tampoco el Convenio 177 de la O.I.T. “sobre el trabajo a domicilio” (aprobado por la Argentina por Ley 25.800, B.O.A. de 2/12/2003) y la Recomendación 184 se ocupan del teletrabajo en sus precisas facetas.

³ En su carácter de entidad autárquica en jurisdicción del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación que tiene como función esencial controlar el cumplimiento de las normas de higiene y seguridad en el trabajo (conf. arts. 35 y 36 de la Ley 24.557 “de Riesgos del Trabajo”, B.O.A. de 4/10/1995).

⁴ Al respecto, se destacaba la necesidad de normar las distintas complejidades que derivan de aquel carácter propio del teletrabajo afincado en la utilización de forma intensiva de las nuevas tecnologías informáticas y de la comunicación, ausente en el viejo art. 13 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; véase: QUINTANILLA NAVARRO, Raquel Yolanda, 2017. El teletrabajo: de la dispersión normativa presente a la necesaria regulación normativa europea y estatal futura. *Oficina de la OIT para España* [en línea]. Disponible en: https://www.ilo.org/madrid/fow/trabajo-y-sociedad/WCMS_548615/lang-es/index.htm [consulta: 11/11/2020].

⁵ Suscripto en el año 2002 –y revisado luego en el 2009- por la Confederación Europea de Sindicatos, la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa, la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa y el Centro Europeo de la Empresa Pública, tuvo como objetivo establecer un marco general a nivel europeo para las condiciones laborales de las personas que teletrabajan.

⁶ En el caso argentino, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social por resolución 279/2020 (B.O.A. de 1/04/2020) había señalado que las personas trabajadoras alcanzadas por el “aislamiento social preventivo y obligatorio” (medida estatal de tutela sanitaria que condujo a la población a resguardarse en sus hogares) quedaban dispensadas de concurrir al lugar de trabajo, pero que cuando sus tareas u otras análogas pudiesen ejecutarse desde el sitio de aislamiento debían establecer con el sujeto empleador las condiciones en que dicha labor sería realizada (art. 1). En el país europeo, es confirmado por el Real Decreto-ley 8/2020 (B.O.E. de 18/03/2020) que en su art. 5 otorgó carácter preferente al trabajo a distancia en el período de excepcionalidad sanitaria; además, da cuenta de ello el apartado III de la exposición de motivos del Real Decreto-ley 28/2020 y de la Ley 10/2021, allí se expresa “...El

tuado carácter coyuntural y empujada por las reglas heterónomas impartidas por los Estados en respuesta urgente a la crisis sanitaria, y por ello no identificable plenamente con el teletrabajo⁷, hubo de darle a éste -sin embargo- un inédito protagonismo, tanto es así que de alguna manera fue el gran motor de la actividad normativa que culminó con las regulaciones que concitan la atención del presente estudio.

2. Cotejo normativo

2.1. *Ámbito de aplicación*

De suyo, que ambas legislaciones son aplicables a las relaciones laborales entabladas entre particulares, excluyéndose los vínculos de empleo público. En cada caso, ese dato surge del art. 2 de la Ley 27.555⁸ y del art. 1 y disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 28/2020 y de la Ley 10/2021.

En este capítulo, la normativa del país europeo ciñe su aplicación a aquel trabajo a distancia que se desarrolle con carácter “regular”, esto es: cuando “se preste en un periodo de referencia de tres meses, un mínimo del treinta por ciento de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo” (art. 2 cit.). Complementariamente, tal vez haciéndose cargo de los numerosos supuestos que bajo ese rígido molde queden fuera del ámbito normativo, expresamente se ha facultado a la negociación colectiva a rebajar los referidos límites cuantitativos (disposición adicional primera, punto 2).

En lo que concierne al régimen argentino, con un contenido opinable a tenor de los confines que delimitan la misma competencia reglamentaria en la que pretendidamente se sustenta, el decreto que acompaña a la ley (art. 1 del Decreto 27/2021) indica que esta última no se aplicará en los casos en los que la labor se realice en establecimientos de clientes de la empresa a quienes preste servicios continua o regularmente, o ya, en una fórmula no exenta de imprecisión, en los casos en los cuales la prestación se efectúe “en forma esporádica y ocasional” –agrega- en el “domicilio de la persona que trabaja”, expresión final que entendemos exigua a poco de reparar en que el teletrabajo puede realizarse opcionalmente en otro lugar –fuera del establecimiento o centro laboral- distinto de aquel en el que se domicilia la persona que labora.

De todos modos, huelga decir que supeditado a que concurra la hipótesis de prestación de trabajo dirigido en favor de otra o de otro de conformidad con las disposiciones legales (la relación dependiente o subordinada), aquellas personas marginadas de los regímenes especiales por no cum-

teletrabajo se ha instalado en nuestro país como respuesta a las restricciones y medidas de contención de la pandemia aún vigentes, en un contexto legal caracterizado por la casi total ausencia de regulación específica. La generalización del teletrabajo en España, que trae su causa en las medidas adoptadas por las autoridades competentes para contener y frenar la expansión de la pandemia, se ha traducido en una suerte de desequilibrio de derechos y obligaciones entre empresas y personas trabajadoras, cuando menos. Se requiere de una norma que ayude a las partes empresarial y trabajadora a trasladar el carácter tuitivo del derecho del trabajo a la nueva realidad que se ha visto acelerada exponencialmente, como consecuencia de circunstancias exógenas e imprevisibles...”

⁷ En este sentido, se ha precisado que en comparación con el teletrabajo en circunstancias normales, el teletrabajo durante la pandemia presenta más dificultades porque es obligatorio en lugar de voluntario, y a tiempo completo en lugar de la posibilidad de ejecutarlo parcialmente. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2020. El teletrabajo durante la pandemia de COVID-19 y después de ella – Guía práctica. *Organización Internacional del Trabajo*. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_758007.pdf. [Consulta: 10/11/2020]

⁸ Indirectamente en la Argentina, puesto que la ley en examen por medio de su art. 2º dispone que sus normas habrán de incorporarse al cuerpo legislativo general, que es la Ley 20.744 comúnmente denominada Ley de Contrato de Trabajo (concretamente introduce el Capítulo VI nominado “Del Contrato de Teletrabajo” al Título III “De las modalidades del contrato de trabajo”), que –por regla- no es aplicable al personal de la administración pública (art. 2 inc. a, ley cit.).

⁹ Divisamos en la “ocasionalidad” un factor igualmente utilizado en el Convenio 177 de la O.I.T. para restringir el concepto de trabajador a domicilio (art. 1 inc. b).

plir con los requisitos referidos no obstante permanecerán bajo la tutela del ordenamiento jurídico laboral (en los distintos firmamentos normativos: la Ley de Contrato de Trabajo y el Estatuto de los Trabajadores)¹⁰.

2.2. Definición del teletrabajo

La ley laboral argentina (nuevo art. 102 bis que se incorpora a la Ley de Contrato de Trabajo) lo conceptualiza como un “contrato” y establece que se verificará siempre que la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios en los términos de los arts. 21 y 22 de la Ley de Contrato de Trabajo¹¹ “sea efectuada total o parcialmente en el domicilio de la persona que trabaja, o en lugares distintos al establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de tecnologías de la información y comunicación”.

La normativa española expresa que el teletrabajo es una de las tantas modalidades que se agrupan bajo el “trabajo a distancia”; precisamente, es a partir de este último que lo define y regula en sus distintas aristas. Enlazando armónicamente los conceptos de su articulado, podría decirse que el teletrabajo se presenta como una “forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral” en la que la tarea se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda o parte de la jornada, con carácter regular¹², y lo que resulta decisivo para marcar la tipología: llevándose a cabo con “el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación” (art. 2, Real Decreto-ley y Ley antes cits.).

Ya sea adjetivándose como modalidad contractual, o bien, una forma de organización del trabajo, a pesar de sus matices las concepciones de ambas legislaciones comparten elementos troncales: tienen por objeto normar una actividad laboral dependiente¹³ que se ejecuta en el domicilio de la persona que trabaja o en otro distinto del centro empresarial, durante toda o parte de la jornada (deslocalización respecto del centro de la empresa total o parcial) y mediante el empleo –gran rasgo distintivo del teletrabajo- de las llamadas “tecnologías de la información y comunicación”¹⁴.

¹⁰ Con la mirada puesta en el articulado hispano, incluso se ha sostenido que le es aplicable al trabajo a distancia “ocasional” –o “no regular”- el principio de voluntariedad o de igualdad de trato, las reglas de protección integral de los riesgos del trabajo, como aquellas directrices referidas al resguardo de la intimidad, protección de datos, desconexión, entre otros institutos previstos en la normativa en análisis. En: GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier. *La nueva regulación del trabajo a distancia*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pág. 26.

¹¹ En dichos preceptos legales se define –respectivamente- al contrato de trabajo y a la relación de trabajo. El art. 21 reza: “... Contrato de trabajo. Habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración. Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres...”. Mientras que el art. 22 dispone: “...Relación de trabajo. Habrá relación de trabajo cuando una persona realice actos, ejecute obras o preste servicio en favor de otra, bajo la dependencia de ésta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le dé origen...”.

¹² Regularidad que se ha visto, según se ha edificado la ley, gravita en la estructura de su ámbito de aplicación.

¹³ Al respecto, hace décadas se enseñaba que en el trabajo a domicilio la falta de vigilancia del empresario sobre la persona trabajadora antes que evidenciar la ausencia de dependencia indica una mera debilitación de su contenido, pues el hecho que la/el dependiente/a no esté físicamente en el centro de trabajo no significa que se halle fuera del círculo organizativo y disciplinario del empresario, y –en lo que aquí más interesa- que en el teletrabajo *on line* la conexión con el ordenador central intensifica la dependencia. En: MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*. Madrid, Ed. Tecnos, 2008, pág. 527.

¹⁴ Entre muchas definiciones, recogemos aquella que indica que se trata de un “...conjunto de tecnologías que permiten la adquisición, producción, almacenamiento, tratamiento, comunicación, registro y presentación de informaciones, en forma de voz, imágenes y datos contenidos en señales de naturaleza acústica, óptica o electromagnética...”. Con cita de CAMPUZANO TOMÉ, véase: BAYÓN PÉREZ, Jessica y ZERBI, Anna. 2020. El teletrabajo: avances y retos dentro de la sociedad actual. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. Ed. *Adapt*. [en línea] Disponible en: http://adapt.it/wp/wp-content/uploads/2020/09/revista_n3_2020_def.pdf [consulta: 13/11/2020].

Acaso, no sea ocioso mencionar que pueden hallarse nociones similares en el plano del derecho internacional del trabajo, entre otras, en el *Tesaurus* de la Organización Internacional del Trabajo donde se ilustra con simplicidad que el teletrabajo es el trabajo a distancia (incluido el trabajo desde casa) en el que se emplean “instalaciones de telecomunicaciones y / o computadoras”¹⁵.

2.3. Igualdad de derechos

En lo que representa una de las directrices fundamentales de los regímenes, se estatuye la igualdad de derechos entre las personas que desarrollan el trabajo a distancia –en la especie: las “teletrabajadoras”- y aquellas que prestan servicios en el centro de trabajo de la empresa, llamadas “presenciales”. En el supuesto argentino –como se adelantó- si bien no se contaba con un antecedente normativo específico, la previsión (presente en el art. 3 de la nueva ley) se amolda a la genérica regla de no discriminación y de igualdad de trato en la relación laboral que se desprende de los arts. 17 y 81 de la Ley de Contrato de Trabajo. En el país europeo la anterior redacción del art. 13 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015. B.O.A. de 24/10/2015.)¹⁶ contenía la fundamental regla en el ámbito del trabajo a distancia, receptada ahora en el art. 4 del reciente régimen y con un más completo y minucioso desarrollo que su par argentina¹⁷, mejorado, a su vez, con la ampliación de las específicas causas de discriminación que las empresas se encuentran obligadas a evitar, ya en el texto que trajo la Ley 10/2021 (art. 4.3).

Nada esclarece –y debió hacerlo- la ley 27.555¹⁸, pero esa igualdad de derechos y obligaciones debe predicarse en tanto sea posible según la fisonomía de la prestación, o como indica la norma española: “Las personas que desarrollan trabajo a distancia tendrán los mismos derechos que hubieran ostentado si prestasen servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial” (art. 4.1, primer párrafo del Real Decreto-ley 28/2020 y de la Ley 10/2021).

A nivel global, el principio se halla receptado con varias ramificaciones en el art. 4 del Convenio 177 de la Organización Internacional del Trabajo “sobre el trabajo a domicilio”, instrumento que, ya citado en otras oportunidades, toca referir que no ha generado hasta el momento un significativo número de adhesiones (Argentina –hemos apuntado- se encuentra entre los pocos países –once- que lo han ratificado, no así España).

2.4. Voluntariedad y reversibilidad

2.4.1. Voluntariedad

Enarbolando un principio en común, las legislaciones prescriben que esta forma de trabajo a distancia debe ser acordada voluntariamente por escrito, pudiendo ser convenida inicialmente, o bien con posterioridad durante el desarrollo de un contrato típico o de prestación presencial. El esencial recaudo implica –por regla- la imposibilidad jurídica para cada uno de los sujetos de imponer uni-

¹⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Tesaurus*. [en línea] Disponible en: <https://metadata.ilo.org/the-saurus/-1359993413.html> [consulta: 13/11/2020].

¹⁶ Ahora, expresamente modificado por la Disposición final tercera punto uno del Real Decreto-Ley 28/2020.

¹⁷ La norma del país americano únicamente declara la igualdad de derechos y obligaciones con quienes trabajan bajo la modalidad presencial y hace especial referencia –sin más- a la remuneración, que –dice- no podrá ser inferior a la que se perciba bajo la modalidad presencial.

¹⁸ En el mismo sentido: FUNES DE RIOJA, Ignacio. Régimen legal del teletrabajo. *La Ley*. Buenos Aires, del 14/04/2021, 2.

lateralmente la modalidad remota y anida en las legislaciones inspeccionadas en el art. 7 de la Ley 27.555¹⁹ y en el art. 5.1 del Real Decreto-ley 28/2020 y de la Ley 10/2021.

En sucinto paréntesis, es interesante mencionar que no contando por entonces con la novel legislación, el Tribunal Supremo español ya había enfatizado en el carácter voluntario para la operaria y el operario de la aceptación del teletrabajo, ello derivaba –sostuvo– de lo establecido en los arts. 1091, 1204 y 1256 del Código Civil (normas que versan sobre los efectos de las obligaciones enmarcadas lo contractual)²⁰.

Retomando, todavía abiertamente se señala en la norma ibérica que el trabajo a distancia no puede ser impuesto en aplicación del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores, disposición, ésta, que con diseño disímil al del régimen del contrato de trabajo argentino²¹ faculta a la dirección de la empresa a acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan razones de índole objetivas (económicas, técnicas, organizativas o de producción). Más aún, el vigor que en el específico esquema del Real Decreto-ley 28/2020 y de la Ley 10/2021 presenta la voluntariedad en el origen del acuerdo, pervive en su posterior etapa: en ambos casos expresa el art. 8.1 que la modificación de las condiciones establecidas en el acuerdo de trabajo a distancia (no solo las del contenido mínimo obligatorio apuntadas en el art. 7 del régimen) deberá ser objeto de convención escrita entre la empresa y la persona trabajadora; de este modo, como señala autorizada doctrina²², el precepto tiene la virtualidad de sustraer la hipótesis del régimen legal laboral general (en esencia: del ya citado art. 41) exigiendo ahora que cualquier tipo de alteración –sea o no sustancial– en la regulación de las condiciones del acuerdo requiera un pacto entre las partes.

No obstante lo que se viene diciendo, el precepto legal español establece que sus disposiciones referidas a la voluntariedad lo son “sin perjuicio del derecho al trabajo a distancia que pueda reconocer la legislación o la negociación colectiva” (art. 5.1. antes cit.). En este terreno es propicio recordar, ya que se revela como una suerte de excepción al principio –aquí, restringiendo el campo volitivo de la empresa–, lo dispuesto en el art. 34.8 del Estatuto de los Trabajadores que al consagrar en favor de quien trabaja el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral²³ y facultarla a petitioner “las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación” incluye la potestad de solicitar algo que se aleja de lo concerniente a la ordenación de la jornada para ingresar en la mutación de la propia estructura contractual²⁴: “la prestación de su trabajo a distancia”, otorgando además un procedimiento específico para encarrilar jurisdiccionalmente la pretensión (aquel del art. 139 de la Ley 36/2011, B.O.E. de 11/10/2011). Tan fuerte herramienta, paradigma de un claro propósito de privilegiar la tutela

¹⁹ Sin perjuicio que la modalidad del teletrabajo obviamente puede ser pactada al inicio de la relación (lo que es corroborado en la última parte del art. 8), la norma argentina alude únicamente a la voluntariedad que debe imperar en el “traslado” de quien trabaja en una posición presencial a la modalidad de teletrabajo. En otro orden, se exceptúa la concurrencia del requisito en “casos de fuerza mayor debidamente acreditada”.

²⁰ STS de 11 de abril de 2005 (R.º. 143/2004, Sala de lo Social).

²¹ El art. 66 de la Ley de Contrato de Trabajo lisa y llanamente expresa que la parte empresaria está autorizada a introducir cambios relativos a la forma y modalidades de la prestación del trabajo cuando no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad, ni alteren modalidades esenciales del contrato, ni causen perjuicio material ni moral a la persona que trabaja.

²² Así, PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL, Francisco, La modificación de las condiciones de trabajo en el contrato de trabajo a distancia, En: PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL, Francisco y THIBAUT ARANDA, Xavier (Dir.), *El trabajo a distancia. Con particular análisis del Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre*, Madrid, La Ley, 2021, págs. 179-196.

²³ Trascendente prerrogativa incorporada por el Real Decreto-ley 6/2019 (B.O.E. de 7/03/2019).

²⁴ Centrando la atención en esta prescripción, concordantemente se ha expresado que la nueva norma, al referirse a la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, ha ampliado el objeto del derecho de adaptación de la ordenación del tiempo de trabajo, configurándose un “redimensionamiento del ámbito material que cuestiona su ubicación sistemática, lógica en su genética como precepto referido a la adaptación del tiempo de trabajo, pero ahora superada”. Es la opinión de PASTOR MARTÍNEZ, Albert, 2019. Las medidas laborales del Real Decreto-Ley 6/2019, de 1º de marzo de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. En: *IUSLabor. Revista d'anàlisi de Dret del Treball* [en línea]. Disponible en: <https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2019.i01.03> [consulta: 4/07/2021].

de un preciado bien jurídico como es la familia, se encuentra ausente en el programa normativo del país americano que –como se verá en párrafos posteriores- se circunscribe a establecer ciertas prerrogativas en favor de la persona que labora únicamente en lo que respecta a la distribución del horario de trabajo.

2.4.2. Reversibilidad

La reversibilidad, que en el marco del desarrollo del teletrabajo se traduce en la facultad de exigir el retorno a una preexistente modalidad de trabajo presencial, si bien está presente en los dos regímenes (art. 8 de la Ley 27.555 y art. 5.3 del Real Decreto-Ley 28/2020 y de la Ley 10/2021), en el argentino solo emerge reconocida –es lo que indica la literalidad de su texto- en favor de la persona que trabaja y no de ambas partes como acontece en el supuesto español, tampoco se alude en el primero a la posibilidad de que los sujetos puedan acordar sobre el punto; tales aspectos han sido de los más objetados en la legislación del país latinoamericano²⁵. Pese a ello, el Decreto 27/2021 con mejor técnica y poniendo el foco en el complejo equilibrio que plantea la correlatividad de derechos y deberes del vínculo contractual, con indiscutible acierto ha añadido a la regulación argentina la exigencia de que la solicitud de reversión que presente la trabajadora o el trabajador deba guardar una motivación “razonable y sobrevenida”, asimismo, ha previsto un plazo prudencial para que la empresa pueda dar cumplimiento con lo peticionado (art. 8 Decreto cit.).

2.5. Jornada

2.5.1. Conciliación horaria o flexibilidad

Sin perjuicio de requerirse en los cuerpos normativos la necesidad de dejar constancia expresa –en documento escrito- de la jornada pactada (art. 4 de la Ley 27.555 y art. 7 inc. c del Real Decreto-ley y de la Ley en examen), en cada uno de ellos se introducen pautas de flexibilidad en el horario de trabajo.

Conforme lo observado, el art. 6 de la regulación argentina –en una regla, que objetable desde el principio de igualdad, no se ha previsto para las personas que trabajan de modo presencial- reconoce a quienes ejecutan sus labores por medio de esta especial modalidad el derecho a horarios compatibles o a interrumpir la jornada en relación con las tareas de cuidado de personas menores de trece años, con discapacidad o adultas mayores que convivan con ellos y que requieran asistencia específica. La normativa del país europeo –con más amplitud- expresa en su art. 13 que la persona que desarrolla el trabajo a distancia podrá flexibilizar el horario de prestación de servicios según lo establecido en el acuerdo de trabajo a distancia y la negociación colectiva, debiéndose respetar los tiempos de disponibilidad obligatoria y la normativa sobre tiempo de trabajo; además -como en

²⁵ En este sentido –y entre varios- pueden verse las opiniones de: CONFALONIERI (h.), Juan Ángel, Los teletrabajadores. Una categoría propia de los procesos de descentralización por descolocación del lugar de prestación de servicios, potenciada en la época de la COVID-19. Comentario a la ley 27.555. *La Ley*. Buenos Aires, Ed. Thomson Reuters, del 3/09/2020, 2; DE DIEGO, Julián, La ley transitoria de Teletrabajo 27.555 y sus proyecciones, reformas y reglamentación. *La Ley*. Buenos Aires, Ed. Thomson Reuters, del 3/09/2020, 11; y SANZ, Josefina, Una mala solución a un problema inventado. Reflexión sobre el proyecto de Ley de Teletrabajo aprobado en Diputados. *El Teletrabajo en el Ordenamiento Jurídico Argentino. Volumen I*, Buenos Aires. Ed. IJ Editores, 2020, obra colectiva en *Ebook*. [en línea]. Disponible en: <https://ar.ijeditores.com/index.php?option=publicaciones> [consulta: 11/11/2020]. Vale agregar que el diseño argentino que rodea a la reversibilidad en el texto originario de la ley tampoco encuentra recepción o congruencia con el adoptado en otros países a nivel regional, ello puede constatarse tanto en el Decreto Supremo 4218 de Bolivia (pub. 14/04/2020), como en la Ley 13.467 de Brasil (pub. 14/07/2017), en la Ley 21.220 de Chile (pub. 26/03/2020); o en la Ley 30.036 de Perú (pub. 05/06/2013).

parte se anticipó al hablar de la voluntariedad- en su art. 4.5 señala que, al igual que las trabajadoras y los trabajadores presenciales, quienes se desempeñan bajo esta modalidad gozan del “derecho de adaptación a la jornada” establecido en el –ya mencionado- art. 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, a fin de que no interfiera el trabajo con la vida personal y familiar.

2.5.2. Derecho a la desconexión digital

Inserto en el art. 5 de la ley argentina y en el art. 18 del Real Decreto-Ley 28/2020 y de la Ley 10/2021 (con remisión parcial al art. 88 de la Ley Orgánica 3/2018, pub. en el Boletín Oficial del día 6/12/2018), en concreto, alude al derecho de quien teletrabaja a desconectarse de los dispositivos tecnológicos de comunicación con la persona empleadora fuera de la jornada laboral. Siendo una expresión del instituto de la jornada de trabajo, por las características propias del teletrabajo –en sustancia: el riesgo a la superposición o mutua interferencia que plantea entre lo laboral y lo personal- asume aquí fundamental importancia. Agudamente se ha recalcado que “...La línea que separa el tiempo de trabajo efectivo del tiempo de ocio y descanso, resulta cada vez, más delgada, lo que a la postre, provoca prácticamente que el empleado nunca desconecte del trabajo. Y ello es así porque las conocidas como Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) empujan a una disponibilidad horaria y locativa constante de los trabajadores, incluso, fuera de su horario laboral...”²⁶.

Sin restarle su indiscutible valor, es claro que este derecho, lejos de recorrer un camino en solitario, se inserta en el plexo normativo que dota de singularidad al contrato de trabajo y en el que sobresalen los típicos deberes de conducta que le son tan característicos, signados por los mandatos de colaboración y solidaridad. Lo dicho se refleja en una valiosa previsión del sistema del teletrabajo en la Argentina, hablamos del art. 5 del Decreto 27/2021, que relativizando los alcances de la tajante regla de desconexión que consagra la ley reglamentada y mostrando que no nos hallamos frente a un derecho absoluto, admite la remisión de comunicaciones a la persona trabajadora fuera de la jornada laboral cuando la actividad de la empresa se realice en diferentes husos horarios, o bien, cuando resulte indispensable por alguna razón objetiva, aunque con la aclaración que aquella no estará obligada a responder sino hasta el inicio de la nueva jornada, salvo –por ejemplo- casos de accidentes o fuerza mayor, entre otras circunstancias excepcionales.

2.6. Tutela a la intimidad de la persona que trabaja en dependencia y protección de datos

Con proyección en dos derechos fuertemente emparentados, se resguarda a quien trabaja en su intimidad –en su esfera personal y familiar- y en la protección de sus datos (arts. 15 y 16 de la legislación argentina y art. 17 de la española²⁷), en una distinción conceptual más marcada en el caso español, a influjo indudablemente de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional quien ha ilustrado refiriendo que “...La función del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 C.E. es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad [...]. En cambio, el derecho fundamental a la protección de datos persigue

²⁶ TRUJILLO PONS, Francisco, 2020. El ejercicio del derecho a desconectar digitalmente del trabajo: su efectividad en las empresas. *Revista de relaciones Laborales. Lan Harremanak* [en línea]. Disponible en: <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.21954> [consulta: 04/07/2021].

²⁷ Ello, sin dejar de ponderar que la materia había sido objeto de reglamentación mediante la incorporación del art. 20 bis de la Ley del Estatuto de los Trabajadores por la disposición final decimotercera de la Ley Orgánica 3/2018 (B.O.E. de 6/12/2018).

garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado...”²⁸.

Bajo tales principios, se faculta a quien tiene la titularidad de la empresa a establecer sistemas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por la persona trabajadora de los deberes laborales, pero resguardando la intimidad de ésta y con la participación “sindical” (art. 15 ley argentina), o bien en el caso español guardando la consideración debida a su “dignidad” y con la intervención de la “representación legal” del personal en la elaboración de los criterios de empleo de los dispositivos (arts. 17.3 y 22 del régimen), y teniendo en cuenta además –conforme hubo de agregarlo la Ley 10/2021- las circunstancias personales de quien trabaja, “como la concurrencia de una discapacidad” (art. 22 cit.).

2.7. Elementos de trabajo. Compensación de gastos

Coinciden los cuerpos normativos en receptor el derecho de la trabajadora o el trabajador a que le sea proporcionado por la empresa el equipamiento y el soporte necesario para el desempeño de las tareas, debiendo asumir esta última los costos de instalación, mantenimiento y reparación, siendo que además, se prevé la compensación a la/el dependiente/a por eventuales gastos en los que pudiese incurrir (arts. 9 y 10 de la Ley 27.555 -y 9 del Decreto 27/2021- y arts. 7 incs. “a” y “b” y 11 y 12 del Real Decreto-Ley 28/2020 y Ley 10/2021). Particularmente, es interesante la disposición que incorpora la Ley 10/2021 al establecer el deber de la empresa de asegurarles a las personas trabajadoras con discapacidad –asunto se habrá advertido, que ocupa fundamental atención en la mentada legislación- que las herramientas de trabajo (equipos, etc.) resulten “universalmente accesibles” (art. 11 cit.).

Las previsiones lucen en un todo orgánicas con la labor por cuenta ajena y dirigida por otra persona que supone el trabajo subordinado, aquí, a distancia (conf. arts. 21 de la Ley de Contrato de Trabajo argentina y art. 1.1. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores de España).

Como contracara, se coloca en la persona trabajadora el deber de cumplir con las condiciones e instrucciones de uso y de conservar las herramientas de trabajo (art. 9 de la ley argentina y art. 21 de la regulación española).

Puntualmente, en referencia a los desembolsos que demande el desarrollo del teletrabajo –que en ningún caso posee naturaleza salarial-, la normativa del país europeo contempla la cuestión con mejor especificación al establecer que en el acuerdo de trabajo a distancia debe haber un contenido mínimo y que dentro de él deben enumerarse los gastos que pudiese tener la persona que efectúa las tareas como la forma de cuantificación de la compensación (art. 7 inc. b). El punto es significativo, pues se vincula con la indemnidad patrimonial de la persona que trabaja a distancia, y en concreto, remite a la prohibición de colocarla en una situación de desventaja en relación con aquella que se desempeña en el centro empresario. Dable es memorar que la Organización Internacional del Trabajo ya en el año 1996 y en el marco de un concepto más amplio como es el del “trabajo a domicilio” –según la definición inserta en el documento internacional-, había establecido en la Recomendación 184 la necesidad que las trabajadoras y los trabajadores a domicilio percibiesen una compensación por gastos relacionados con las labores, como los relativos al consumo de energía y de agua, las comunicaciones y el mantenimiento de máquinas y equipos (art. 16). Y ciertamente, el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, también hubo de afrontar el tema al señalar que si el teletrabajo se realiza regularmente “el empresario cubre los costos directamente originados por este trabajo, en particular los ligados a las comunicaciones” (ap. 7°).

²⁸ STC 292/2000 de 30 de noviembre de 2000.

2.8. Derecho a la formación o capacitación

Las normativas contemplan la exigencia a la persona empleadora de garantizar la formación o capacitación de las operarias y los operarios necesaria para el desarrollo de su actividad (art. 11 de la ley argentina y art. 9 de la normativa española), algo de indiscutible relevancia en el teletrabajo en razón del dinamismo y constante evolución a los que están sujetos los medios o tecnologías utilizadas en su ejecución.

2.9. Derechos colectivos

Reforzando la regla de igualdad de derechos descripta con anterioridad²⁹, las legislaciones disponen que las personas que trabajen bajo esta modalidad a distancia gozarán de todos los derechos colectivos, en igualdad de condiciones con aquellas que se desempeñan en el centro de trabajo (arts. 12 y 13 de la Ley 27.555 y art. 19 del Real Decreto-Ley 28/2020 y de la Ley 10/2021).

2.10. Riesgos laborales

Por el lado del legislador argentino se divisa una mera y ligera encomienda normativa en materia de higiene y seguridad a la autoridad de aplicación de la ley³⁰ (art. 14), a quien se le encarga adicionalmente la tarea determinar la inclusión de las enfermedades causadas por esta modalidad en el régimen legal de riesgos del trabajo³¹; junto a ello, en una previsión que indudablemente ha de traer sus dificultades, se expresa que los infortunios acaecidos “en el lugar, jornada y en ocasión del teletrabajo” se presumirán accidentes en los términos de la mencionada legislación de riesgos laborales.

El sistema español cuenta con un ropaje jurídico que ofrece un superior detalle (arts. 15 y 16 del Real Decreto-ley y de la Ley posterior). En él, luego de anunciarse –declamado como derecho de la persona- que le es aplicable al trabajo a distancia la protección que en la materia contiene la Ley 31/1995 “de prevención de Riesgos Laborales” (B.O.E. de 10/11/1995) y su normativa de desarrollo³², se pone énfasis en que la función de evaluar y prevenir los riesgos en esta modalidad debe considerar aquellos que le son característicos, especialmente, atendiendo a los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos y –conforme lo adiciona la Ley 10/2021- “de accesibilidad del entorno laboral efectivo”. Y es que en efecto, es un razonamiento mayormente compartido por la comunidad jurídica internacional aquel que recalca que aspectos ergonómicos, la intensidad de la labor, sumado al debilitamiento de los límites entre el trabajo y la vida privada, y el menor tiempo de desplazamiento y aislamiento son factores especialmente identificados en la prevención de la salud y el bienestar de quienes teletrabajan³³. Estos motivos, por otra parte, han justificado la imposición de un férreo límite porcentual en el trabajo a distancia realizado por menores (art. 3 y ap. IV noveno párrafo de la exposición de motivos del Real Decreto-Ley y de la Ley en examen).

²⁹ Ver ap. 2.3 del presente.

³⁰ Conforme el art. 18 de la ley, se trata del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, quien según el texto del art. 14 del Decreto 27/2021 habrá de desempeñar dicha función a través de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo.

³¹ Nos referimos a la ley 24.557 de Riesgos del Trabajo (citada inicialmente) que en su art. 6 inc. 2 remite a un listado de enfermedades consideradas profesionales y resarcibles dentro del marco del seguro allí previsto.

³² Entre otros instrumentos, ponderamos de valiosa utilidad las “disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización” receptadas en el Real Decreto 488/1997 (B.O.E. de 23/04/1997).

³³ En este sentido: OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2019. Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral. *Organización Internacional del Trabajo*. [en línea]. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_712531.pdf [Consulta: 17/11/2020].

Dentro de la normativa ibérica, dada su singularidad, merece ponerse de resalto el valioso intento de acoplar el debido resguardo de la esfera de privacidad de la persona que trabaja con la facultad y el deber de la empresa de informarse de los riesgos que pueden presentarse, ya que prevé que si la trabajadora o el trabajador se negase –no otorgase el necesario permiso- a recibir una visita de inspección, la actividad preventiva por parte de la empresa podrá efectuarse a partir de la información recabada de la persona trabajadora según las instrucciones del servicio de prevención (art. 16.2 *in fine*)³⁴.

2.11. Espacio de la negociación colectiva

Incuestionablemente, el aludido mecanismo constituye un engranaje clave en la ardua tarea de acomodar la novedosa figura a los diversos sectores del universo laboral, y más precisamente, a la particular realidad de cada empresa; si el diálogo social siempre es un signo saludable en las relaciones de trabajo, aquí se vislumbra con acentuada nitidez.

El razonamiento es recogido en la exposición de motivos que acompaña a la ordenación española cuando destaca la necesidad de acudir a la negociación colectiva como “instrumento imprescindible para completar la normativa aplicable en cada uno de los sectores específicos, estableciendo criterios propios” (apartado IV, segundo párrafo), a su vez, en su disposición adicional primera cuando se enuncian los contenidos a abordar por los convenios colectivos.

Y en sintonía, se observa fácilmente que en no pocos puntos las legislaciones dejan en manos de los sujetos de derecho colectivo la regulación de múltiples aspectos del teletrabajo, un explícito reconocimiento al peso de la negociación colectiva entre las fuentes del derecho del trabajo. Así, por ejemplo, en lo relacionado con el propio cambio de la modalidad, igualmente, en materia de compensación de gastos por el uso de elementos necesarios para el teletrabajo (respectivamente: arts. 8 y 10 de la Ley 27.555 y arts. 5.3 y 12.2 del Real Decreto-Ley 28/2020 y de la Ley 10/2021).

3. Dificultades que plantea la implementación de la modalidad

En los últimos tiempos la promoción del teletrabajo ha sido acompañada de innumerables argumentos orientados a magnificar sus méritos. Empero, sin negar sus bondades, nos encontramos ante una concepción en el modo de organizar el trabajo que de cara a su ejecución sugiere una amplia gama de puntos conflictivos. Vayan como preludeo a la clausura de la presente colaboración algunas reflexiones al respecto.

Por una parte observamos algo que es de toda obviedad: el teletrabajo está sujeto a ser implementado exclusivamente en las actividades que puedan desarrollarse con el empleo de las tecnologías de la información y la comunicación, básicamente, a través de *Internet*. Esto trae consigo la necesidad de contar con puestos de empleo que encajen en ese sistema y con un soporte tecnológico –fundamentalmente conectividad- altamente eficiente, condiciones que en varias zonas de las geografías que nos ocupan difícilmente puedan cumplirse³⁵. Asimismo, reclama una constante capa-

³⁴ Se ha dicho –en una reflexión que compartimos– que se trata de una regla sensata en la que de algún modo se manifiesta que el gran problema de la prevención en el teletrabajo no es tanto el entorno físico cuanto el psicosocial, y que es en este segundo en el que deben poner cada vez más el foco las evaluaciones de riesgos y la planificación de la actividad. En: GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier, 2021. Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre de Trabajo a distancia. *Ars Iuris Salmanticensis*. [en línea]. Disponible en: <https://revistas.usal.es/index.php/ais/article/view/26626/26025> [consulta 5/07/2021].

³⁵ Aludiendo a las medidas que muchas empresas tuvieron que tomar como consecuencia de las decisiones gubernamentales motivadas por la pandemia a partir del año 2020, mundialmente la O.I.T. ha estimado que cerca del 18 por ciento de los trabajadores tienen ocupaciones que son adecuadas para realizar desde casa (desde ya, refiriéndose a las que utilizan la tecnología de la información

citación, y en la actualidad, un especial reto para las trabajadoras y los trabajadores de más elevada edad. Todo esto va ajustando los contornos de los espacios de aplicación fáctica de la modalidad, que consecuentemente, en modo alguno enseña un semblante con visos de universalidad.

Quizás, el mayor cúmulo de obstáculos se vincule con el peculiar entorno en el que se desarrollan las labores, generalmente el domicilio de la persona que trabaja. En alguna medida oculto de los servicios de inspección laboral, el teletrabajo ha de representar renovados esfuerzos tendientes a combatir el trabajo informal o clandestino y a controlar y prevenir eficazmente los riesgos laborales, que ahora asumen remozados perfiles. Y desde luego, cuestiones como la difícil amalgama que acontece entre las labores y la vida familiar, la llamada fatiga informática (todo ello vinculado con la desconexión digital, claro) y la protección de la privacidad de la operaria y del operario, conforman y fortalecen el abanico de complejidades. A ello se suma la problemática que gira en torno a los costos o gastos que demanden las labores, y en particular, a su determinación bajo pautas más o menos estables. Por otro lado, aunque con el mismo prisma crítico, el flujo y calidad de la comunicación son elementos también susceptibles de quedar expuestos a un proceso de deterioro a raíz de la distancia física de los sujetos involucrados en la prestación y dirección del trabajo.

Sin pretensión de agotar las diversas apreciaciones que podrían caber en el punto, desde otro costado, muchas de estas cuestiones han tratado de ser subsanadas en las normativas cotejadas, aunque en ciertos casos retaceando significativamente ciertas potestades de la persona empleadora, y así, quitándole atractivo a la modalidad, al menos, para quien detenta la titularidad de la organización productora de bienes o prestadora de servicios.

4. Conclusiones

Como resultado de años de experiencia en la implementación del teletrabajo, aunque estimulados por el inesperado desafío que trajo la pandemia causada por la COVID-19, los regímenes trazados en ambas latitudes –obviamente, siempre perfectibles– han confluído en reforzar un concreto marco tutelar para las personas que trabajan inmersas en esta moderna forma de organizar la labor fuera de los lindes geográficos de la empresa. Con la suprema finalidad protectoria del derecho del trabajo, las legislaciones comparadas muestran un entramado normativo que responde a una misma estructura, la cual, erigida sobre el principio de igualdad con los trabajadores tradicionales o presenciales, aborda ahora los institutos laborales con un renovado enfoque moldeado al singular escenario que conlleva esta clase de trabajo y en el cual sobresalen aquellos sensibles asuntos que rodean a la privacidad de la persona que trabaja, a la conciliación con su vida familiar y –en fin– al resguardo de su integridad psíquica y física. Con ello, una delicada tensión con las facultades y atributos de la persona empleadora termina conformando el complejo contexto que desafía a la promoción y expansión de la figura.

Con todo, es incuestionable que las relaciones de empleo avanzan velozmente hacia nuevas formas de ejecución signadas por el uso de tecnologías y apartadas del tradicional perfil que durante décadas caracterizó a la relación de trabajo dependiente; de una porción de esta realidad se ocupan las regulaciones descriptas, de allí su decisiva trascendencia de cara al futuro de los vínculos laborales.

y las comunicaciones) y residen en países que cuentan con la infraestructura necesaria para ello. En: OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2020. Guía para empleadores sobre el trabajo desde casa en respuesta al brote de la COVID-19. *Organización Internacional del Trabajo*. [en línea]. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---act_emp/documents/publication/wcms_747014.pdf [consulta: 7/07/2021].

La ineficacia de la regulación legal de despido y su necesaria reconsideración a la luz de la normativa internacional

The inefficiency of the legal regulation of dismissal and its necessary reconsideration in the light of international regulations

Beatriz Rodríguez Sanz de Galdeano*

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pública de Navarra*

Recibido: 4/10/2021

Aceptado: 16/10/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6487>

Resumen: En el presente artículo se lleva a cabo una revisión del régimen legal de despido con el doble objetivo de garantizar su eficacia y su respeto a las normas internacionales ratificadas por España. La realidad práctica demuestra la proliferación, por diferentes motivos, del despido sin causa y el recurso mayoritario a la contratación temporal como cauce de flexibilidad. Por otro lado, el sistema legal de indemnización tasada halla difícil acomodo en la versión revisada de la Carta Social Europea, recientemente ratificada por nuestro país. Partiendo de estas premisas, se propone una reconsideración del procedimiento de despido con el objetivo de detectar las conductas empresariales arbitrarias y dar una mayor certidumbre en cuanto a la concurrencia de la causa y, en consecuencia, la procedencia del despido.

Palabras clave: Despido, indemnización por despido, dualidad del mercado de trabajo, reforma laboral.

Abstract: This paper examines Spanish dismissal regulation with the aim of guaranteeing its effectiveness and its respect for international regulation ratified by Spain. The reality shows the increase in, for different reasons, termination of contract without cause and the use of temporary contracts as a way of flexibility. On the other hand, Spanish regulation about compensation in case of termination of employment shall no respect the revised version of the European Social Charter, recently ratified by our country. On the basis of the above arguments, a reconsideration of the dismissal regulation is proposed in order to detect arbitrary actions and provide greater certainty.

Keywords: Dismissal, compensation for dismissal, dualism in the labor market, labor reform.

*beatriz.rodriguez@unavarra.es

1. Introducción: dualidad del mercado de trabajo y régimen legal de despido. Nuevos elementos para un debate

Cada cierto tiempo sacude el debate de actualidad de este país y también el debate de la doctrina laboralista y de los economistas, la temporalidad como característica estructural y patológica de nuestro mercado de trabajo. Al hilo de este debate, se vuelven a plantear proposiciones de reforma normativa con el objeto de reducir esa temporalidad y facilitar la reactivación del empleo. Una de las proposiciones más recurrentes en los últimos tiempos es la introducción del conocido como contrato único. Asimismo, suele ser habitual el planteamiento de la necesidad de reducción de la indemnización por despido. Estas posiciones parten de la premisa de que abaratar los costes de extinción serviría para animar la contratación laboral indefinida, ya que el empresario dispondría de un margen más cierto y económicamente más barato, para prescindir xqxade mano de obra en el caso de que lo necesitara y no recurriría a la contratación temporal como instrumento de flexibilidad y adaptación fundamental en caso de crisis.

Desde otro punto de vista, suele ser habitual advertir del difícil encaje en nuestro marco normativo constitucional y legal del modelo de contrato único. Asimismo, se suele apuntar la ineficacia de la reducción de la indemnización por despido para estimular la contratación y evitar la temporalidad y la necesidad de explorar otras vías¹.

En el marco de este debate han irrumpido en los últimos meses nuevos elementos que permiten un replanteamiento de alguna de las cuestiones. Así, por un lado, ha tenido lugar una crisis sanitaria sin precedentes que ha obligado a la puesta en marcha de medidas de contención del despido y de apoyo a los empresarios que optaban por la suspensión de contratos o la reducción de empleo temporal. Por otro lado, estas medidas han venido acompañadas de una prohibición de despido que ha reabierto el tradicional debate en torno a las consecuencias del despido ilegítimo. Junto a ello, ha tenido lugar la aprobación de la versión revisada Carta Social Europea por parte de nuestro país, lo cual, obliga a una interpretación de nuestra normativa interna acorde con sus prescripciones en materia de despido y, muy en particular, obliga a tener en cuenta los recientes pronunciamientos del Comité Europeo de Derechos Sociales (ECSR) sobre esta cuestión.

Partiendo de este estado doctrinal brevemente descrito, el objeto de este trabajo es realizar una reflexión sosegada sobre la regulación del despido. No se pretende volver a plantear la viabilidad del recurso al contrato único o la oportunidad de la reducción de la indemnización por despido, sino que se pretende llamar la atención sobre una característica de nuestro modelo normativo de despido, en el que la mayoría de la doctrina laboralista y también los economistas y prácticos del derecho coinciden: su ineficacia.

En efecto, en medio del debate en torno a la situación del mercado de trabajo español existe un cierto consenso sobre la ineficacia del actual modelo normativo de despido. Con palabras del profesor Desdentado Bonete: "... El régimen jurídico del despido en España es un ejemplo clamoroso de ineficacia de las normas o, lo que es más grave, de una ineficacia de las normas programada por el propio Derecho que parece sometido a un trastorno bipolar: máxima protección para unos trabajadores y protección mínima o nula para otros"². En la misma línea el profesor Goerlich Peset

¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., "Sobre el contrato único", *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2009, pp. 111 y ss. GORELLI HERNÁNDEZ, J., "La reducción de los costes de la extinción del contrato por despido disciplinario: ¿necesidad jurídica?", *Revista de Derecho Social*, núm. 50, 2010, pp. 41 y ss. LAHERA FORTEZA, J., "¿Es jurídicamente viable el contrato único?", *La Ley*, núm. 8177, 2013; CONDE RUIZ, J.I. y LAHERA FORTEZA, J., "Contra la dualidad laboral", *Economistas*, núm. 174, 2021, pp. 102 y ss. Ampliamente, con un enfoque jurídico-económico: GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., *El coste del despido y otras formas de terminación del contrato por iniciativa empresarial: un análisis jurídico y económico*, Lex Nova, 2014.

² DESDENTADO BONETE, A., "Introducción a un debate. Los despidos económicos en España", en AA.VV. (dir.: DESDENTADO BONETE, A, coord.: DE LA PUEBLA PINILLA, A.): *Despido y crisis económica. Los despidos económicos tras la reforma laboral. Un análisis desde el Derecho y la Economía*, Lex Nova, Valladolid, p. 31.

apuntaba: “creo que la razón fundamental de la existencia de la indicada ‘brecha’ se encuentra en el insatisfactorio funcionamiento del despido por razones económicas que ha caracterizado nuestro sistema jurídico”³.

Ciertamente, el modelo normativo de despido en nuestro país resulta un paradigma de ineficacia normativa, por los motivos que se verán a continuación, y que han provocado un recurso excesivo a la contratación temporal y la proliferación del despido sin causa y/o del reconocimiento anticipado de la improcedencia. Resulta, por ello, necesario un replanteamiento de algunas de sus premisas básicas con el objetivo de, por un lado, garantizar una certidumbre al empresario en cuanto a las causas que justifican la extinción temporal y, por otro, ofrecer al trabajador una vía de reparación suficiente.

2. Algunos efectos patológicos de la regulación del despido

2.1. La preferencia por la conciliación extrajudicial en materia de despido y la huida del empresario al despido sin causa y su reconocimiento

Las estadísticas en materia de mediación, arbitraje y conciliación laboral elaboradas por el Consejo General del Poder Judicial, ponen de manifiesto cómo más del 50 % de los asuntos relativos a despidos terminan con avenencia⁴.

Así, en el año 2019 de un total de 253.636 asuntos, 135.437 se conciliaron en vía extrajudicial, mientras que 63.162 terminaron sin avenencia y el resto terminaron por otros motivos, como el desistimiento.

En el año 2020, estos datos se mantienen en términos similares y, de un total de 178.961 asuntos en materia de despidos, 96.810 terminaron con avenencia, 38.225 sin avenencia y el resto por otros motivos.

En cuanto al coste del despido en el año 2019, la cantidad media que se acordó fue de 18.592,9 euros. En el año 2020, la cuantía media de las cantidades acordadas en conciliación ascendió a 22.705,9 euros.

Si se analizan los datos estadísticos de asuntos resueltos judicialmente en materia de despido⁵, esto es, los datos de asuntos que no fueron conciliados en vía extrajudicial y acaban siendo resueltos en el juzgado, resulta que en el año 2019 hubo un total de 108.698 asuntos, de los cuales 21.599 terminaron con sentencia favorable al trabajador, 4445 con sentencia favorable en parte y 6.550 con sentencia desfavorable. Además 50.307 se conciliaron en vía judicial

En el año 2020 estos datos se mantienen en parecidos términos y hubo un total de 107.834 despidos, de los cuales 20.814 terminaron con sentencia favorable al trabajador, 4.078 con sentencia favorable en parte al trabajador y 5.563 con sentencia desfavorable. En este año 2020 un total de 49.005 asuntos fueron conciliados en vía judicial.

En cuanto a la indemnización media por despido, a partir del último estudio elaborado por el Ministerio sobre el despido y su coste entre los años 2015 a 2018, cabe concluir que la indem-

³ GOERLICH PESET, J.M., “¿Contrato único o reforma del despido por causas empresariales?”, *Relaciones Laborales*, 2010-I, p. 1206.

⁴ Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Medios-alternativos-de-resolucion-de-conflictos/Mediacion--Arbitraje-y-Conciliacion-laborales/>

⁵ Estadística de asuntos judiciales sociales, elaborada por el CGPJ, disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Civil-y-laboral/Asuntos-Judiciales-Sociales/>.

nización media por despido se situó en el año 2015 en los 10.044 euros, en el año 2016 en 10.090 euros, en el año 2019 en 9.129 euros y en el año 2018 en 9.306 euros.

Según los datos del año 2020, las cantidades totales abonadas por sentencia tanto favorable, como favorable en parte al trabajador en materia de despido ascendieron a 282.056.325,1 y afectaron a un total de 33.248 trabajadores; de lo cual cabe concluir que la cantidad media por despido recibida por cada trabajador (incluyendo los trabajadores con sentencias favorables en parte) ascendió a 8.483,40 euros.

Estos datos demuestran como aproximadamente la mitad de los despidos se concilian en vía extrajudicial. Del resto de asuntos que llegan al juzgado aproximadamente la mitad se concilian en vía judicial. En los casos en los que no se logra la conciliación ni extrajudicial, ni vía judicial, la sentencia es favorable al trabajador en la mayor parte de las ocasiones. Asimismo, de los datos brevemente referenciados, se observa como el coste de la indemnización por despido es mayor en los procedimientos que concluyen mediante conciliación extrajudicial, que en los procedimientos que se resuelven en sentencia. La razón de ello puede encontrarse en que el empresario, bien por la certeza en cuanto a la improcedencia del despido, bien por no esperar a una incierta resolución judicial prefieren acordar la indemnización en vía extrajudicial y evitar así el proceso. Ello, a pesar de que, con la eliminación del despido exprés en la última reforma, el empresario no tiene tanto incentivo para pactar en la conciliación extrajudicial, ya que el coste del despido no se incrementa (salvo que se pida la readmisión y entonces corran salarios de tramitación). Por lo tanto, cabe intuir que en la mayor parte de las ocasiones la conciliación en vía extrajudicial obedecerá a la conciencia por parte del empresario de la ilegalidad del despido.

Los datos estadísticos no permiten un conocimiento cualitativo detallado de los motivos que originan el despido, ahora bien, la experiencia práctica pone de manifiesto que cuando el empresario decide el despido de un trabajador y pretende reconocer su improcedencia, alega una causa irreal o no suficientemente sólida, en la carta de despido y posteriormente reconoce su improcedencia. Así, suele ser habitual que se aluda como causa del despido a la disminución del rendimiento del trabajador, o que, sin más, se aleguen causas ETOP, sin una justificación suficientemente fundada. Resulta, por tanto, que como señalaba el profesor Gorelli Hernández⁶: “los costes reales del despido son más altos que los costes legales”. La cuestión que se plantea es por qué el empresario prefiere asumir el mayor coste de la indemnización por despido en esa vía extrajudicial que afrontar la tarea de justificar el despido. Ello puede deberse, como se ha señalado, a que efectivamente el despido no tiene causa alguna, el empresario ha decidido prescindir de un trabajador sin motivo alguno. Ahora bien, en otros casos puede ocurrir que exista un motivo para el despido encuadrable en alguna de las causas que lo justifican pero que las dificultades de prueba en el proceso y la incertidumbre sobre la decisión judicial avoquen al empresario al despido sin causa. En este punto, parece que juegan un papel importante los costes procesales de la tramitación judicial y, muy en particular en los despidos económicos, los costes derivados de la prueba pericial⁷, de resultado no siempre cierto.

Esto nos lleva a una de las segundas características de nuestro modelo legal del despido, la incertidumbre en cuanto a la causa y al tipo de despido.

⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, J., *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2010, pp. 264 y 265.

⁷ HERNÁNDEZ VITORIA, M.J., “La prueba en los despidos por crisis y mejora de la empresa y su control judicial. Una perspectiva jurídica”, en AA.VV. (dir.: DESDENTADO BONETE, A, coord.: DE LA PUEBLA PINILLA, A.): *Despido y crisis económica. Los despidos económicos tras la reforma laboral. Un análisis desde el Derecho y la Economía*, Lex Nova, Valladolid, pp. 147 y ss.

2.2. Incertidumbre en torno a la procedencia del despido: la problemática definición de las causas y el dudoso ámbito del despido colectivo

De acuerdo con nuestro marco legal, la extinción unilateral del trabajador por voluntad del empresario puede tener su origen en causas objetivas ajenas a la empresa, tales como la ineptitud sobrevenida o la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas [(art. 52 a) y b)]. Puede deberse a causas objetivas vinculadas a la empresa, como son las causas ETOP, definidas en el art. 51.1 TRET. Puede, por último, tener su origen en un incumplimiento culpable del trabajador, que dará lugar a un despido disciplinario (art. 54 TRET). Para que el despido sea procedente el empresario debe probar la causa y seguir el procedimiento legal correspondiente.

Por otro lado, cuando el despido tenga su origen en causas empresariales y afecte a un umbral mínimo de trabajadores, se considerará despido colectivo y habrá de tramitarse siguiendo el procedimiento específico que, como es sabido, incluye un trámite de consultas (art. 51 TRET).

Uno de los aspectos de nuestra regulación que generalmente suscitan controversia y que en ocasiones está en el origen del reconocimiento anticipado de la improcedencia es la incertidumbre en cuanto a la concurrencia de la causa⁸.

Cuando se trata de causas ETOP el empresario debe acreditar según la dicción del Estatuto de los Trabajadores, bien la existencia de una situación económica negativa, bien la concurrencia de cambios en los medios o instrumentos de producción, bien la existencia de cambios en los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción o bien cambios en la demanda de productos o servicios.

Las reformas de los últimos años han tratado de concretar las causas ETOP definidas en el art. 52 TRET⁹. En la reforma del año 2010, el legislador trató de concretar la causa ETOP con el fin confesado de corregir deficiencias en la regulación y evitar el recurso al despido disciplinario improcedente en casos en los que concurren causas ETOP. Señalaba literalmente la exposición de motivos de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre: “La experiencia obtenida en los últimos años ha puesto de manifiesto, particularmente en los dos últimos años, algunas deficiencias en el funcionamiento de las vías de extinción previstas en los artículos 51 y 52 c) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, al desplazar muchas extinciones de contratos indefinidos realmente basadas en motivaciones económicas o productivas hacia la vía del despido disciplinario improcedente.

Se ha estimado necesaria, en consecuencia, una nueva redacción de estas causas de extinción que proporcione una mayor certeza tanto a trabajadores y a empresarios como a los órganos jurisdiccionales en su tarea de control judicial.”

Se observa que con esta reforma se trataba de perfilar mejor el concepto de causas ETOP y se incidió igualmente en la razonabilidad de la medida, si bien, según la redacción literal no siempre era necesaria una situación negativa de la empresa, sino que también era posible recurrir a las extinciones para garantizar la competitividad de la empresa o mejorar su situación en el mercado.

El cambio más importante tuvo lugar con la reforma laboral del año 2012, llevada a cabo mediante la Ley 3/2012, de 6 de julio, que volvió a incidir en la definición de la causa y, lo que fue más novedoso, pareció prescindir de la necesaria conexión funcional con una situación negativa o garantía de la viabilidad de la empresa. La propia exposición de motivos de la ley señalaba: “Por su parte, los despidos objetivos por las mismas causas han venido caracterizándose por una ambivalen-

⁸ GOERLICH PESET, J.M., “¿Contrato único o reforma del despido por causas empresariales?”, *op. cit.*, pp. 1221 y ss.

⁹ MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “Despido en tiempos de crisis. Balance de las modificaciones españolas en los últimos tiempos”, *Dereito* vol. 22, núm. 2, 2013.

te doctrina judicial y jurisprudencia, en la que ha primado muchas veces una concepción meramente defensiva de estos despidos, como mecanismo para hacer frente a graves problemas económicos, soslayando otras funciones que está destinado a cumplir este despido como cauce para ajustar el volumen de empleo a los cambios técnico-organizativos operados en las empresas. Ello explica que las empresas se decantaran, a menudo, por el reconocimiento de la improcedencia del despido, evitando un proceso judicial sobre el que no se tenía demasiada confianza en cuanto a las posibilidades de conseguir la procedencia del despido, debiendo, por tanto, abonar la indemnización por despido improcedente más el coste adicional que suponían los salarios de tramitación”. Se observa cómo en el espíritu de la reforma se encontraba la necesidad de dar con una definición de causa objetiva que permitiera eliminar la incertidumbre de una interpretación judicial.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, en una jurisprudencia ya consolidada¹⁰ concluyó que, aunque el preámbulo de la reforma del año 2012 señala que el control de los despidos debe ceñirse a la concurrencia de las causas y no debe entrar en juicios de oportunidad, ello no obsta a que se pueda llevar a cabo un control judicial sobre la razonabilidad de la medida empresarial. Esta razonabilidad exige un análisis de la existencia de la causa tipificada legalmente como justificativa de la medida empresarial, sobre la adecuación de la medida para hacer frente a las circunstancias económicas y organizativas acreditadas y sobre la racionalidad de la medida entendiendo que no son conforme a derecho las medidas empresariales que supongan una desproporción entre el objetivo fijado y las medidas extintivas¹¹.

Por lo tanto, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo sigue siendo necesaria la acreditación de la causa y su conexión funcional con la decisión concreta de despido. Esto determina que el empresario que desea recurrir al despido por causas ETOP debe realizar un doble esfuerzo probatorio, por un lado, debe acreditar la causa, y, por otro lado, debe justificar la necesidad de amortización del puesto y su proporcionalidad. Esta exigencia sigue dejando un cierto margen lógico de incertidumbre, que todavía puede llevar a que el empresario, ante la incertidumbre en cuanto al apreciación judicial sobre la proporcionalidad del despido, decida reconocer de forma anticipada la improcedencia y evitar así el proceso.

También en el ámbito de los despidos disciplinarios existe un margen de incertidumbre en cuanto a la concurrencia de la causa, por cuanto, el empresario ha de acreditar no sólo el incumplimiento del trabajador, sino también su carácter grave y culpable. Ciertamente el art. 54.2 contiene un elenco de incumplimientos contractuales del trabajador, algunos de los cuales no ofrecen margen de duda en cuanto a su gravedad, pero en todo caso, el empresario ha de probar su concurrencia y, en algunos casos, existe un margen de valoración e interpretación en cuanto a la concurrencia de la gravedad y culpabilidad del incumplimiento por parte del trabajador. Por ejemplo, en lo que tiene que ver con la transgresión de la buena fe o el abuso de confianza, en la indisciplina o desobediencia o en las ofensas verbales o físicas.

La incertidumbre alcanza cotas máximas en lo que se refiere al despido colectivo. Las divergencias en la transposición de la Directiva 98/59, de 20 de julio, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, han desembocado en diversos pronunciamientos del TJUE sobre el ámbito del despido colectivo, que han obligado al Tribunal Supremo a revisar sus fallos sobre tal cuestión. Todo ello abre un escenario de duda en cuanto

¹⁰ STS de 17 de julio de 2014, (Rº. 32/2014), de 27 de enero de 2014, (Rº. 100/13), de 26 de marzo de 2014 (Rº. 158/2013) y más recientemente STS de 10 de julio (Rº. 1332/2017).

¹¹ DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “El despido por causas empresariales”, en AEDTSS: *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2021, pp. 183 y ss.

al carácter colectivo del despido y a la necesidad de abrir periodo de consultas¹². La consecuencia de no seguir tal procedimiento, en caso de que el despido sea colectivo, es la nulidad.

2.3. Escaso recurso a otras vías alternativas al despido en caso de crisis

Una de las características de nuestro sistema de relaciones laborales es que ante una situación de crisis el empresario opta por el ajuste de personal, en primer término, a través de la extinción de contratos temporales y, en segundo término, por la vía del despido en el caso de contratos indefinidos.

A diferencia de otros países de nuestro entorno, en el caso español no resulta tan habitual el recurso a la suspensión de contratos o la reducción de jornada. En el marco de la anterior crisis se trató de incentivar el recurso a medidas de flexibilidad interna, como la suspensión de contrato o la reducción de jornada. De hecho, la reforma del año 2012 introdujo importantes cambios en el procedimiento que consistían en la eliminación de la necesaria autorización administrativa y en la posibilidad de adopción unilateral por el empresario de la decisión de suspensión o reducción, una vez concluido el periodo de consultas.

Una de las características diferenciales que ha tenido la crisis económica derivada de la pandemia, ha sido el recurso generalizado de las empresas a los instrumentos de regulación temporal del empleo (ERTEs), en lugar de a los despidos y con preferencia, en ocasiones, sobre las extinciones de contratos temporales de empleo. En el origen de esta actuación empresarial se encuentran dos factores, por un lado, el apoyo gubernamental vía bonificaciones sociales a este tipo de actuación empresarial, que se ha visto acompañado de la prohibición de adopción de medidas extintivas; por otro lado, la particularidad de esta crisis, que se esperaba estacionaria y no definitiva.

La experiencia adquirida durante esta situación de crisis y los buenos resultados que, por el momento, ha tenido en lo que tiene que ver con la evitación de la destrucción de empleo, puede llevar a explorar la normalización de este tipo de medidas de flexibilidad interna, como alternativa al despido, en aquellos supuestos en los que se prevea que la crisis de la empresa obedece a razones transitorias.

2.4. Proliferación de las alegaciones del despido nulo y reclamación de indemnizaciones adicionales

Un breve análisis de las resoluciones judiciales de los últimos años permite advertir la proliferación en las demandas en materia de despido de la pretensión principal de declaración del despido nulo por vulneración de derechos fundamentales¹³.

Hay dos factores fundamentales que pueden explicar esta tendencia. En primer lugar, el hecho de que la vulneración de derechos fundamentales ha quedado como último resquicio al que aparejar la sanción de nulidad del despido. Habría que añadir únicamente los supuestos en los que no se observa el trámite procedimental adecuado en los despidos colectivos.

Junto a ello, el otro motivo que explica esta tendencia es que en los casos de vulneración de derechos fundamentales se ha considerado necesario el reconocimiento de una indemnización

¹² En cuanto al ámbito del cómputo vid.: STJUE de 13 de mayo de 2015 (asunto C-392/13, Rabal Cañas); de STS de 17 de octubre de 2016 (Rº. 36/2016); STJUE de 11 de noviembre de 2020 (asunto C-300/19, Marclean Technologies); en cuanto a las extinciones que deben ser computadas vid. STJE de 11 de noviembre de 2015 (asunto C-422-15, Pujante Rivera).

¹³ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M, "Algunos aspectos jurídicos de la propuesta de contrato único", *Relaciones Laborales*, 2010-I, pp. 1241 y ss, ya advertía del riesgo de que el trabajador estuviera tentado en alegar falsamente vulneración de derechos fundamentales con el propósito de obtener una indemnización mayor o la nulidad del despido.

adicional. Puede considerarse ya una jurisprudencia consolidada la que entiende que esta indemnización pretende la reparación del daño derivado de la vulneración del derecho fundamental y que puede calcularse teniendo en cuenta la cuantía de las sanciones que el TRLISOS recoge para los supuestos de infracción administrativa¹⁴. Además, recientemente, el Tribunal Constitucional ha señalado que cabe el reconocimiento de una indemnización adicional en los casos en los que, aunque el despido no sea declarado nulo, se hayan aportado por el empresario pruebas ilícitas, obtenidas con vulneración de derechos fundamentales¹⁵.

2.5. Recurso masivo a la contratación temporal fraudulenta como instrumento de flexibilidad

Los datos sobre la temporalidad en España demuestran cómo en nuestro país existe una tendencia patológica a recurrir a la contratación temporal sin causa. Los datos resultan elocuentes. De total de asalariados en el primer trimestre del año 2021 un 23 % lo eran con contrato temporal, en el mismo trimestre del año 2020 ese porcentaje se elevaba al 25 %. Los datos comparativos del año 2019 elaborados por Eurostat señalan que la tasa de temporalidad en España se situaba en un 24,2%, frente al 15,3 de Francia, o al 10,1 de Grecia. Los datos de las estadísticas del Ministerio de Trabajo señalan como en el año 2020 se realizaron 15.943 contratos, de los cuales 14.397 fueron temporales, en el año 2019 del total de contratos (22.512), 20.352 fueron temporales¹⁶.

Las empresas recurren, por tanto, de forma mayoritaria a la contratación temporal. Las razones de ello se encuentran sin duda en los menores costes de extinción de este tipo de contrato. La extinción de los contratos temporales de obra o servicio y eventual lleva aparejada una indemnización de 12 días de salario; en el caso de los contratos formativos y de interinidad no existe indemnización alguna.

Junto a ello, el fraude asociado a este tipo de contratos resulta asumible por el empresario¹⁷. No suele ser tan habitual en estos casos de extinción de contrato temporal la reclamación judicial de la improcedencia y la consiguiente indemnización de 33 días. Por otro lado, a pesar de que contemplan sanciones administrativas para este tipo de prácticas, lo cierto es que la labor de vigilancia de la Inspección no consigue resultar efectiva.

Por último, las medidas legislativas expresamente introducidas para evitar el fraude en la contratación temporal, consistentes en la consideración como indefinidos de los trabajadores que acumulen 24 meses con dos o más contratos temporales en un periodo de treinta, ha traído consigo un mayor recurso a la rotación de trabajadores como vía para eludir la prescripción normativa.

3. El marco normativo internacional y su impacto en la regulación española de despido y en la interpretación de los tribunales

El modelo legal de despido es, sin duda, un pilar fundamental del marco normativo laboral y en general del sistema de relaciones laborales. Su configuración determina en buena medida el conjunto de la relación laboral y también es un componente esencial para entender el funcionamiento del mercado de trabajo. Por ello, tradicionalmente se ha tratado de una cuestión que ha sido abordada por los legisladores nacionales y ha dado lugar a diferentes modelos en el conjunto

¹⁴ Vid., entre otras: SSTs de 8 de julio de 2014 (rec. 282/2013), de 2 de febrero de 2015 (rec. 279/2013), de 5 de octubre de 2017 (rec. 2497/2015), de 13 de diciembre de 2018 (rec. 3/2018).

¹⁵ STC 61/2021, de 15 de marzo.

¹⁶ Disponible en <https://www.mites.gob.es/estadisticas/bel/MLR/index.htm>

¹⁷ CONDE-RUIZ, J.I. y LAHERA FORTEZA, J., "Contra la dualidad laboral", *op. cit.*, p. 105.

de países europeos. Hasta hace poco, los únicos instrumentos normativos internacionales que introducían ciertas reglas comunes en la regulación interna eran el Convenio 158 OIT de 1982, ratificado por España en 1985 y, en el ámbito comunitario, la Directiva 98/59, de 20 de julio, sobre despidos colectivos.

No obstante, la reciente ratificación por España de la versión actualizada de la Carta Social Europea aprobada por el Consejo Europeo el 3 de mayo de 1996 (en adelante CSE) pueden obligar a España a una reconsideración de su régimen legal de despido en aras de adecuarlo a las resoluciones del Comité de Derechos Sociales, sobre el alcance del art. 24 de la Carta relativo al despido.

3.1. Despido causal y tutela judicial

Tanto el Convenio de la OIT como el art. 24 de la Carta Social Europea parten de la necesidad de que el despido tenga una justificación causal, bien relacionada con la capacidad del trabajador (según convenio de la OIT) o sus aptitudes o conducta (CSE), bien relacionada con necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.

Con el fin de velar por que efectivamente esto es así, tanto el Convenio como la Carta, contemplan la necesidad de que el trabajador pueda recurrir la decisión empresarial ante un órgano imparcial.

Asimismo, merece la pena destacarse, por las razones que luego se expondrán, que el Convenio 158 exige que en caso de que el empresario base su decisión extintiva en actos relacionados con la conducta del empleado, éste ha de poder defenderse de tales cargos en un trámite previo, a menos que no resulte razonable para el empleador concederlo.

La consecuencia que, tanto el Convenio de la OIT, como la CSE, anudan a la declaración del carácter injustificado de la terminación de la relación laboral es la necesidad de “anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador”, no obstante, los organismos encargados de revisar el despido “tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada”, según la dicción literal del art. 10 del Convenio, o “una indemnización adecuada” o “reparación apropiada” según la redacción del apartado b) del art. 24 de la CSE.

Partiendo de este marco regulador, resulta claro que en ningún caso cabe el despido sin causa y que el trabajador debe tener garantizada la tutela frente a las decisiones empresariales extintivas. También resulta claro que las consecuencias de esa tutela judicial pueden consistir, bien en la condena al empresario al pago de una indemnización, bien en el reconocimiento al trabajador del derecho al reingreso.

En una primera aproximación parece que el ordenamiento español parece ajustarse suficientemente a las exigencias de esta normativa internacional. De acuerdo con la regulación interna, el empresario que desee despedir deberá alegar una justa causa. El trabajador puede reclamar dicha decisión, primero ante los órganos de solución extrajudicial y, segundo, en vía judicial. Se contempla asimismo como reparación bien la declaración de nulidad del despido con la condena a la readmisión, para los casos en los que exista vulneración de derechos fundamentales, bien el pago de una indemnización por despido improcedente a razón de 33 días de salario por año de servicio.

El problema, sin embargo, viene determinado porque el carácter tasado de la indemnización conlleva, en primer lugar, que el empresario conozca el coste del despido sin causa con antelación, lo cual abre la vía, en ocasiones, a prácticas cercanas al despido libre, consistentes en alegar una causa absolutamente ficticia o simplemente no alegar causa alguna y reconocer la improcedencia del

despido y asumir el pago de la correspondiente indemnización¹⁸; en segundo lugar, que la indemnización en los casos en los que el trabajador acumula menos antigüedad, pueda resultar insuficiente.

Esto también se ve en parte propiciado por la eliminación de los salarios de tramitación y por la posibilidad de reconocer por parte del empresario en vía extrajudicial la improcedencia del despido.

Desde un sector doctrinal y ya desde antiguo se ha venido advirtiendo de la posible irregularidad de estas actuaciones empresariales y, muy en particular, de la regulación interna que las permite y, en los últimos años, se reclama una revisión de los mecanismos de tutela en caso de despido injustificado. El contrapunto de esta corriente lo marcan otras propuestas, tal y como se ha señalado anteriormente, que apuestan por reducir el número de contratos y revisar la indemnización por despido¹⁹, e incluso por la inclusión de un contrato único que permitiera el despido por causas empresariales sin posterior control judicial²⁰. En el fondo de las primeras propuestas late la necesidad de garantizar una reparación adecuada al trabajador. Con las segundas propuestas se persigue eliminar la precariedad y dualidad de nuestro mercado de trabajo estimulando el recurso a la contratación indefinida.

Al margen de los objetivos de una y otra propuesta lo cierto es que en el marco de este debate no podemos olvidar las exigencias derivadas de la normativa internacional y, en concreto, cómo el Comité ha interpretado el art. 24 en lo que tiene que ver con la necesidad de una reparación suficiente.

3.2. Necesidad de una reparación suficiente: la novedosa interpretación del Comité Europeo de Derechos Sociales y su impacto en el ordenamiento español

El segundo elemento requerido por el Convenio de la OIT y por la CSE, además de la causalidad, es que las legislaciones nacionales contemplen una reparación apropiada. Ahora bien, el entendimiento de qué sea una reparación suficiente ha experimentado un giro radical, que ha de tener repercusiones en nuestro ordenamiento, tras las últimas Resoluciones del Comité Europeo de Derechos Sociales.

En el caso español, tal y como se ha visto, la indemnización por despido se articula en tres niveles: varía desde los 12 días por año trabajado en el caso de extinción de contrato temporal, hasta los 20 en los casos de despido objetivo procedente y hasta los 33 días en caso de despido improcedente.

Podría pensarse, por tanto, que el régimen legal español se adecúa a la normativa internacional. De hecho, durante los años de vigencia del Convenio de la OIT, que contempla expresamente también la necesidad de una reparación suficiente, no se había planteado de una forma tan contundente que la legislación interna vulnerase dicho principio.

Sin embargo, el debate en torno a la reparación suficiente ha resurgido, tras la ratificación por España de la CSE y, sobre todo, tras las últimas Resoluciones del Comité en las que se reafirma en su interpretación sobre el concepto de indemnización adecuada. Estas resoluciones inevitablemente nos deben llevar a un análisis y reconsideración del sistema español de indemnización tasada²¹.

¹⁸ Recientemente el Tribunal Constitucional Italiano en su sentencia n. 59 de 24 de febrero de 2021, ha señalado que resulta inconstitucional la normativa que permite al juez no aplicar la readmisión del trabajador como sanción en los casos de despido sin causa. Comentada por BAYLOS GRAU, A., “La corte constitucional italiana prosigue su labor de imponer garantías que limitan la reforma del despido del 2012”, disponible en <https://baylos.blogspot.com/2021/04/la-corte-constitucional-italiana.html>

¹⁹ Vid. al respecto CONDE-RUIZ, J.I. y LAHERA FORTEZA, J., “Contra la dualidad laboral”, *op. cit.*, p. 111, quien aun reconociendo que sería políticamente dificultoso propone replantearse a la baja la indemnización del despido objetivo en caso de procedencia y aumentar al alza la indemnización en caso de fraude en la contratación temporal sin causa

²⁰ BENTOLILLA, S. y JANSEN, M., “La viabilidad jurídica del contrato único”, Universidad Autónoma de Madrid, 2010.

²¹ MURCIA CLAVERÍA, A., “Despido improcedente: una sanción mínima y polémica que no garantiza el derecho a la pro-

Ya en el año 2016, el Comité encargado de interpretar la CSE en su resolución de 8 de septiembre (Finnish Society of Social Rights v. Finlande), había señalado que el término reparación adecuada ante un despido injustificado debía comprender, bien el reembolso de las pérdidas financieras sufridas entre la fecha del despido y la decisión del organismo encargado de enjuiciarlo, bien la posibilidad de reincorporación una indemnización lo suficientemente elevada como para disuadir al empresario y reparar los daños sufridos por el trabajador. Señalaba, además, que el establecimiento de un límite máximo en la indemnización que impida que la reparación sea proporcional a la pérdida sufrida y suficientemente disuasoria es contrario a la Carta.

En su reciente resolución de 11 de septiembre de 2019, el Comité ha tenido ocasión de reafirmarse en esta interpretación. Mediante este pronunciamiento el Comité daba respuesta a la reclamación de la CGIL frente al Decreto 23/2015, de 4 de marzo que había introducido la indemnización tasada en el ordenamiento italiano, que hasta entonces había sido un referente en la protección frente al despido²². El Comité concluye que un sistema tasado, que tenga como efecto que las indemnizaciones no son proporcionales al perjuicio, ni suficientemente disuasorios es contrario a la Carta. Señala, además, que en caso de que se prevean indemnizaciones tasadas, la víctima tiene que tener la posibilidad de reclamar una indemnización complementaria²³. A esta misma conclusión apuntaba la sentencia 194/2018, de la Corte constitucional italiana de 26 de septiembre de 2018²⁴.

La cuestión también se ha planteado en Francia, como consecuencia de la última reforma introducida por la orden núm. 2017-1387, de 22 de septiembre de 2017, que contempla también un sistema de indemnizaciones tasadas. Si bien, respecto del régimen francés no se ha pronunciado el Comité de Derechos Sociales porque ha inadmitido los recursos presentados por organizaciones sindicales debido a problemas formales de legitimación. No obstante, los tribunales franceses, obligados a aplicar las disposiciones de la Carta, de forma directa, están concluyendo también que el régimen francés conculca el art. 24 de la Carta.

Teniendo en cuenta este marco normativo y la interpretación de la Carta, cabe aventurar que un régimen, como el español, que contempla indemnizaciones tasadas para el despido sin justa causa y que, conforme con la interpretación jurisprudencial, impide la obtención de una reparación adicional por otra vía, puede resultar contrario al art. 24 de la Carta²⁵. Así comienzan a plantearlo, como posteriormente se verá, algunas sentencias de juzgados inferiores.

tección contra un despido injustificado” en MURCIA CLAVERÍA, A. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (dirs.) *El despido en España tras la reforma laboral*, Madrid Francis Lefebvre 2018, pp. 119-145; MOLINA NAVARRETE, C., “La indemnización disuasoria por despido arbitrario, entre ortos (auroras) y ocasos (crepúsculos): ¿justicia resarcitoria o ‘justicia del cadí’?”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 451, 2020, pp. 185-208. Se hace también eco de los principales hitos jurisprudenciales en torno a esta cuestión ROJO TORRECILLA, E., “El trabajo no es una mera mercancía. Las aportaciones del Tribunal Constitucional italiano en su sentencia de 26 de septiembre de 2018 /y de algunos Conseil de Prud’hommes franceses) sobre el debate jurídico de la indemnización tasada por despido”, *El blog de Eduardo Rojo*, 9 de enero de 2019, disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/01/el-trabajo-no-es-una-mera-mercancia-las.html>.

²² SPEZIALE, V., “La nueva regulación en Italia del contrato indefinido de “tutela creciente” entre el derecho economicismo y los imperativos constitucionales” *Temas Laborales*, núm. 131, 2015, pp. 13 y ss.

²³ “Le Comité rappelle que tout plafonnement qui aurait pour effect que les indemnités octroyées ne sont pas en rapport avec le préjudice subi et ne sont pas suffisamment dissuasives este en principe, contraire à la Charte, comme là relevé aussi, dans une certaine mesure, la Cour constitutionnelle dans sa décision nº194/2018. En cas de plafonnement des indemnités accordées en compensation du préjudice matériel, la victime doit pouvoir demander réparation pour le préjudice moral subpar d’autres voies de droite ete les juridictions competentes pour accorder une indemnisation pour le préjudice matériel et moral subi doivent se prononcer dans un délai raisonnable (...):

²⁴ Comentada por BAYLOS GRAU, A.: “El contrato único italiano declarado inconstitucional”, disponible en <https://baylos.blogspot.com/2018/10/el-contrato-unico-italiano-declarado.html>

²⁵ BAYLOS GRAU, A., “Despido injustificado e indemnización: marco regulador deficiente y reforma necesaria”, *Revista de Derecho Social*, núm. 93, 2021, pp. 7 y ss; MOLINA NAVARRETE, C., “El despido con causa irreal: ¿cambios augurables con la ratificación de la Carta Social Europea revisada?. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla 3571/2020, de 19 de noviembre”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, núm. 455, 2021, pp. 230 y ss.

3.3. Trámite previo al trabajador en el supuesto de despido disciplinario

En lo que se refiere al despido disciplinario, una cuestión que parece haber pasado inadvertida cuando se analiza la regulación española, es que el art. 7 del Convenio 158 OIT exige que se dé al trabajador la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él antes de darse por terminada la relación de trabajo, salvo “que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad”.

Parece que el Convenio de la OIT está pensando en que se abra un trámite de audiencia previa al trabajador. La regulación española, sin embargo, no contempla este trámite, salvo para el caso de los representantes de los trabajadores. Pudiera pensarse que este requisito se encuentra suficientemente cumplido en la medida en que el trabajador puede defenderse de los cargos a través de la reclamación, ya en vía extrajudicial. Sin embargo, el Convenio exige que el trámite se abra antes de la extinción del contrato.

Al margen del posible incumplimiento de la regulación internacional, como se verá a continuación, la apertura de este trámite previo puede resultar útil para identificar aquellos supuestos de despido arbitrario, que pueda justificar la previsión de indemnizaciones adicionales, a la legalmente tasada, suficientes y disuasorias, en línea con lo requerido por la carta.

4. Algunas propuestas de reforma

Llegados a este punto, cabe advertir que la regulación del despido resulta ineficaz, por cuanto el empresario, recurre bien a la extinción temporal, bien al reconocimiento de la improcedencia del despido para ajustar de forma rápida la plantilla. Resulta, asimismo, indiscutido que el mercado de trabajo español adolece de una dualidad entre trabajadores temporales e indefinidos. La realidad también demuestra que las empresas utilizan fraudulentamente la contratación temporal para conseguir la flexibilidad deseada.

Junto a ello, resulta concluyente la interpretación del Comité sobre la falta de adecuación a la Carta de los sistemas de indemnización tasadas, como el español.

Partiendo de estas premisas, en un afán puramente propositivo y con un objetivo constructivo, ante la posibilidad apuntada de próximas reformas en el régimen de contratación, se plantean a continuación algunas premisas que debieran presidir cualquier actuación al respecto y algunas propuestas de actuación.

4.1. Propuestas legales para la certidumbre en torno a las causas de extinción del contrato y evitación del despido sin causa. La apertura de un trámite previo al trabajador

Tal y como se ha puesto de manifiesto uno de los motivos de la ineficacia de la regulación del despido es la huida del empresario de los cauces legales causales para proceder a su realización. Resulta habitual que el empresario prefiera evitar los costes e incertidumbre del proceso y prefiera reconocer la improcedencia. Junto a ello, el diseño legal admite prácticas de despido libre, sin causa, con la única consecuencia de condenar al empresario a una indemnización tasada.

Hasta ahora las actuaciones legales se han centrado en tratar de otorgar mayor seguridad jurídica en cuanto a la causa en los despidos por crisis. Las sucesivas reformas han tratado de definir mejor las conocidas como causas ETOP, en un afán por dar seguridad jurídica, si bien, no han evitado la necesidad de que el empresario deba justificar la razonabilidad y proporcionalidad de la

medida extintiva. Los intentos legislativos se han centrado en la redefinición de la causa, con el fin confesado de que la simple acreditación de la causa permitiera el despido. No obstante, los Tribunales, tal y como se ha visto, han seguido exigiendo la razonabilidad y la conexión funcional, aunque en algunos casos como el de las causas organizativas o técnicas, de forma mucho más atenuada²⁶.

Quizás, por ello, sea necesario optar por un planteamiento más innovador, que, en línea con lo que hacen otros países de nuestro entorno, se centre en abrir vías que permitan constatar la buena fe empresarial en la adopción de la decisión extintiva por causas ETOP. Con ello se evitaría también la proliferación de las prácticas de despido libre. Se trataría de introducir elementos que otorguen ciertas garantías sobre la razonabilidad de la causa.

En este punto puede ser útil dirigir la mirada a otros ordenamientos y reconsiderar asimismo el objetivo de las reformas, de manera que no se incida tanto en la causa como en la buena fe empresarial y en la razonabilidad de la medida. El objetivo es garantizar una indemnización para el caso de despido objetivo con causa y contemplar indemnizaciones adicionales, más allá de las tasadas legalmente para el despido improcedente, en aquellos supuestos en los que se demuestre la mala fe empresarial en la alegación de la causa económica.

Para ello, cabría plantearse la oportunidad de que el empresario, también en estos despidos individuales, abriera un periodo de consultas con el trabajador y sus representantes en el que se negociara de buena fe en aras a acreditar tanto la causa como la necesidad de amortización del puesto y la imposibilidad de recolocar y reubicar al trabajador en la empresa. Esto es lo que ocurre en ordenamientos como el británico, que contempla la posibilidad de aumentar la indemnización en función del comportamiento de las partes en el procedimiento. Lo mismo sucede en Francia, que obliga a la convocatoria del trabajador y a la acreditación de la imposibilidad de recolocación²⁷.

En el caso del despido por causas objetivas referidas al trabajador, la definición de las causas que justifican la extinción del contrato de trabajo no ha experimentado grandes cambios en nuestro ordenamiento. El art. 52 señala que estas causas serán: ineptitud sobrevenida, falta de adaptación del trabajador, causas ETOP y extinción de contratos en el marco de la ejecución de programas y planes públicos sin dotación económica estable. El cambio de mayor relevancia ha sido la eliminación del absentismo como causa justificativa del despido objetivo.

Por otro lado, la jurisprudencia ha ido concretando el modo en que debe entenderse la concurrencia de dichas causas. Por lo tanto, en la práctica, existe una mayor certidumbre en torno a la concurrencia de estas causas.

No obstante, en línea con lo ya apuntado, sería conveniente explorar un reforzamiento de las obligaciones previas del empresario de búsqueda de soluciones alternativas al despido, en casos tales como ineptitud sobrevenida o falta de adaptación a innovaciones técnicas.

En el ámbito del despido disciplinario también ha existido una cierta estabilidad en la formulación legal de las causas y la jurisprudencia ha efectuado una labor considerable en la unificación de los criterios interpretativos, si bien, existen todavía en la práctica zonas grises en la apreciación de algunas de estas causas.

Nuevamente, con el objetivo de desincentivar las actuaciones empresariales extintivas basadas en una causa disciplinaria absolutamente inexistente sería necesario plantearse una reformulación de los requisitos de despido disciplinario con el fin de vedar dichas actuaciones. Este replanteamiento podría centrarse no tanto en la definición de las causas sino en la apertura de un expediente previo

²⁶ MOLINA NAVARRETE, C., "El despido por causas empresariales", *op. cit.*, pág. 237, reconoce la mejora de la seguridad jurídica en torno a la causa como la gran deuda.

²⁷ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., "Informe sobre la regulación del despido en Europa", *Temas Laborales*, núm. 99, 2009, pp. 259 y ss. No obstante, tal y como se ha apuntado, en este país se ha introducido una reforma para limitar la indemnización tasada por despido.

en el que el empresario debiera concurrir de buena fe para probar la realidad de las causas alegadas y el trabajador pudiera realizar las oportunas alegaciones. El despido sería considerado improcedente en caso de que no concurriera causa y podría conllevar una reparación adicional en los casos en los que la conducta empresarial en ese trámite previo permitiera concluir que existe una falta absoluta de causa y que el despido responde a motivos arbitrarios.

Esta reforma iría en línea con la regulación del Convenio de la OIT, que exige un trámite previo al trabajador. Por lo demás, este trámite existe con matices en países como Reino Unido, Francia o Italia²⁸.

4.2. El replanteamiento del sistema de reparación: la necesaria indemnización adicional en los casos de despido sin causa

Tal y como se acaba de señalar la consecución de una mayor certidumbre en cuanto a la causa debería ir acompañada de la previsión de una reparación adicional, suficiente y disuasoria, para los casos en los que el empresario ha actuado con absoluta discrecionalidad.

La cuestión es cuál ha de ser el mecanismo de reparación adecuada y disuasoria. En algunos recientes pronunciamientos judiciales se ha vuelto a proponer la opción de la nulidad como la sanción al despido sin causa²⁹. Se trata de pronunciamientos que han tenido como telón de fondo la ambigua legislación de emergencia promulgada en el marco de la pandemia que prohíbe el despido en aquellas empresas que se hubieran acogido a las medidas extraordinarias de apoyo a los ERTes. La cuestión que se plantea es cuál ha de ser la calificación del despido en estos casos, si la improcedencia o la nulidad. El pronunciamiento del Juzgado de lo social de Barcelona de 31 de julio de 2020 defiende la vía de la nulidad y esgrime como argumento principal que la indemnización legal por despido no resulta disuasoria y que, en consecuencia, podría vulnerar lo dispuesto en el Convenio 158 OIT y también en el art. 24 de la Carta. Señala literalmente la sentencia "..., si la indemnización que legalmente corresponde para un despido sin causa (en nuestro ordenamiento calificado como improcedente) es tan exigua que no supone esfuerzo financiero alguno para la empresa, los efectos prácticos son los propios de un desistimiento, sin otra causa que la simple voluntad del a empleadora. Y ello podría ser contrario a las disposiciones del Convenio nº 158 de la OIT". En consecuencia, en el citado caso, consideró el juzgador que procedía la aplicación del art. 10 del convenio que permite al juzgado ordenar el pago de una indemnización adecuada cuando no se pudiera anular la terminación del contrato y ordenar la readmisión.

La sentencia fue, sin embargo, revocada por la sala de lo social de TSJ (Cataluña) de 23 de abril de 2021 (rec. 5233/2020), que tras una profusa revisión de la evolución de la regulación en materia de despido, concluye que en nuestro ordenamiento no está admitido el despido sin causa, y que, en caso de producirse, la consecuencia es el pago de una indemnización que, en el caso español, considera la sentencia resulta conforme con la exigencia del Convenio de la OIT de garantizar una reparación apropiada. Señala literalmente la sentencia "La conclusión que debe sacarse de este análisis de las normas y jurisprudencia internacionales, es que de ellas no se deduce en modo alguno que la legislación española que declara improcedente el despido realizado sin alegación de causa, con la indemnización correspondiente, contradiga tales normas internacionales, en la medida en que esta indemnización está prevista expresamente por ellas como consecuencia del incumplimiento del

²⁸ Ministerio de Empleo y Seguridad Social: "Francia. Descifrando la reforma del Código de Trabajo", *Actualidad Internacional Sociolaboral*, núm. 223, págs 134 y ss.

²⁹ SJS (Barcelona) de 31 de julio de 2020 (Procedimiento 348/2020) y SJS (Madrid) de 21 de febrero de 2020 (Procedimiento 843/2019)

principio de causalidad del despido ...”. Ahora bien, sentada esta premisa general, la sentencia reconoce que en el caso de autos la indemnización, debido a la escasa antigüedad del trabajador, resultaba exigua. Y considera que, en este caso concreto, de forma excepcional y en aplicación del art. 10 del Convenio OIT 158 hubiera resultado posible fijar una indemnización adicional a la legalmente tasada, con el fin de garantizar una reparación adecuada. No obstante, para fijar dicha indemnización adicional se requiere por parte del trabajador la prueba precisa de los daños adicionales.

Con base también en el Convenio de la OIT 158, aunque en un supuesto de despido sin causa anterior a la pandemia, el JS de Madrid en sentencia de 21 de febrero concluyó que un despido sin causa debía sancionarse con la nulidad. La sentencia fue revocada por la sala en sentencia de 3 de noviembre de 2020 (rec. 587/2020), que considera que la indemnización tasada es acorde con la exigencia de una indemnización adecuada en supuestos de extinción injustificada del Convenio 158 OIT.

Resulta, evidente, por tanto, la actualidad del debate y la divergencia en nuestra doctrina judicial, con argumentos sólidos en uno y otro sentido. Ahora bien, la reciente ratificación por España de la Carta Social Europea en su versión revisada debe llevar a un replanteamiento de los términos del debate que tenga en cuenta la interpretación del Comité³⁰. En efecto, si solo se tuviera en cuenta el convenio 158 de la OIT podría dudarse de si la indemnización tasada resulta una reparación adecuada, salvo, a lo sumo, en casos manifiestamente excepcionales como el abordado por la sentencia del juzgado de Barcelona. Sin embargo, la ratificación de la Carta aconseja una revisión del régimen legal interno, que tenga en cuenta la interpretación realizada por el Comité de su art. 24, que, tal y como se ha visto, concluye que los sistemas de indemnización tasada pueden no ser suficientes cuando no resultan disuasorios³¹.

Teniendo en cuenta esta interpretación, parece que ha de revisarse la regulación del despido con el fin de contemplar esa indemnización suficientemente disuasoria. La opción más radical consistiría en extender la sanción de nulidad del despido a cualquier tipo de despido improcedente, realizado sin observación de los requisitos legales de fondo y forma³². Sin embargo, también podría mantenerse una opción intermedia que contemplara la indemnización tasada para los casos de despido improcedente pero que abriera la posibilidad de una indemnización superior o adicional, según el criterio del juez de instancia, para aquellos casos de despido con falta absoluta de causa.

De tal manera que, podrían contemplarse tres tipos de sanciones para el despido realizado sin observar los requisitos legales. La tradicional nulidad, que conlleva la readmisión y el pago de los salarios de tramitación. La improcedencia, con una indemnización de 33 días para los casos en los que el empresario no acredite la causa o incurra en defectos formales. La improcedencia con una indemnización adicional en aquellos casos en los que el empresario no observe una conducta razonable en el trámite previo para la acreditación de la causa, bien sea económica o por otras causas objetivas, o bien sea disciplinaria. Se trataría, por tanto, de contemplar una indemnización adecuada y disuasoria del despido arbitrario.

Cabe argüir que esta propuesta puede, aun y todo, no respetar la interpretación del Comité por cuanto en los casos de simple improcedencia, no se abre la vía para una reparación adicional de los posibles daños. De tal manera que en los casos en los que el trabajador tenga escasa antigüedad

³⁰ (BOE de 11 de junio de 2021), entrada en vigor el día 1 de julio de 2021.

³¹ Advierte de los riesgos de un control de convencionalidad difuso y de la conveniencia del recurso al Tribunal Constitucional con el fin de depurar la legalidad interna de forma acorde con la normativa internacional: GOERLICH PESET, J.M., “Redescubriendo el control de convencionalidad: ¿activismo o autocontención judicial?”, *LABOS Revista de derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 2, núm. 1 (2021), disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/LABOS/article/view/6044/4396>. MOLINA NAVARRETE, C., “EL despido por causas empresariales”, *op. cit.*, p. 246, urge a una intervención legislativa o del TS aclaratoria.

³² BAYLOS GRAU, A., “Despido injustificado e indemnización: marco regulador deficiente y reforma necesaria”, *Revista de Derecho Social*, núm. 93, 2021, págs. 7 y ss.

la indemnización puede que no sea suficiente. Ciertamente, existe incertidumbre en cuanto a si este sistema respeta lo dispuesto en la Carta. Si bien se trata de daños difícilmente cuantificables

Por último, en aquellos casos en los que la situación de crisis se prevea definitiva, podría ser necesario plantearse medidas de apoyo a las empresas en la asunción de la indemnización por despido procedente. Se trataría, de algún modo, de socializar este riesgo, evitando que la empresa, en una situación de dificultad económica, tuviera que hacerse cargo de la totalidad de las indemnizaciones. En este sentido, podría ser necesario recuperar el papel del FOGASA como organismo de aseguramiento de estas indemnizaciones y reducir la indemnización a cargo del empresario.

4.3. Acompañar a las empresas en crisis para evitar el despido

Con motivo de la crisis del año 2010, el legislador español trató de introducir reformas que estimularan el recurso a las suspensiones de contratos y reducción de jornada como vía alternativa al despido. Esta línea de actuación ha presidido la actuación legislativa de emergencia durante la crisis económica provocada por la pandemia originada por el Coronavirus. El recurso a los ERTE promocionado por medio de intervenciones públicas ad hoc que exoneraban a las empresas de las cotizaciones sociales al tiempo que les imponían obligaciones de mantenimiento del empleo, se ha demostrado como un mecanismo eficaz para paliar los efectos económicos de la crisis sanitaria³³.

Resulta, por ello, necesario incorporar al ordenamiento español, previsiones que obliguen al empresario a buscar alternativas al despido en situaciones de crisis, sobre todo, cuando la situación de crisis se espera que sea coyuntural. En esta línea, parecen situarse los planteamientos del Gobierno que recoge como objetivo del componente 23 del Plan de recuperación presentado a Europa, la consecución de un mercado más resiliente y señala expresamente que “El Plan prevé también el establecimiento de un mecanismo permanente de flexibilidad interna de las empresas alternativo al despido, reforzando la inversión en formación y recualificación y la prioridad de la reducción de jornada y de suspensión de contrato”.³⁴

Asimismo, sería interesante apostar por medidas, como las contempladas en otros ordenamientos, tendentes a facilitar la reubicación o readmisión del trabajador despedido cuando desaparece la situación de crisis.

4.4. Revisión del marco legal de contratación temporal: reducción del número de contratos y aumento de la reparación en caso de fraude

La revisión de la regulación del régimen de extinción debe abarcar también la reforma legal de la contratación temporal. Desde todos los ámbitos (político, académico, económico) se llama la atención sobre la elevada tasa de temporalidad de nuestro mercado de trabajo y sobre la necesidad de simplificar el número de contratos temporales. Las últimas propuestas del Gobierno, recogidas en el plan para la transición, apuntan a una reducción de los contratos a tres, estable, temporal y formativos. No se especifica nada más al respecto.

³³ NAVARRO NIETO, F., “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, en AEDTSS: *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2021, págs. 279 y ss.

³⁴ Gobierno de España: *Plan de recuperación, transformación y resiliencia*, pág 80, disponible en https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/30042021-Plan_Recuperacion_%20Transformacion_%20Resiliencia.pdf

En la actualidad, como es sabido, nuestro ordenamiento laboral contempla cinco tipos de contratos temporales: el de obra o servicio, el eventual, el de interinidad y los contratos formativos para la formación y prácticas. La justificación causal de cada uno de estos contratos está bien definida en la legislación y también la jurisprudencia ha realizado una encomiable labor de aclaración. Sin embargo, lo cierto es que las empresas recurren de forma masiva al contrato de obra y al eventual, como vía de entrada en la empresa debido a sus menores costes de extinción.

Por otro lado, en la práctica, las medidas para evitar el fraude no han tenido el efecto deseado y han generado un efecto de rotación de la mano de obra en puestos temporales. Asimismo, el coste del fraude de ley resulta asumible por las empresas, por cuanto los trabajadores no siempre impugnan la finalización del contrato temporal en fraude de ley y porque el coste de la indemnización resulta asumible debido a la escasa antigüedad que acumulan este tipo de trabajadores.

Teniendo en cuenta este panorama normativo, las últimas propuestas del Gobierno, recogidas en el plan para la transición, apuntan a una reducción de los contratos a tres, estable, temporal y formativos. No se especifica nada más al respecto. También desde el ámbito académico se llama la atención sobre la necesidad de reducir el número de contratos³⁵. Con todo, en todas las propuestas se reconoce la necesidad de arbitrar vías que permitan a las empresas, con necesidades temporales reales, el recurso a la contratación temporal. En concreto, se señala que es necesario permitir a las empresas recurrir a la contratación temporal cuando sea necesario sustituir a trabajadores, cuando existan causas organizativas o productivas y también con el fin de formar a trabajadores.

Resulta, por tanto, que en la práctica volvemos a tener las modalidades típicas de contrato temporal (interinidad, obra o servicio, eventual y formativos).

Quizás en este punto la reforma legislativa debiera pasar por clarificar la definición de las causas que justifican el recurso a los contratos de interinidad, eventual y obra o servicio, teniendo en cuenta la cada vez más depurada jurisprudencia al respecto³⁶.

Al margen de lo anterior, también resultaría conveniente replantearse las medidas antifraude. El límite al encadenamiento de contratos no evita el recurso masivo a la contratación temporal, por cuanto, se produce el fenómeno de rotación. Sería necesario, por ello, vincular la limitación no a la persona del trabajador, sino al puesto de trabajo. Por otro lado, resulta recomendable un replanteamiento de la indemnización en caso de fraude en la contratación temporal, en línea con los pronunciamientos del Comité de Derechos Sociales. No bastaría, por tanto, con contemplar una indemnización de 33 días, sino que en estos casos sería necesario abrir la posibilidad de una indemnización adicional, fijada discrecionalmente por el juez, atendiendo a las circunstancias del caso³⁷.

³⁵ Resultan muy sugerentes algunas de las propuestas en este ámbito de la contratación temporal de CONDE-RUIZ, J.I. y LAHERA FORTEZA, J., "Contra la dualidad laboral", *op. cit.*, pp 110.

³⁶ Sería el momento para incorporar la última jurisprudencia sobre el contrato de obra y la imposibilidad de vincularlo a la duración de la contrata, así como otros pronunciamientos sobre las posibilidades y límites del contrato eventual y de interinidad. Vid. al respecto GOERLICH PESET, J.M., MARTÍN-POZUELO, A.; MOLL NOGUERA, R., "Contratación laboral", *Revista Española de derecho del Trabajo*, núm. 241 2021.

³⁷ CONDE-RUIZ, J.I. y LAHERA FORTEZA, J., "Contra la dualidad laboral", *op. cit.*, pp. 105 y 106.

Jugadores de eSports: condiciones laborales e impacto de las plataformas digitales de streaming

eSports players: working conditions and impact of digital streaming platforms

Miriam García Luna

Graduada en Derecho

Universidad Carlos III de Madrid

Recibido: 3/8/2021

Aceptado: 6/10/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6488>

Resumen: Como consecuencia del gran crecimiento que han tenido los *esports* a lo largo de los últimos años, los jugadores profesionales de videojuegos han experimentado un gran cambio en relación a sus condiciones laborales. A lo largo del análisis de la regulación aplicable, también veremos las consecuencias que tendría aplicar la normativa relativa a los deportistas profesionales y la relativa a los artistas de espectáculos públicos. De manera adicional, trataremos todos los obstáculos que aparecen con la aplicación de la normativa actual que es de aplicación en la industria y los resultados que provoca el uso de nuevas plataformas digitales. A partir de estos datos, ofreceremos una propuesta propia para brindar a los jugadores de *esports* la seguridad legal que merecen dentro del ámbito laboral.

Palabras clave: *esports*, deportes electrónicos, jugador, club, videojuegos, *stream*, condiciones laborales y plataformas digitales.

Abstract: As a result of the great growth that esports have had over the last few years, professional video games players have undergone a big change in their working conditions. Throughout the analysis of the applicable regulation, we will also examine the consequences of applying the regulations relating to professional athletes and public show artists. In addition, we will deal all the obstacles that appear with the application of the current regulations that are applicable in the industry and the results caused by the use of new digital platforms. Base don this data, we will offer our own proposal to provide esports players with the legal security they deserve within the workplace.

Keywords: esports, electronic sports, player, club, video games, stream, labor conditions and digital platforms.

*100384910@alumnos.uc3m.es

1. El crecimiento vertiginoso de los eSports

Los videojuegos, como muchos de los inventos tecnológicos que utilizamos actualmente, tuvieron un origen militar. Debido a la gran inversión realizada por parte de los países a causa de las dos grandes guerras del siglo pasado, aparecieron nuevas empresas con el fin de encontrar un nuevo modelo de mercado destinado a distribuir dichos descubrimientos para el uso doméstico y privado de los ciudadanos de todo el mundo.

Los *eSports* son competiciones a nivel profesional vinculadas a un videojuego específico, por lo que pueden existir un gran número de deportes electrónicos dentro del sector con su normativa propia. Como es lógico, no todos los videojuegos adquieren tal condición, por lo que habrá que analizar ciertos elementos¹. En primer lugar, el juego debe permitir el enfrentamiento entre dos o más jugadores. De este modo, no entrarán dentro de esta categoría los juegos destinados a un solo jugador (*solo player*). Además, los jugadores tendrán que competir en igualdad de condiciones, pues se excluye la posibilidad de que se puedan adquirir mejoras que otorguen ventaja sobre el contrario, siendo únicamente posible ganar al rival valorando las habilidades mecánicas de los jugadores. En tercer lugar, deben existir ligas y competiciones oficiales organizadas por empresas que cuenten con equipos y jugadores profesionalizados. En el caso de España, contamos con la Liga de Videojuegos Profesional (LVP²) y la ESL Masters España, mientras que a nivel europeo contamos con la LCS EU. Finalmente, el videojuego en cuestión debe alcanzar una cifra importante de aficionados activos para crear una demanda significativa. Por consiguiente, si un videojuego cumple con todos estos requisitos, en principio, podrá ser considerado como un ciberdeporte.

Respecto al ámbito de la regulación de los videojuegos profesionales, los *eSports* tuvieron su auge en la década pasada. El primer país europeo que reguló este sector fue Francia en 2016 con la regulación específica de los deportes electrónicos. Otro país que parece estar dispuesto a su próxima regulación es Andorra, pues en junio de 2020 decidieron presentar un proyecto de ley³. Alemania, por su parte, decidió regular el sector calificando a los jugadores como deportistas. Este intento de regular el sector se vio reflejada también en nuestro país, ya que el 25 de marzo de 2009 la Comisión de Cultura del Congreso votó de manera unánime una iniciativa propuesta por el Partido Social Obrero Español (PSOE) donde se reconocía al videojuego como parte de la industria cultural.

Según la Asociación española de videojuegos (AEVI), el sector de los videojuegos español tiene una gran relevancia, ya sea a nivel nacional con una facturación de 1.479 millones de euros en 2018, como a nivel europeo, siendo uno de los países con más fuerza dentro del sector en comparación con otros países⁴. A nivel mundial, los videojuegos han conseguido alcanzar cierto reconocimiento. Tanto es así que el Comité Olímpico Internacional (COI) en la celebración de la 6ª Cumbre Olímpica en 2017 emitió un comunicado en el que reconocía los *eSports* como una actividad deportiva, logro que los usuarios de la comunidad llevaban esperando muchos años. Además, se intentó convertir los ciberdeportes en una actividad olímpica, esta vez sin éxito. No obstante, en atención a las nuevas circunstancias mundiales causadas por la pandemia y el retraso en la celebración de los Juegos Olímpicos de 2020, el COI decidió crear la primera competición de deportes

¹ Gimeno, Bárbara (2019). ¿Qué requisitos debe cumplir un videojuego para ser eSport? *Marca eSports*. Disponible en <https://www.marca.com/esports/2019/05/31/5cf12473ca474178598b4587.html>

² La Liga de Videojuegos Profesional (LVP) es la organización encargada de las mayores competiciones a nivel nacional e internacional desde su creación en 2011 que cuenta con juegos tan importantes como *League of Legends*, *Counter Strike*, *FIFA* o *Valorant*.

³ Barbarà Artigas, Àlex (2021). El proyecto de ley para regular los esports en Andorra. Àlex Barbarà. Disponible en https://www.alexbarbara.es/ley_esports_andorra/#Las_primeras_enmiendas_al_Proyecto_de_ley

⁴ Asociación Española de Videojuegos (2019). *Anuario 2019: La industria del videojuego en España*, pps. 34 y 58. Disponible en: <http://www.aevi.org.es/documentacion/el-anuario-del-videojuego/>

electrónicos denominada Series Olímpicas Virtuales ⁵ (OVS) que tuvo lugar en junio de 2021. Este evento permitió participar en cada una de las cinco diferentes pruebas a personas situadas en cualquier parte del mundo desde sus casas o instalaciones de entrenamiento.

Gracias a un estudio confeccionado por Newzoo, sabemos que los deportes electrónicos superarán en espectadores e ingresos a la Super Bowl o incluso a la Champions League de fútbol en menos de diez años⁶. Todo esto será posible gracias a la posibilidad de retransmitir las partidas vía *streaming* (retransmisión en directo) en diversas plataformas, siendo las más conocidas Twitch, propiedad de Amazon, o YouTube, propiedad de Google. Estas plataformas reciben millones de usuarios cada mes con la intención de disfrutar de las mejores partidas de sus jugadores profesionales favoritos. La situación global de emergencia sanitaria en 2020 ha supuesto la paralización temporal de la económica mundial, y en especial de los espectáculos públicos y de los eventos. Por el contrario, otras actividades han conseguido crecer exponencialmente. Este ha sido el caso del consumo del contenido a través de internet y, por consiguiente, el contenido de los *eSports* no ha sido una excepción. Aludiendo a otro estudio realizado por AcuityAds se ha confirmado que el confinamiento ha disparado el consumo en línea en España en un 75% como consecuencia del COVID-19⁷.

Sin embargo, todos estos datos no implican que la industria de los ciberdeportes sea un sector ajeno a las dificultades socioeconómicas y culturales imperantes en la actualidad, ya que muchos agentes del sector se han visto en graves circunstancias. Una parte importante del impacto negativo proviene de la paralización de los eventos presenciales, ya que estos eran fundamentales a la hora de conseguir inversiones de marcas, pero también se ha visto perjudicada a causa de la incertidumbre que existe en el momento actual, lo cual provoca un retraimiento de los inversores y, por consiguiente, los equipos cuentan con menos presupuesto para ejercer su actividad⁸.

2. Marco jurídico laboral

El fenómeno de los *eSports* ha despertado a nivel mundial la incógnita de cuál sería la regulación perfecta para este sector⁹. Algunos operadores de la actividad, como las organizaciones, prefieren optar por la regulación vigente reflejada en el Estatuto de los Trabajadores, pues creen que si el sector ha sido capaz de nacer y crecer hasta el nivel actual es porque la normativa es completamente válida y suficiente. Asimismo, estos creen que, si personas externas al sector intentasen regularlo con otra configuración (como ocurriría en el caso de regularizarlo con una nueva normativa especial) contaminarían la industria al carecer del conocimiento necesario para hacerlo de manera adecuada.

Otros expertos, por el contrario, denuncian que la normativa actual es completamente insuficiente, ya que no es capaz de dar respuesta a toda la problemática existente y que, por tanto, se debe aplicar una normativa especial creada específicamente para los videojuegos. Cualquier pensamiento que vaya en contra de esta postura, para estos segundos operadores, sería entorpecer el desarrollo de los deportes electrónicos en nuestro país.

⁵ Comunicado realizado por la Comité Olímpico Internacional el 22 de abril 2021. Disponible en <https://olympics.com/en/featured-news/olympic-virtual-series-2021-things-to-know>

⁶ Newzoo (2020). *Global Esports Market Report Light Version*. Disponible en <https://newzoo.com/insights/trend-reports/newzoo-global-esports-market-report-2020-light-version/>

⁷ AcuityAds (2020). Los esports, la gran alternativa para los anunciantes ante el parón deportivo. Disponible en <https://www.acuityads.com/blog/2020/04/29/los-esports-la-gran-alternativa-para-los-anunciantes-ante-el-paron-deportivo/>

⁸ AEVI (2020). *Los esports en España: situación actual y posición de la industria*, p 25. Disponible en http://www.aevi.org.es/web/wp-content/uploads/2020/12/Informe_esports_ESP_20.pdf

⁹ Roqueta Buj, Remedios (2017). El estatuto laboral de los jugadores profesionales de videojuegos. *Revista iusport*. Disponible en <https://iusport.com/art/39670/-i-el-estatuto-laboral-de-los-jugadores-profesionales-de-videojuegos-i>

2.1. Relación especial: los proplayers como deportistas profesionales

Una de las tendencias más predominantes consiste en aplicar la regulación especial ya prevista para los deportistas profesionales debido a la gran similitud que existe entre las características de los jugadores y de las competiciones a las que se ven sometidos con los deportistas tradicionales. Por tanto, podríamos pensar que es de aplicación el Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio.

Desde un cierto punto de vista, las competiciones de videojuegos pueden equipararse con los deportes clásicos en la medida en que los jugadores deben reunir una serie de aptitudes y características. En este sentido, deben comprometerse a seguir unas rutinas de entrenamiento con el equipo y obedecer las directrices del entrenador. Asimismo, cuentan con un equipo de apoyo especializado para mejorar su rendimiento en el que se incluyen analistas encargados de visualizar las partidas y explicar los posibles errores que hayan cometido los jugadores en cada entrenamiento o incluso tener la posibilidad de obtener la ayuda de un psicólogo deportivo.

Continuando con el análisis del Real Decreto 1006/1985, los artículos 9 y 10 también serían perfectamente aplicables en relación con la regulación de la distribución de la jornada de los jugadores, sobre todo vinculado a los entrenamientos que deben seguir, los partidos y las concentraciones previas a las competiciones. Aunque pueda parecer lo contrario por la idea que existe socialmente, los jugadores de *eSports* deben seguir unos entrenamientos muy estrictos durante horas y, una vez finalizados, los chicos continúan entrenando por su cuenta con el único objetivo de conseguir el mayor rendimiento posible en los partidos.

En este sentido, las obligaciones que deberá cumplir el jugador para considerar que ha actuado de manera diligente con el equipo consisten en realizar su actividad en las fechas señaladas, cumpliendo las expectativas que corresponda a la persona en concreto (no se espera lo mismo de todos los jugadores), atendiendo a sus condiciones físicas y técnicas, de acuerdo a las reglas aplicables y siguiendo las instrucciones del club o sus representantes, tal y como establece el artículo 7.1.

Otro de los problemas que presenta la regulación establecida por el Estatuto de los Trabajadores es la referida a la cesión de trabajadores, ya que esta no es legalmente posible. No obstante, en el ámbito del deporte profesional esta circunstancia es perfectamente viable, sin más necesidad que el propio consentimiento de los jugadores, tal y como dispone el artículo 11 del Real Decreto. Esta es una cuestión que trataremos con mayor profundidad en el próximo epígrafe al enumerar toda la problemática de la regulación vigente, pues la cesión de jugadores es un elemento vital en la industria que favorece tanto al club como al propio jugador.

Muchas de las características que presentan los deportistas tradicionales también se ven reflejadas en los jugadores de *eSports*. Por tanto, podríamos pensar que la regulación contenida en el Real Decreto 1006/1985 sería la adecuada en materia de contratación de los jugadores. Sin embargo, previamente habrá que estudiar si realmente estos podrían ser considerados como deportistas y, de este modo, se encuentren dentro del ámbito de aplicación de la normativa. Por su parte, el Real Decreto establece claramente que el objeto de la relación laboral no es cualquier actividad deportiva, sino aquella que desarrolla en el marco de las competiciones oficiales organizadas por las Federaciones y Ligas Profesionales. Por tanto, para que pudieran ser considerados como deportistas profesionales sería necesario que la actividad competitiva de videojuegos se incluyera dentro la organización deportiva.

Esta tesis sobre la aplicación de la regulación del deporte para el ámbito de los deportes electrónicos ha sido seguida por diferentes expertos, entre ellos Adrián Todolí¹⁰. Este autor considera

¹⁰ Conferencia organizada por Adrián Todolí que tuvo lugar en la universidad de Valencia el 26 de enero de 2018 donde intervenían diferentes agentes del sector, entre los que se encontraban Akawonder (jugador profesional de Hearthstone) y Sergi Mesonero (Presidente de la LVP). Además, se contó con el apoyo de grandes expertos en Derecho Laboral y Derecho del Deporte como Alberto Palomar Olmeda o Remedios Roqueta Buj.

que la aplicación del Real Decreto 1006/1985 sería la normativa adecuada incluso cuando el club (o equipo) no haya sido inscrito en los correspondientes registros. Tal y como desprende la propia norma en el artículo 13, la obligación de la inscripción supone una obligación administrativa, por lo que en caso de incumplimiento parece ser que no debería afectar a la esfera laboral. Por tanto, nada impide considerar la existencia de un club deportivo, incluso cuando este no haya sido inscrito. Por otro lado, el propio artículo 1.2 del Real Decreto solo exige la práctica efectiva de deporte para que su regulación sea de aplicación. Por consiguiente, no será necesario el reconocimiento oficial como deporte, ya que esta no es exigida por la norma, tratándose nuevamente de una cuestión administrativa.

De este modo, los equipos de los deportes electrónicos podrán pertenecer perfectamente a este ámbito deportivo y, aun sin cumplir con los requisitos administrativos, ostentarán el amparo legal de la regulación. Esta posición también ha sido seguida por nuestros tribunales al exponer que *“a diferencia de las previsiones que al efecto contenía la primera regulación legal, en la normativa actual no es preciso que el deportista se halle en posesión de la correspondiente licencia federativa”*.¹¹ Por tanto, para que exista un contrato de trabajo de deportista profesional, no será necesario tener en posesión la licencia federativa requerida por la normativa administrativa ni tampoco será obligatorio que el deporte tenga el reconocimiento administrativo previo.

Como vemos, esta interpretación no es para nada descabellada y encuentra reflejo en algunos sistemas jurídicos, como es el caso de Estados Unidos, ya que su Gobierno califica a los jugadores de videojuegos profesionales como deportistas profesionales a la hora de otorgar los necesarios visados de permanencia temporal en su país. En el panorama europeo, tenemos el caso de Alemania quienes comenzaron con el intento de regularización en 2017¹². Los *eSports* no son considerados por el territorio alemán como deporte, pero sí que se ha conseguido equiparar la regulación existente para los visados de inmigración de los deportistas y entrenadores a los jugadores profesionales de videojuegos¹³.

Sin embargo, y como era de esperar, esta visión no es defendida unánimemente. Así pues, Alberto Palomar Olmeda alega que el sector necesita una nueva regulación, pero la aplicación del Real Decreto destinado a los deportistas profesionales no es la vía más adecuada, bajo su punto de vista. Sus argumentos son muy lógicos, pues en ningún momento niega que la legislación especial de los deportistas tradicionales aclare algunas cuestiones. Sin embargo, defiende que estos son insuficientes, pues otros muchos se encuentran exentos de protección.

El problema fundamental gira alrededor de la estructura territorial que deberían tener los deportes electrónicos en relación con las autonomías, ya que cada una podría establecer qué videojuegos son considerados deportes y se podría dar el hecho de que la calificación varíe generando de este modo inseguridad. Por otro lado, continúa su exposición explicando que en los deportes profesionales parece claro el lugar donde se realiza la actividad, es decir, el estadio (campo de fútbol, cancha de baloncesto, etc.). Sin embargo, esto no se puede extrapolar al mundo de los videojuegos, ya que la actividad se realiza a través internet.

Alejándonos del ámbito doctrinal y haciendo referencia a la jurisprudencia, es importante mencionar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pues en el asunto C-90/16¹⁴ falló que no tendrían consideración de deporte las actividades con un componente físico insignificante a efectos de aplicar una exención del IVA según la Directiva 2006/112. En este sentido, el tribunal alega que *“el hecho de que una actividad sea beneficiosa para la salud física y mental no constituye por sí mismo*

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo del 2 de abril de 2009 recurso 4391/2007, FJ 3º.

¹² Barbarà Artigas, Àlex (2018). La situación legal de los esports en Alemania. Àlex Barbarà. Disponible en <https://www.alexbarbara.es/la-situacion-legal-de-los-esports-en-alemania/>

¹³ Barbarà Artigas, Àlex (2019). La ley alemana para facilitar los visados en los esports. Àlex Barbarà. Disponible en https://www.alexbarbara.es/legislacion_visados_esports_alemania/

¹⁴ Sentencia de 26 de octubre de 2017, asunto C-90/16, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, párrafos 24 y 25.

un elemento suficiente para deducir que tal actividad está comprendida dentro del concepto de «deporte», a efectos del mismo precepto”. Por tanto, para el órgano jurisdiccional europeo, los ciberdeportes no alcanzan dicha calificación al no contener un componente físico relevante.

La aplicación de la regulación de los deportistas parece no ser la más adecuada, aunque no se puede negar que es una de las posturas mayoritarias y, por consiguiente, una de las que más peso ostenta. A mi parecer, el profesor Palomar Olmeda está en lo cierto. En un primer momento puede parecer la solución más lógica en atención a todas las similitudes que presentan ambos sectores, pero no se resolverían la totalidad de incógnitas y lagunas que se dan en la actualidad dentro del sector.

2.2. Relación especial: los proplayers como artistas en espectáculos públicos

Otra de las vías legales que se plantean para tratar de dar luz a la controversia es considerar la relación laboral de los jugadores profesionales de videojuegos como si fueran artistas al entender las competiciones como un espectáculo público. Los eventos de videojuegos y espectadores son elementos básicos sin los cuales el sector no podría existir tal y como los conocemos. Teniendo esto en cuenta, podríamos plantear la posibilidad de aplicar el Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos.

En primer lugar, debemos analizar si realmente los jugadores de deportes electrónicos entran dentro del objeto de contrato de esta normativa para lo que tendremos que acudir al artículo 1.2. La realidad es que en la norma no se establece una definición para que una actividad se considere artística, sino que subordina dicha calificación a que la acción se desarrolle ante el público o que estén destinadas a la grabación para su posterior difusión. El artículo menciona una serie de ejemplos (bailarines, músicos, actores, humoristas...), pero dicha mención no consiste en una lista de *numerus clausus*, sino una mera ejemplificación, por lo que cualquier otro tipo de actividad que reúna los requisitos podrá alcanzar dicha calificación.

En segundo lugar, la aplicación la norma sería muy útil en relación con la contratación de menores de 16 años bajo la autorización excepcional contemplada en el artículo 2.1, siempre que la participación no suponga ningún tipo de peligro para la salud física del menor ni tampoco para su formación profesional. Dicha autorización se tendrá que solicitar por los representantes del menor unido al consentimiento del mismo. Una vez que se haya concedido la autorización, corresponderá al tutor la celebración del contrato y, adicionalmente, también corresponderá a este el ejercicio de las oportunas acciones ocasionadas del contrato. Al ser un sector realmente atractivo para los más pequeños, en la práctica es muy común que la mayoría de niños hagan uso de su tiempo de ocio para jugar a videojuegos. Esto unido al auge del sector ha despertado el interés de jóvenes para dedicarse a los *eSports* de manera profesional, entrando en la escena cada vez con menos edad. De hecho, en 2019 Kyle “Bugha” Giersdorf, de 16 años, ganó 3 millones tras convertirse en el vencedor de una competición mundial de Fortnite¹⁵. Asimismo, Joseph Deen se convirtió en el jugador profesional de videojuegos más joven al firmar un contrato de 33.000 \$ con un equipo. Lamentablemente, tendrá que esperar a tener 13 años para poder debutar en la escena¹⁶.

¹⁵ Del Palacio, Guillermo (2019). Kyle Giersdorf “Bugha”, el millonario de 16 años que ganó el Mundial de Fortnite. *El Mundo*. Disponible en <https://www.elmundo.es/tecnologia/videojuegos/2019/07/30/5d3f278021efa0641f8b4637.html>

¹⁶ Millán, Alberto (2021). Conoce a Joseph Deen, el jugador profesional más joven y super bien pagado de Fornite. *Nintenderos*. Disponible en <https://www.nintenderos.com/2021/03/conoce-a-joseph-deen-el-jugador-profesional-mas-joven-y-super-bien-pagado-de-fortnite/>

Por otro lado, el artículo 5 establece la posibilidad de firmar tanto contratos indefinidos como contratos de duración determinada sin necesidad de expresar justa causa para la cláusula de temporalidad, fenómeno que no ocurre al aplicar el Estatuto de los Trabajadores. Esto es interesante en el sentido de que los jugadores únicamente juegan realmente con el equipo durante el periodo que dure la temporada de la liga correspondiente en la que participen. Adicionalmente, los artículos 8 y 9 regulan la jornada de trabajo, teniendo el derecho de ostentar un descanso semanal mínimo de día y medio que en ningún caso podrá coincidir con los días en los que se tenga que realizar la actividad artística.

No podemos olvidar tampoco el hecho de que absolutamente todas las competiciones de *eSports* son retransmitidas a través de algún medio, generalmente a través de las plataformas de *streaming* Twitch y YouTube. De modo que los videojuegos no están destinados únicamente al consumo directo como jugadores, sino también a disfrutar de ellos como espectadores. Los ciberdeportes generan grandes cantidades de eventos relevantes y, unido a la existencia de un elevado número de seguidores que permanecen fieles a todas las retransmisiones de partidas de múltiples videojuegos, podrían parecer claros indicios para aplicar la normativa especial que está siendo objeto de estudio. Sin embargo, otras actividades también originan estos factores y no por ello se califican como espectáculos públicos. Por tanto, debemos seguir buscando una solución que se adapte perfectamente a la industria del videojuego.

2.3. Regulación vigente: los proplayers como trabajadores por cuenta ajena.

Actualmente, los jugadores profesionales se rigen por el contrato ordinario estipulado en el Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, hay algunos operadores del sector, como los clubes y jugadores, que son defensores de una regulación diferente a la actual como consecuencia de la gran inseguridad jurídica que provoca la misma.

No obstante, las organizaciones (como la Liga de Videojuegos Profesional, entre otras) no comparten esta opinión y declaran que una regulación diferente podría perjudicar gravemente el sector debido al gran desconocimiento que todavía se encuentra en nuestra sociedad e, incluso, a veces dentro del propio sector. De hecho, el gran crecimiento que ha tenido la industria española en los últimos años nos ha posicionado en uno de los países con una de las mejores ligas en Europa, haciendo que jugadores internacionales acudan a nuestras ligas nacionales.

Antes de comenzar, debemos analizar si nos encontramos ante un trabajador autónomo o ante un trabajador por cuenta ajena para poder aplicarle el Estatuto de los Trabajadores. Como hay muchos tipos de videojuegos, su método de juego también varía. En este escenario nos encontramos con juegos de un solo jugador o multijugador. De este modo, los jugadores serán considerados como trabajadores autónomos en el caso de que el juego sea individual, pues no existe una coordinación ni entre los jugadores (puesto que no hay más) ni el equipo, es decir, el jugador no sigue instrucciones de nadie.

En caso contrario, tendremos que entender que existe una relación laboral de trabajador por cuenta ajena cuando sea un juego que permita jugar en equipo con varios jugadores y haya una organización y estructura (horarios, entrenamientos, analistas, etcétera). El jugador por cuenta ajena estará vinculado a dicho club a través de un contrato en el que se establece la actividad que va a realizar y por la cual recibirá una contraprestación a cambio de dicho servicio en función de su participación y a los resultados que obtenga el jugador en cuestión.

Como cualquier otro trabajador por cuenta ajena, los jugadores de videojuegos presentan una relación de laboralidad con el equipo (que, en este caso, sería el empresario), pues se dan los

criterios necesarios para establecerla, tal como dispone la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁷ y como analizaremos a continuación¹⁸. En primer lugar, se aprecia la existencia de dependencia, ya que la jornada de los jugadores la organiza y decide el club, de modo que los jugadores tendrán que hacer caso en todo momento a las órdenes de sus entrenadores, analistas, preparadores y psicólogos. Asimismo, tendrán que respetar los horarios, descansos y dietas que se les impongan. De hecho, este sector presenta una particularidad que no existe en el resto: los clubes profesionales cuentan con casas (*gaming house*) equipadas especialmente para que los jugadores vivan en ella durante toda la temporada en la que compiten destinada a la convivencia tanto de los jugadores como del resto de personas que trabajan con ellos. Este escenario permite que el jugador se encuentre concentrado en todo momento en su trabajo y trate de mejorar todo lo posible la relación social que tenga con el resto de los compañeros, algo fundamental a la hora de comunicarse en las partidas. Sin embargo, esto provoca que se vean controlados a todas horas por la organización técnica del equipo¹⁹.

Una vez analizada la situación anterior, parece obvia la existencia del segundo requisito relativo a la ajenidad. Los jugadores no asumen ningún tipo de riesgo, de hecho, el empresario tiene que asumir muchos más costes que en cualquier otro tipo de relación laboral, ya que tiene que afrontar los gastos básicos para vivir de todas las personas que se encuentren viviendo en la *gaming house*. Por consiguiente, el empresario pone a disposición de los jugadores todos los medios necesarios para llevar a cabo la actividad, no siendo relevante que en ocasiones puntuales los jugadores aporten algún medio para realizar la misma, como ocurre cuando ellos mismos llevan sus propios periféricos para jugar. Esta irrelevancia radica en el hecho de que únicamente a través de estos no se puede llevar a cabo la actividad y será necesario que el empresario les entregue un dispositivo electrónico donde puedan jugar.

Asimismo, será el club quien se encargue de organizar los eventos que se van a llevar a cabo de cara al público y quien obtenga directamente los beneficios producidos por la actividad de los jugadores (premios por ganar competiciones, dinero obtenido por la venta de los productos con la imagen del club o de los propios jugadores...). Esto es posible gracias a que los jugadores pactan expresamente con el club la cesión de derechos de imagen. Hay que tener especial cuidado en este asunto, pues muchos clubes contratan a sus jugadores únicamente a través de este contrato mercantil. Sin embargo, la firma de este documento nunca sustituirá la necesidad de la firma del contrato laboral, salvo que se trate de un supuesto donde el club tenga una relación exclusivamente de carácter promocional con el jugador, sin necesidad de que este participe de forma activa en las competiciones²⁰. Por tanto, en todo caso será necesario siempre firmar un contrato de trabajo laboral y, si se desea, firmar un contrato mercantil por la cesión de dichos derechos añadiendo un suplemento al sueldo acordado en el contrato laboral por dicha cesión.

Finalmente, cabe hablar de los últimos dos presupuestos en relación con la voluntariedad y a la retribución que perciben los jugadores. En este sentido, también será función del club establecer la remuneración que cada jugador va a percibir durante el tiempo de vigencia del contrato. Además, la actividad no se desarrolla de manera coercitiva, es decir, el jugador será libre en todo momento de aceptar o no cualquier tipo de oferta por parte de los equipos. Esta prestación del consentimiento no debe solo tenerse en cuenta en un primer momento cuando el trabajador decida unirse al club,

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1990 recurso 1990\197; sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2009 recurso 4169/2008; sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2020 recurso 3008/2017.

¹⁸ ONTIER. Óp., cit., p. 17.

¹⁹ Guindo Morales, Sara (2020). Los indicios o notas características del trabajo autónomo y del trabajo por cuenta ajena a raíz de las recientes y relevantes sentencias judiciales sobre los riders. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales* nº67-68. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=22997>

²⁰ Barbarà Artigas, Alex (2018) ¿Se puede usar el contrato de cesión de derechos de imagen para contratar a jugadores de deportes electrónicos? Àlex Barbarà. Disponible en <https://www.alexbarbara.es/cesion-de-derechos-de-imagen-para-los-jugadores-de-deportes-electronicos/>

sino durante todo el desarrollo de la actividad. De modo que, si por la razón que fuere el jugador no quisiera seguir perteneciendo al club en un momento determinado, podrá abandonarlo siempre que haya existido el preaviso que señalen los convenios colectivos o la propia costumbre, tal y como dispone el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores al contemplar la dimisión del trabajador como una causa de extinción del contrato de trabajo.

Por tanto, se puede concluir que la actividad realizada por los jugadores de *eSports* reúne los requisitos necesarios de laboralidad y, como consecuencia, tendrá la consideración de relación laboral²¹, independientemente de la calificación jurídica que las partes hayan realizado en el contrato y, en consecuencia, serán considerados trabajadores por cuenta ajena aplicando todo el régimen legal previsto para estos.

De forma paulatina son más los clubes que se mentalizan en la importancia de contratar adecuadamente a los trabajadores, ya que apenas hace unos años ni siquiera era pensable la figura del contrato en el sector ni una regulación que pudiera proteger a los jugadores. Un testimonio en voz de Francisco “Moryo” Javier (jugador de League of Legends) que denunció el comportamiento abusivo de su club tuvo como consecuencia la primera demanda contra el equipo eMonkeyz por despido improcedente dentro del sector en 2018 presentada ante un juzgado de lo Social de Madrid²².

Este jugador denunció diferentes hechos que se producían constantemente a nivel interno como tener un tipo de contrato que no se adecuaba a las funciones que ostentaba el jugador, pues este se encontraba contratado de manera temporal a través de un contrato de obra y servicios. Asimismo, el jugador declaraba que su antiguo equipo no respetaba en ningún momento los periodos de descanso ni le remuneraban las horas extraordinarias que realizaba el jugador. De manera adicional, el club decidió cambiar unilateralmente el contrato de trabajo, pasando de ser un contrato indefinido a uno a tiempo parcial, cobrando un salario menor que ascendía a 600 euros mensuales. Finalmente, el club tomó la decisión de despedir a este jugador sin previo aviso ni abonar indemnización ninguna, hecho que hizo que el jugador profesional decidiera demandarlos por despido improcedente. Por suerte, el juez no tuvo que redactar el fallo de la sentencia, pues el equipo consiguió llegar a un acuerdo económico con Moryo en sede judicial con la condición de establecer una cláusula de confidencialidad, por lo que se desconoce el contenido del mismo.

Esta demanda abrió paso a otras posteriores como el caso norteamericano de Turner “Tfue” Tenney²³ donde se asentó jurisprudencia tras declarar que el contrato que había firmado el jugador contenía cláusulas anticompetitivas.

3. Problemática común a los jugadores

El régimen laboral vigente aplicable a los jugadores profesionales de videojuegos carece de la capacidad para solucionar la cantidad de problemas que presenta esta nueva disciplina. La situación fáctica del sector se refleja en la existencia de muchos supuestos donde los trabajadores se encuentran con la desprotección del ordenamiento jurídico. Asimismo, se analizarán las nuevas plataformas digitales y las consecuencias que han tenido dentro de nuestro sector. En este sentido, la aplicación del Estatuto de los Trabajadores a la industria de los videojuegos provoca una gran cantidad de incógnitas que

²¹ Vidán Peña, Jesús Mariano (2021). Las claves laborales en los eSports. *Noticias Jurídicas*. Disponible en <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/tribunas/16136-las-claves-laborales-en-los-esports/>

²² Olías, Laura (2019). La primera demanda de un jugador profesional de videojuegos se salda con un acuerdo para no llegar a juicio. *elDiario.es* Disponible en https://www.eldiario.es/economia/primera-demanda-jugador-profesional-videojuegos_1_1557722.html

²³ Barbarà Artigas, Àlex (2019). El caso Tfue vs. Faze Clan: ¿un caso esencial para el futuro de los eSports norteamericanos? Àlex Barbarà. Disponible en <https://www.alexbarbara.es/TFUE-VS-FAZE-CLAN/>

no deberían ser toleradas dentro de la industria. Por tanto, habría que buscar nuevas vías de legislación para conseguir dar una respuesta y, de este modo, garantizar mayor seguridad a los jugadores y ayudar al crecimiento del sector.

3.1. *Lagunas jurídicas existentes por la aplicación del estatuto de los trabajadores*

El Estatuto de los Trabajadores no es de reciente creación, pues su primera elaboración tuvo lugar en 1980. El texto actual ha sufrido diferentes modificaciones para ir adaptando la normativa a los nuevos avances sociales y tecnológicos que han generado nuevos puestos de trabajo. A pesar de estas modificaciones, la aparición y el crecimiento tan exponencial en los últimos años del sector de los videojuegos hace que esta norma legal se haya quedado anticuada para el ámbito laboral de los jugadores de los ciberdeportes.

3.1.1. Protección de los menores

Este sector se encuentra integrado en su mayoría por personas muy jóvenes, algunos menores de 16 años, sobre todo en la escena *amateur*. Otro de los argumentos que justifican la entrada al sector en una edad tan temprana es que la carrera profesional de estos jugadores es muy corta, incluso más que la de los deportistas tradicionales, pues hay que tener en cuenta que la edad media para abandonar esta profesión se sitúa en los 25 años. En consecuencia, los jugadores tratan de llegar lo más rápido posible a competiciones de alto nivel explotando al máximo su talento, pues los grandes equipos europeos siempre se fijan en los más pequeños para tratar de retener talento el mayor tiempo posible dentro de su club.

El Estatuto de los Trabajadores exige que los trabajadores tengan la mayoría de edad para trabajar. No obstante, el artículo 6 del Real Decreto regula esta cuestión estableciendo que, bajo ningún concepto, los menores de 16 años podrán acceder al trabajo. Únicamente se contempla el supuesto de excepcionalidad en relación con los espectáculos públicos, donde necesitarán la autorización de la autoridad laboral y siempre que no suponga un peligro ni para su salud ni para su formación. La realidad es que esta opción, tal y como se ha analizado anteriormente, resulta inverosímil²⁴. Sin embargo, hay un régimen especial en el Estatuto de los Trabajadores para los menores entre 16 y 18 años, ya que se les permitirá trabajar siempre que tengan la autorización de sus padres o representantes. En el caso de menores emancipados, simplemente necesitarán el consentimiento de sus padres, mientras que si todavía viven de manera dependiente será necesaria la autorización de los padres o representantes legales del menor.

De manera adicional, la protección de los menores en el ámbito laboral también encuentra regulación en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales, pues su artículo 27 está destinada a la protección de estos, remitiéndose a un desarrollo normativo por parte del Gobierno para establecer las condiciones de trabajo de los menores de edad. En el ordenamiento vigente, el Reglamento de 26 de julio de 1957 es el encargado de detallar las industrias prohibidas por su naturaleza peligrosa e insalubre (como la reparación de las máquinas o mecanismos peligrosos o cualquier trabajo que se efectúe a más de cuatro metros de altura, entre otros). No obstante, en todos estos supuestos no encontramos alguno que tenga relación con los deportes electrónicos,

²⁴ EJASO (2018). *Contratación de menores de edad en los eSports*. Disponible en <https://ejaso.com/blog/contrataciones-de-menores-de-edad-en-los-esports>

por lo que, en principio, deberíamos entender que no se trata de una industria prohibida por parte del ordenamiento²⁵.

No obstante, el acceso a la realización de la actividad no sería la única cuestión que se tendría que regular, sino también la limitación de los menores en las competiciones y la regulación de sus horarios y entrenamientos para compatibilizarlo con sus otras obligaciones típicas de la edad. Podemos mencionar algunos instrumentos comunitarios que no solo establecen prohibiciones en el ámbito de la contratación en relación con los menores, sino que también velan por su derecho al descanso. De este modo, encontramos textos como la Directiva 94/33 CE.

En conclusión, la regulación vigente establece algunos mecanismos de protección para los menores de edad. Sin embargo, como en el resto de casos, esta protección es demasiado genérica y no es de gran utilidad dentro de la escena competitiva. Esto es muy arriesgado, ya que la edad recomendada para jugar a alguno de estos juegos es a partir de trece años, como en el caso de *League of Legends* o incluso en una edad aún más temprana a esta como en el caso de *Overwatch*. Por tanto, será necesario esperar a que exista una regulación específica que regulen expresamente el papel del menor.

3.1.2. Imperatividad de contrato indefinido

El contrato común tiene una prevalencia muy fuerte por el contrato de duración indefinida, ya que en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores se establece que, como regla general, se aplicará el contrato indefinido y solo en algunas ocasiones se podrá emplear el contrato de duración determinada, siempre que se den una serie de circunstancias.

Analizando estas causas para el contrato temporal, la única de ellas que parece encajar con los *eSports* es la primera de todas relacionada con la realización de una obra o servicio determinado. Esto se podría justificar con la idea de que los jugadores realizan una actividad determinada limitada en el tiempo, pues tal y como hemos explicado anteriormente los jugadores solo están bajo las directrices del equipo durante el periodo que se prolongue la temporada de la liga a la que pertenezcan. Siguiendo esta idea, muchos clubes de deportes electrónicos firman contratos de duración determinada con sus jugadores, generalmente de un año para satisfacer eficazmente sus necesidades.

Sin embargo, autores como Adrián Todolí²⁶ consideran que es completamente inadmisibles este tipo de contrato para jugadores de videojuegos. Su idea consiste en que los equipos participen todos los años en las competiciones y, por tanto, se trata de una actividad estructural que debe ir acompañada de un contrato indefinido. Siguiendo las declaraciones hechas por el profesor, los clubes tendrán que contratar a los jugadores mediante un contrato indefinido, lo cual no encaja con esta industria. Tanto los jugadores como los equipos necesitan poder tener abierta la vía para establecer una duración de su contrato, pues ninguno de los dos quiere estar atado al otro indefinidamente.

Si un club decidiera ignorar esta norma y añadiera una cláusula en el contrato que pactase la duración del mismo, este pacto sería considerado nulo por fraude de ley y, como consecuencia, el jugador será considerado como un trabajador indefinido. Es más, si se pacta un contrato temporal sin causa de temporalidad, el equipo podrá ser sancionado por la inspección de trabajo. España

²⁵ Guerrero Gómez, Carla (2017). Normativa protectora y prohibiciones de los menores de edad en el trabajo. Universidad de La Laguna. Tenerife. Facultad de Derecho. Disponible en <https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/5660/NORMATIVA%20PROTECTORA%20Y%20PROHIBICIONES%20DE%20LOS%20MENORES%20DE%20EDAD%20EN%20EL%20TRABAJO.pdf;jsessionid=7C504930991FA3B2D42A45881253AA83?sequence=1>

²⁶ Todolí Signes, Adrián. Op.,cit.

tiene un régimen muy severo que se ha ido endureciendo con el paso del tiempo con el fin de perseguir los fraudes de ley en este sentido, ya que es uno de los países con más contratación temporal en fraude en toda Europa.

En conclusión, el carácter indefinido de los contratos de los jugadores es una cuestión imperativa por ley que perjudica tanto al club como a los jugadores, ya que a ambos les interesa tener una movilidad cuando las temporadas finalizan, ya que el caché de los jugadores no será el mismo al principio que al final de la competición.

3.1.3. Movilidad de los jugadores a otros equipos

La regulación actual es poco operativa en esta cuestión, ya que el Estatuto de los Trabajadores prohíbe las cláusulas de cesión de trabajadores entre empresas, salvo que se trate de empresas de trabajo temporal con la correspondiente autorización, tal y como dispone el artículo 43.

No obstante, la transferencia de jugadores entre los distintos equipos es un evento muy habitual durante las competiciones, ya que, generalmente, en cada temporada (aproximadamente duran 3 meses) los clubes suelen renovar completamente su plantilla de jugadores. Además, hay que destacar que la posibilidad de que un equipo pueda ceder a uno de sus jugadores es una cuestión que interesa a ambas partes. Por un lado, el equipo consigue dinero por un jugador que no está siendo útil en su *roster* (plantilla) y, por otro lado, el jugador se ve beneficiado, ya que va a entrenar en un club donde va a poder mejorar sus mecánicas y poder debutar en las distintas competiciones.

Otra problemática que preocupaba en exceso a los clubes es la imposibilidad de retener el talento dentro de su organización. Los trabajadores tienen la completa libertad de abandonar su puesto de trabajo y contratar con una nueva empresa, es decir, un jugador de videojuegos podría decidir abandonar su club en cualquier momento y fichar por otro. Este escenario genera que los clubes no quieran invertir en formación excesiva en los jugadores, pues piensan que, a largo plazo, no será rentable (si cada temporada los jugadores abandonan los clubs, tendrán que invertir constantemente en formar a los nuevos jugadores que se unen al equipo y este nunca obtendría el resultado deseado). No obstante, este es uno de los pocos problemas que podría encontrar solución en el Estatuto de los Trabajadores con la inclusión de ciertos pactos dentro del contrato de trabajo recogidos en el artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores.

En primer lugar, hay que hacer referencia al pacto de plena dedicación o exclusiva, el cual implica que, cuando un club contrata a un jugador, este no podrá competir ni hacer promoción a otros equipos o incluso entrenar a otros jugadores pertenecientes a otros clubes. Sin embargo, para que esta cláusula de exclusividad sea válida, tendrá que ser pactada expresamente en el contrato por escrito y, adicionalmente, se tendrá que pagar una cantidad adicional del salario que percibiría el jugador por su actividad. Este sueldo adicional deberá ser efectivo y no bastará únicamente con pactarlo, pues si el jugador no lo llegara a percibir, este pacto será considerado nulo y el jugador podrá hacer lo que desee. Según tercer apartado del artículo anteriormente mencionado, el trabajador podrá revocar este pacto siempre que quiera cumpliendo el único requisito de que tendrá que avisar por escrito al empresario con una antelación de treinta días sin tener que pagar algún tipo de compensación.

Otros pactos a destacar que son permitidos por ley son los pactos de permanencia y las cláusulas de no competencia postcontractual. El primero obliga al jugador a quedarse en el club hasta un tiempo determinado, mientras que el segundo te permite abandonar el equipo, pero te prohíbe jugar en otro equipo de la misma liga. Es importante recordar que estos pactos no se tratan de

cláusulas de rescisión y únicamente serán válidos si se cumplen unos requisitos establecidos por la jurisprudencia²⁷.

El pacto de permanencia requiere que se pacte expresamente en el contrato o en un anexo y, adicionalmente, que el club ofrezca una formación real y especializada al jugador. En este sentido, la simple formación para que juegue mejor no será considerada como tal, pues el curso impartido debe tener la finalidad de poner en marcha proyectos o trabajos específicos. Por lo general, se tratará de un curso externo que suponga un desembolso de dinero por parte del club. Esta permanencia no será de tiempo indefinido, ya que tendrá la limitación de dos años. Si el jugador abandona el equipo con antelación, deberá indemnizar al club por daños y perjuicios.

La cláusula de no competencia postcontractual impide que el jugador, después de haber abandonado el club a causa de la extinción del contrato de trabajo, acuda a otro equipo para jugar en la misma competición que su anterior equipo. En este sentido, genera expectativas para ambas partes. Por un lado, indemniza al trabajador del perjuicio que pueda suponer no trabajar en otro equipo durante el tiempo que se haya pactado y, a su vez, protege al empresario del posible perjuicio que hubiera supuesto que ese jugador se hubiera ido a otro club perteneciente a su liga y, por tanto, estén en competencia. Esta cláusula será válida siempre que el empresario, en este caso el club, tenga un efectivo interés industrial o comercial y que se satisfaga una compensación adicional al jugador para subsanar los posibles percances que le vaya a ocasionar al jugador en un futuro. Cabe destacar que el tiempo que vaya a durar dicha cláusula tampoco no es indefinido, pues existe la limitación de dos años para las profesiones técnicas y seis meses para el resto. En el caso de los *eSports*, todavía no se ha determinado si se trata de una profesión técnica, pero sí que existen indicios para ello.

En este sentido, se podrían reflejar este tipo de cláusulas en una nueva normativa especial, ya que han demostrado que pueden ser una vía perfectamente válida para solucionar los problemas a la hora de retener talento entre los jugadores. No obstante, todavía queda la cuestión de la cesión de jugadores, por tanto, sí que sería apropiado adoptar un nuevo sistema que vierta luz al asunto, al igual que se lleva a cabo con los deportistas tradicionales.

3.1.4. Vulneración del derecho al descanso

El estatuto de los Trabajadores dispone en su artículo 34 que la jornada máxima semanal tendrá una duración de cuarenta horas. Dentro del mismo precepto, se establece que será necesario que entre jornadas laborales medie un periodo de descanso, como mínimo de doce horas. Asimismo, el artículo 35 dispone que tendrán la consideración de horas extraordinarias todas aquellas que superen a las máximas permitidas, teniendo un límite de 80 horas extraordinarias de manera anual.

Los jugadores profesionales que pertenecen a un club viven en una *gaming house* que el propio equipo les ha proporcionado. El problema aparece cuando tratamos de delimitar la jornada de estos jugadores, originando un incumplimiento de la normativa laboral. Como norma general, los equipos pactan con los jugadores unas seis horas de entrenamientos diarias, pero la verdad denunciada a través de los testimonios de los protagonistas de esta industria revela que, aparte de esas horas de entrenamiento estipuladas en el contrato, los jugadores profesionales continúan mejorando sus habilidades una vez acabada su jornada laboral. No habría ninguna vulneración de derechos si esa decisión fuera tomada libremente por los jóvenes, pero, como se realiza dentro del lugar de trabajo a través de los medios otorgados por el club, resulta bastante difusa la limitación entre la jornada

²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2004, recurso 2468/03; Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2009, recurso 665/2008 FJ 3º; sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Diciembre de 2000, recurso 443/2000, FJ 3º

laboral y el comienzo del tiempo de ocio del jugador. En este sentido, se podría llegar a calificar dichas horas como extraordinarias²⁸.

Tampoco hay que olvidar el hecho de que muchas veces es el propio club quien incita de manera implícita a los jugadores a entrenar fuera de su jornada laboral. Si un jugador decidiera únicamente seguir los entrenamientos que están estipulados en el contrato de trabajo, este sabrá que su rendimiento no será semejante al de sus compañeros, por lo que será sustituido por otro jugador que sea mucho más rentable para el equipo. En esta situación, los jugadores se ven en una presión constante por demostrar su nivel dentro de las partidas, practicando en todos los momentos que tienen disponibles.

3.1.5. Algoritmo de los videojuegos: el sistema de descenso

Muy unida con la problemática anterior y con el gran control al que se encuentran sometidos los jugadores por parte del equipo, nos encontramos con el control al que se someten los jugadores por parte de los propios videojuegos como reflejo del carácter competitivo de los mismos. Los equipos tratarán de contar con los mejores jugadores que les sea posible atendiendo al rendimiento, habilidad y conocimiento de juego de los jugadores, pero ¿cómo identificar a esos jugadores de alto nivel? La solución es sencilla gracias al sistema de puntuación que será diferente en función del videojuego que se trate.

Casi todos los deportes electrónicos cuentan con un sistema de clasificación basado en las victorias del jugador. Por tanto, a medida que el jugador en cuestión vaya ganando más partidas, mejor posición tendrá el *ranking*. Sin embargo, no solo tendrá que preocuparse por las victorias, ya que los deportes electrónicos intentan exprimir al máximo la competitividad. Esta es la razón de la existencia de los descensos para los jugadores más inactivos. De este modo, el propio videojuego penaliza a los jugadores que decidan no jugar de manera regular, haciéndoles descender de liga o incluso quitándosela y obligando al jugador a tener que posicionarse nuevamente si decide regresar. Este escenario genera un ambiente bastante tóxico, pues muchas veces los propios jugadores no jugarían por sí mismos ciertas partidas, pero se encuentran en la obligación de hacerlo para no desaparecer de la escena competitiva.

Por consiguiente, los jugadores se encuentran sometidos a un gran control no solo por parte del equipo al que pertenecen, sino también por parte del propio videojuego. Constantemente los jugadores se sienten forzados a jugar, ya sea para tratar de no descender o simplemente para mejorar de manera continua sus habilidades y demostrar al resto de los clubes dentro de la escena el gran potencial que ostentan y, de esta forma, tratar de llegar a ligas superiores.

3.2. Pluriactividad: plataformas digitales de streaming

Uno de los dilemas principales de los jugadores profesionales de videojuegos es si deben o no adentrarse dentro del mundo del *streaming* (hacer retransmisiones directo) o, por el contrario, centrarse de manera completa en su carrera como jugador. Tal y como apunta Alex Barbarà²⁹, la dicotomía se sitúa en la siguiente pregunta: ¿hacer *streaming* para ganar más dinero o entrenar muchas horas para optar a ganar los premios de los mejores eventos?

²⁸ EJASO (2018). *Claves legales de los esports*. 2º Edición, p. 10. Disponible en <https://ejaso.com/media/eqzd4fzb/claves-legales-esports.pdf>

²⁹ Barbarà Artigas, Àlex (2017). *Stremear o competir, la dicotomia de los e-Sports*. Àlex Barbarà. Disponible en <https://www.alexbarbara.es/stremear-o-competir-e-sports/>

La realidad es que los jugadores profesionales tienen que dedicar muchas horas cada día para entrenar, pero muchos de ellos deciden retransmitir dichas partidas por diversos motivos. Algunos buscando alejarse del estrés de la competición, otros buscando aumentar su número de seguidores y hacerse más notorio dentro de la escena. Sin embargo, el elemento detonador que suele presionar a los jugadores a adentrarse en este mundo es el económico. Por lo general, los jugadores en España tienen salarios bajos. Por ejemplo, los jugadores de League of Legends que participan en la Superliga Orange ganan alrededor de 1.500 euros mensuales.

El mundo del *streaming* en relación a los jugadores de *eSports* ha ido evolucionando poco a poco. Hace unos años, era bastante común que los jugadores, aparte de crear contenido en sus propios canales personales bajo la marca del equipo, también pactasen con el equipo retransmitir un mínimo de horas en el canal del propio club. Sin embargo, esto ya no suele ser común en la actualidad.

Dentro del sector de los videojuegos, existen plataformas que ofrecen la posibilidad de retransmitir estos contenidos de forma online y de manera gratuita. Antes hemos hecho referencia a una de las más importantes: Twitch. Esta empresa fue adquirida por Amazon en 2014 por la cantidad de 970 millones de dólares³⁰. La plataforma dispone de los derechos de retransmisión de grandes eventos de deportes electrónicos. Cabe recordar que los derechos de propiedad intelectual son un elemento fundamental en el sector, ya que, si no dispusieran de ellos, no podrían transmitir ningún tipo de contenido en relación con los videojuegos.

Carlos “Ocelote” Rodríguez, antiguo jugador profesional de League of Legends y fundador de G2, uno de los mayores equipos a nivel mundial, apuntó en una entrevista la gran importancia de dedicarle tiempo y trabajo a la propia imagen: *“Un jugador de juegos electrónicos sin ‘fanbase’, sin marca detrás, sin vender nada puede ganar unos 100.000 euros al año; uno que además tiene ‘fanbase’ y hace ‘streaming’ sube a 150.000 € al año; y si tienes además una marca, ‘royalties’ de cosas que vende con su logo, y demás, sube seguro de 500.000 € o 600.000 € euros al año”*³¹. Ocelote se ha convertido en uno empresarios más influyentes del sector y en gran medida ha sido como consecuencia de la gran cantidad de seguidores que lo apoyan.

Hemos repetido varias veces a lo largo de este estudio que los jugadores de ciberdeportes tendrán la calificación de trabajadores por cuenta ajena siempre que actúen bajo el paraguas de un equipo. Sin embargo, si dichos jugadores deciden dedicar parte de su tiempo en ser creadores de contenido, tendrán la obligación de darse de alta como autónomos, entrando en el ámbito de la pluriactividad y teniendo que cotizar en más de un régimen de la Seguridad Social. Si estos jugadores han cumplido con todos los requisitos de ambos regímenes, tendrán derecho a obtener dos pensiones. No obstante, existe un problema adicional y es que la actividad que nos incumbe no casa adecuadamente con ninguno de los epígrafes contemplados para el régimen de trabajadores autónomos. Como norma general, acaban incluyéndose dentro del epígrafe de artistas y toreros, ya que esta es la recomendación de la Dirección General de Tributos³².

4. La vía jurídica más idónea: la regulación específica

Hemos analizado a lo largo del escrito tanto la regulación vigente como la aplicación de otras normativas alternativas para saber cuál era la más adecuada para la industria. Sin embargo, todas ellas han

³⁰ Reche, Cristina (2020). Amazon trae a España su plataforma de streaming Twitch. *Economía Digital*. Disponible en https://www.economiadigital.es/empresas/amazon-abre-en-espana-la-filial-para-su-plataforma-de-streaming-twitch_20091913_102.html

³¹ Entrevista de Carlos “Ocelote” Rodríguez otorgada al periódico El Mundo en 2015. Dispone en <https://www.elmundo.es/especiales/videojuegos/los-cracks.html>

³² Resolución vinculante de la Dirección General de Tributos V0992-16, de 14 de marzo de 2016.

demostrado ser insuficiente en distintos aspectos. Por ello, la propuesta jurídica más inteligente se fundamenta en la creación de una normativa específica que cubra todas las necesidades de la industria,

Este modelo normativo ha tenido seguidores en distintos países demostrando que es la mejor vía jurídica para resolver la controversia. En el ámbito internacional, no podemos ignorar el fenómeno de Corea del Sur, cuna de los *eSports* y de los mejores jugadores a nivel mundial. En atención al Libro Blanco del desarrollo español de videojuegos de 2016, Corea del Sur produjo durante el 2016 un total de 4,05B de USD (3.389M de euros) en ingresos, siendo la cuarta industria del mundo en ingresos³³. Los deportes electrónicos en el territorio coreano ostentan una categoría superior a cualquier otra profesional, equiparable a los campeones olímpicos. La gran importancia de esta industria en el país se entiende cuando estudios demuestran que la gran mayoría de la población surcoreana juega a videojuegos diariamente³⁴.

En este escenario, era imposible que el Gobierno de Corea del Sur no decidiera regular este sector, sobre todo atendiendo a la gran adicción que los videojuegos causaron en la población. Así, en 2012 el Gobierno introdujo una enmienda (*Shutdown Law o Cinderella Law*) a una ley de protección juvenil con el objetivo de restringir el número de horas que un menor de edad podía dedicarle a los videojuegos, prohibiendo a los menores de 16 años jugar entre las doce de la noche y las seis de la mañana. Esta ley no tuvo un buen recibimiento por la sociedad, ya que alegaban una vulneración de sus derechos fundamentales. No obstante, el Tribunal Constitucional del país declaró que la ley era válida, pero habría que matizar algunos detalles³⁵.

El legislador surcoreano tenía que seguir produciendo una normativa específica para el sector, pero decidió tener en cuenta las anteriores protestas y consultó a los agentes del sector. De este modo, se consolidó colaboración entre el sector público y el privado para dictar una solución que realmente tuviera el objetivo de paliar los problemas reales que existían³⁶. El 17 de febrero de 2012 el Parlamento Coreano promulgó la ley denominada Act on Promotion of e-Sports (electronic sports)³⁷ con la finalidad de ayudar al crecimiento de los deportes electrónicos a nivel nacional, estableciendo una infraestructura adecuada para fomentar su desarrollo, mejorar la competitividad, invertir en posibles eventos para que el público pueda disfrutar de la industria y, sobre todo, incrementar el desarrollo de la economía nacional vinculada a los deportes electrónicos.

Dentro de las medidas recogidas en la Ley, destaca el deber que tiene el Ministerio de Cultura, Deportes y Turismo para crear planes de educación con las universidades del país para enseñar a la población conocimientos sobre la competición, la retransmisión o la investigación del sector. Además, dicho Ministerio tendrá que nombrar una institución que será la responsable de designar los distintos videojuegos que conseguirán la calificación de ciberdeporte. Sin embargo, los requisitos que tendrán que reunir dichos videojuegos no han sido reflejados en el texto normativo.

La importancia de las actuaciones, tanto ejecutivas como legislativas, que ha llevado a cabo el Gobierno coreano reside en que ningún momento deseaban equiparar los *eSports* a los deportes

³³ Desarrollo Español de Videojuegos (2016). *Libro Blanco del Desarrollo Español de Videojuegos*, p. 11. Disponible en <https://www.dev.org.es/images/stories/docs/libro%20blanco%20dev%202016.pdf>

³⁴ Zhou, Ping (2018). South Korea Computer Gaming Culture. *ThoughtCo*. Disponible en <https://www.thoughtco.com/south-korea-computer-gaming-culture-1434484>

³⁵ Barbarà Artigas, Àlex (2018). La regulación jurídica de los deportes electrónicos en Corea del Sur, Àlex Barbarà. Disponible en <https://www.alexbarbara.es/la-regulacion-juridica-de-los-deportes-electronicos-en-corea-del-sur/>

³⁶ Ley nº 11315 del Parlamento Coreano disponible en su última versión de febrero de 2016. Disponible en https://elaw.klri.re.kr/eng_mobile/viewer.do?hseq=43120&type=part&key=17 o en su texto original disponible en <https://drive.google.com/file/d/0B6pcuyAxOmK1a2NCb0xTS0lMaFU/view>

³⁷ Terol Gómez, Ramón (2018). Ley nº 11315 de 17 de febrero de 2012 de promoción de los e-sports (deportes electrónicos) de la República de Corea, con las enmiendas introducidas por la Ley nº 13971 de 3 de febrero de 2016. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento* nº 61. Disponible en https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/90071/1/2018_Terol_RevAranzadiDer-DeporteEntreten.pdf

tradicionales, sino que se decidió desde el primer momento elaborar una regulación propia. La no calificación como tal del sector no se debe a un problema técnico o normativo, sino que realmente se piensa que dicho reconocimiento sería contraproducente para el crecimiento y desarrollo de los deportes electrónicos. A pesar de este pensamiento, se han ido dando pequeños pasos para lograr tal reconocimiento. El Ministerio de Deportes del país ha pasado a formar parte de la Federación Internacional de Esports (IeSF) con el objetivo de que los deportes electrónicos alcancen la calificación de deporte. Finalmente, en 2014 la Universidad de Corea del Sur reconoció los *eSports* como actividad deportiva, de modo que cualquier jugador de un deporte electrónico podía acceder a becas de estudio para financiar los mismos y, además, tener la posibilidad de flexibilizar su horario académico para que este sea compatible con su actividad, tal y como hacían anteriormente con los deportistas³⁸.

Adicionalmente, se crearon diversas instituciones con el objetivo de promocionar la industria a nivel nacional. En 1999, diversas empresas pertenecientes al sector crearon una organización para fomentar la cultura y su retransmisión internacional. Esta asociación, en 2002, fue renombrada a su designación actual conocida como Korea e-Sports Association (KeSPA). Esta institución tuvo una gran relevancia a nivel laboral, pues, aunque en un primer momento no estuviera destinada a ello, el desarrollo de los *eSports* hizo que fuera adquiriendo nuevas competencias. En este sentido, se encargaba de regular las condiciones de los jugadores profesionales en relación a salarios mínimos, condiciones de contratación o la relación de los clubs en ligas internacionales³⁹.

La decisión de regular este sector de manera específica ha tenido consecuencias muy positivas, no solo a nivel económico, sino también a nivel social. Los jugadores de videojuegos profesionales en Corea del Sur son considerados como unas verdaderas estrellas y cualquiera estaría dispuesto a sacrificar grandes cosas para convertirse en uno de ellos. Tanto es así que ha sido necesario continuar regulando algunos aspectos posteriormente.

En 2017, se aprobó la enmienda nº 2007327⁴⁰ para reformar la Game Industry Promotion Act con la finalidad de elevar a delito a las personas que se dedicaran a hacer *elo boosting*. Esta actividad consiste en que un jugador de alto nivel utilice una cuenta de otra persona con el objetivo de subirla de rango a cambio de dinero. Esta actividad está prohibida por parte de las compañías creadoras de los videojuegos sancionando a los usuarios que realicen esta actividad de manera severa, generalmente impidiendo que puedan volver a jugar. Corea del Sur decidió que esta conducta era tan lesiva para la integridad de las competiciones que debía ser castigado más ferozmente, incluso con penas de prisión. La enmienda entró en vigor en 2019 y, a partir de este momento, cualquier ciudadano podrá denunciar a otro por cometer esta actividad y, posteriormente, un órgano administrativo analizará la situación y se dará audiencia a ambas partes. Finalmente, un comité administrativo o juez dictarán la correspondiente resolución⁴¹.

Una vez analizadas estas cuestiones, no cabe duda del gran reconocimiento que supone ser un jugador de deportes electrónicos en el territorio surcoreano. Esta realidad también tuvo un reflejo en un intento de Ley presentada por el Parlamento en 2020 (la conocida como “Ley Faker”, en honor al jugador más exitoso de League of Legends de toda la historia). Este anteproyecto tenía el propósito que determinadas personas designadas por el Ministerio de Cultura, Deportes y Turismo pertenecientes al campo de la cultura y las artes populares pudiera retrasar dicho servicio hasta los treinta años. El servicio militar es el acto más importante que va a desempeñar un coreano en ho-

³⁸ Velesquen Saenz, Gustavo (2020). Los e-sports desde la perspectiva del derecho de trabajo. *Revista Ideides*. Disponible en <http://revista-ideides.com/los-e-sports-desde-la-perspectiva-del-derecho-del-trabajo/>

³⁹ Barbarà Artigas, Alex. Op.,cit.

⁴⁰ Texto original del Parlamento de Corea del Sur disponible en http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_I10-7J0A6H1E2P1T4P0W1S2W3Q9F8D6

⁴¹ Barbarà Artigas, Àlex (2019). El crimen del Elo Boost en Corea del Sur. Àlex Barbarà. Disponible en <https://www.alexbarbara.es/el-crimen-del-elo-boost-en-corea-del-sur/>

nor a su país, servicio que fue institucionalizado en 1957 para los hombres. Cuando los jugadores eran llamados para cumplir con el servicio, debían acudir sin posibilidad de presentar justificación ninguna. No obstante, dado a la gran repercusión de los deportes electrónicos el Parlamento ha planteado la posibilidad de hacer una excepción con dichos jugadores. Lamentablemente, esta Ley no llegó a prosperar, pero los ciberdeportes consiguieron dar un golpe en la mesa, proyectando nuevamente su relevancia⁴².

En el ámbito europeo, tenemos que hacer mención a Francia, ya que fue la pionera y abrió el camino para que el resto de países occidentales instaurasen una normativa específica en la industria. En 2016, se presentó ante el Senado la versión definitiva de la Loi n° 2016-1321 pour une République Numérique⁴³, la cual contó con participación ciudadana por vía electrónica, ya que estos pudieron añadir sugerencias para mejorar la ley.

Esta norma hacía referencia a diversos elementos, como la definición de *eSports* basada en el concepto de videojuego recogido en el artículo 220 del Code général des impôts (código tributario)⁴⁴. Esta definición se convirtió en la primera definición europea que manifestaba claramente lo que tendría la consideración de competición de deportes electrónicos, aunque presentó algunas excepciones como los eventos presenciales de poca relevancia, por lo que estos espectáculos no entrarían dentro de esta regulación.

Dentro de todos los aspectos que se trataban en la normativa destacan la garantía para el pago de los premios de las competiciones siempre que superasen una determinada cuantía. Dichos eventos tenían que contar con la autorización previa de la autoridad administrativa para asegurarse que cumplen con todas las condiciones necesarias. En el ámbito laboral, se recogieron otras definiciones como el concepto de jugador profesional de deportes electrónicos y qué derechos ostentan por tener tal calificación, entendiéndose que será considerada como jugador de *eSports* cualquier persona física que tenga como actividad remunerada el competir en eventos de deportes electrónicos bajo el nombre de un club. La normativa continúa exponiendo que a estos profesionales se les aplicará el código de trabajo en relación con los derechos laborales y salariales.

Tal y como vimos anteriormente, una de las problemáticas que encontrábamos en nuestro país era la relativa a la duración del contrato de trabajo. Este problema ya no existe tras esta regulación por parte del territorio francés, pues permite que un contrato dure lo mismo que una temporada competitiva de videojuegos atendiendo al calendario de las competiciones. Asimismo, también se refleja en la ley la situación de los menores dentro de la industria, entendiéndose que su actuación podrá ser posible siempre que concurren unos determinados requisitos y, además, se cuente con autorización del representante legal. En caso de que consiguiera tal autorización, le será igualmente aplicable el código de trabajo en relación con las remuneraciones.

En el mismo año, el Ministerio de Asuntos Digitales en colaboración con algunos clubes y jugadores crearon, siendo esta la primera federación francesa de deportes electrónicos cuyo fin es representar los intereses comunes de todos los agentes económicos que intervienen en la industria, ya sean profesionales o aficionados, y desarrollar y controlar la práctica de los ciberdeportes como parte de los valores del olimpismo. Esta federación no busca que los *eSports* sean considerados un deporte, pero sí que imparte sus disciplinas a través de un espíritu deportivo y competitivo. De este modo, la asociación busca ser un puente entre el mundo deportivo y el mundo de los deportes

⁴² Queiruga, Álvaro (2020). Faker podría aplazar su servicio militar obligatorio de aprobarse un proyecto de ley en Corea del Sur. *Revista Dot Sports*. Disponible en <https://dotesports.com/es/league-of-legends/news/faker-podria-aplazar-su-servicio-militar-obligatorio-de-aprobarse-un-proyecto-de-ley-en-corea-del-sur>

⁴³ Texto legal original disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000033202746/>

⁴⁴ Barbarà Artigas, Àlex (2016). La regulación de los esports en la république numérique francesa. Àlex Barbarà Disponible en https://www.alexbarbara.es/leyes_francia_esports/#La_regulacion_de_los_e-Sports

electrónicos, pues aunque se entienda que son conceptos diferentes, la realidad es que hay enormes puntos de conexión y, por tanto, se pueden nutrir ambos sectores con el conocimiento del otro ⁴⁵.

En 2017 se aprobaron unos decretos para desarrollar la Ley de los deportes electrónicos en relación con las competiciones y, sobre todo, a los jugadores. Comenzando con el Decreto nº 2017-871 se regula la actuación de los organizadores, exigiendo a estos que soliciten por vía telemática a la autoridad competente para celebrar la competición deseada. Dicha autorización se debe solicitar con un año de antelación, salvo por razones de urgencia que, en esos casos, se podrá solicitar con una antelación de treinta días. Además, el decreto regula los requisitos que debe reunir la competición (personal, materiales necesarios, inscripciones...).

Desarrollando la Ley nº 2016-1321, se fija en diez mil euros la cuantía a partir de la cual es necesario garantizar los premios y, en el caso de que la organización no pueda avalar la cantidad por sí mismos, estos deberán contratar un seguro. En relación con los jugadores, se regula más específicamente el ámbito de los menores, prohibiendo a los menores de doce años el participar dentro de estos eventos cuando se ofrezcan recompensas dinerarias. A partir de los 12 años, será necesario el consentimiento de los padres por escrito. Además, se prevén sanciones para las organizaciones que permitan la participación de estos menores (cuando haya dinero en juego) o no se les haya solicitado la autorización necesaria.

En segundo lugar, tenemos que analizar el Decreto nº 2017-872 con base en el estatuto de la situación de los empleados de los jugadores profesionales de videojuegos. En este texto legal se establece que los equipos que deseen contratar a estos jugadores tendrán que solicitar una licencia al Gobierno. Adicionalmente, se establecen las condiciones para contratarlos y para rescindir dicho contrato durante una temporada y, sobre todo, a través de qué procedimientos se deben llevar a cabo. Estos elementos facilitan mucho el hecho objetivo de que es necesario que exista una movilidad entre los jugadores y los equipos profesionales ⁴⁶. En conclusión, no cabe duda de que nuestro país vecino apostó por una regulación específica, alejándose de la idea de considerar los ciberdeportes como una modalidad de deporte. Francia ha sido el claro ejemplo de que una regulación de este tipo es completamente necesaria para el crecimiento del sector y, a la vez, otorgar la seguridad jurídica necesaria a los jugadores profesionales.

Gracias a la decisión del país francés, otros países han decidido tomar la misma postura. Este es el caso de Andorra, ya que en 2020 presentó un proyecto de Ley para la regulación de los *eSports* ⁴⁷. En dicho Proyecto se define el concepto de jugador profesional y, en este sentido, se realiza una distinción entre jugadores profesionales y *amateurs*. Se entenderá que un jugador profesional será todo aquel residente legal en el territorio andorrano mayor de quince años que esté habilitado para competir y, a cambio, reciba una remuneración por parte de su club. Para poder competir, los jugadores tendrán que contar con la aprobación de la Comissió Andorrana d'Esports Electrònics (CAEE), pues esta se encargará de examinar si el jugador ha pasado un examen médico de aptitud, si dispone de un seguro médico y si ha sido registrado de manera adecuada. Asimismo, se tendrá que informar a esta comisión por parte de los organizadores cuando se pretenda crear un evento. En el caso de competiciones profesionales se tendrá que realizar un preaviso de treinta días.

Este proyecto de Ley aún continúa en debate dentro del Parlamento y hasta la fecha se han presentado siete prórrogas para poder tomar una decisión. Además, este pasado enero el Partido

⁴⁵ France eSports. Présentation de l'Association France eSports. Página web: <https://www.france-esports.org/presentation/>

⁴⁶ Barbarà Artigas, Àlex (2017). La regulación de los eSports en Francia. *Revista iusport*. Disponible en <https://iusport.com/art/44457/la-regulacion-de-los-esports-en-francia->

⁴⁷ Barbarà Artigas, Àlex (2021). El proyecto de ley para regular los esports en Andorra. Àlex Barbarà. Disponible en https://www.alexbarbara.es/ley_esports_andorra/#Que_supone_ser_un_clubjugador_profesional_de_esports_en_esta_propuesta_de_regulacion_andorrana

Socialdemócrata presentó algunas enmiendas con la intención de elevar la edad mínima para participar en las competiciones y añadir sanciones en relación con la posible adicción al juego.

En nuestro país todavía no hemos llegado a alcanzar este objetivo, pero sí hemos empezado el camino. En 2018, MeriStation consiguió realizar entrevistas a distintos representantes de los principales partidos políticos del momento para reflejar su postura acerca de la regulación de los *eSports*⁴⁸, teniendo en cuenta que todos ellos han remarcado el auge del sector y su imperante necesidad de regulación. Teodoro García (Partido Popular) defiende la postura de regular los deportes electrónicos asemejándolos a los deportes tradicionales. Por el contrario, Iban García del Blanco (Partido Socialista Español) y Sofía Castañón (Unidas Podemos) optan por una regulación específica. De hecho, Ciudadanos fue un paso más allá con la Propuesta de no Ley realizada en 2018 por parte de Albert Rivera en donde trató de crear un marco normativo que regulase las diferentes prácticas del sector, realizar un estudio para determinar la situación legal de los jugadores profesionales y demás agentes. Adicionalmente, se buscaba crear una regulación específica para diferenciar la industria de otras figuras afines y, finalmente, crear órganos disciplinarios y políticas para regular la situación de los menores y de sus jugadores⁴⁹.

El potencial español dentro de los *esports* crece de manera exponencial con el paso de los años. Tal y como declara Eider Díaz (Brand Manager de ESL España)⁵⁰, el potencial de España es el reflejo de una escena muy estable y, de desarrollarla a través del procedimiento adecuado, podríamos llegar al nivel de Corea del Sur en muy pocos años. Sin embargo, la frágil situación política de nuestro país ha impedido que este proyecto de regulación específica se haya podido llevar a cabo. No obstante, en estos últimos meses se han conseguido grandes avances como la aprobación de la Ley Rider el pasado mes de mayo que podría ser usada como referencia en algunos aspectos como la consideración de trabajadores asalariados por ley y la revisión por parte de los sindicatos de los algoritmos que afecten a las condiciones laborales. Asimismo, la Comisión de Industria, Comercio y Turismo del Congreso de los Diputados aprobó una Proposición no de Ley para incentivar la industria de los videojuegos en España, modificando el impuesto de la Ley de Impuestos de Sociedades para introducir nuevas deducciones, entre la que se incluye la inversión en proyectos de videojuegos.

6. Conclusiones

Tras un riguroso análisis, se ha conseguido llegar a la conclusión de que las condiciones actuales de los jugadores de videojuegos son claramente deplorables en la práctica, ya que estos no encuentran protegidos sus derechos laborales, produciendo abusos constantes por parte de los equipos, sobre todo en el ámbito *amateur*, tal y como denuncian los propios jugadores en reiteradas ocasiones.

Se han examinado diferentes normativas con el fin de aplicarlas en sustitución del Estatuto de los trabajadores. Los deportes electrónicos tienen muy distintas categorías y modalidades, dificultando enormemente las estructuras competitivas. Esta gran volatilidad se contrapone enormemente con algunas figuras afines de otras industrias. En este sentido, los *eSports* y el deporte son actividades que, aunque aparentemente puedan ser similares, se diferencian en bastantes puntos, motivo por el cual los deportes electrónicos no pueden ser regulados por esta vía sin colisionar en distintos as-

⁴⁸ González, Fabio (2018). ¿Qué piensan los partidos políticos de los videojuegos? *Revista MeriStation*. Disponible en https://as.com/meristation/2018/03/07/reportajes/1520406000_173606.html

⁴⁹ Antón Roncero, Marcos (2018). Las cinco claves de la propuesta de Ciudadanos para regular los deportes electrónicos. *Deportes Cuatro*. Disponible en https://www.cuatro.com/deportes/claves-propuesta-ciudadanos-regular-esports-deportes-electronicos_0_2504776039.html

⁵⁰ Mediavilla, Jorge (2018). ¿Por qué Corea es un gigante de los esports? El camino a ser la gran potencia. *Movistar eSports*. Disponible en https://esports.as.com/industria/Corea-potencia-esports_0_1113188675.html

pectos normativos como el derecho de propiedad intelectual o el territorio donde se lleva a cabo la actividad. Otro fenómeno que se ha planteado es el caso de los artistas de espectáculos públicos, ya que esta normativa podría ser verdaderamente útil en el caso de los menores. Sin embargo, tampoco parece que esta sea la más adecuada, ya que existen diversos sectores encargados de planificar eventos y no por ello se les aplica esta regulación especial. Además, aunque los eventos sean un aspecto importante en la industria, en ocasiones la actividad de los jugadores no está destinada a su difusión.

Asimismo, la regulación vigente de nuestro país ha demostrado ser insuficiente, ya que existen muchos vacíos legales que necesitan una respuesta por parte del ordenamiento jurídico. Las cuestiones más relevantes giran en torno a la cesión de los jugadores a otros clubes, la duración del contrato de trabajo, definir realmente las jornadas de trabajo de los jugadores y, sobre todo, la situación de los menores en la industria, ya que claramente son los sujetos más vulnerables porque, aunque en la práctica compitan en competiciones y trabajen para distintos equipos, el ordenamiento jurídico se desentiende de esta realidad y no les brinda ningún tipo de derecho al entender que los menores de 16 años no tienen la potestad de poder trabajar. Adicionalmente, una de las novedades de este sector sin duda alguna son las *gaming house* y la posibilidad de control que tienen los equipos para asegurarse de que los jugadores profesionales realmente están realizando correctamente su trabajo.

Una vez estudiadas las alternativas más afines con regulación especial y la regulación vigente, parece que solo nos quedaba analizar la situación a la que se encuentran los jugadores en la actualidad con aplicación del Estatuto de los Trabajadores. Estos tienen la consideración de trabajadores por cuenta ajena, ya que reúnen todos los presupuestos de laboralidad para ser considerados como tales. Sin embargo, tendrán la consideración de trabajadores autónomos los jugadores suplentes de los clubes y, además, hay que recordar el fenómeno de la pluriactividad donde un trabajador por cuenta ajena también podrá tener la consideración de trabajador autónomo. En nuestro caso, si el jugador profesional decide dedicarse de manera adicional a la creación de contenido en alguna plataforma digital, este tendrá que darse de alta como autónomo. Esta actividad complementaria otorga a los jugadores un salario adicional para poder tener un salario que les permita poder vivir de manera digna, pues la mayoría de los salarios que reciben estos trabajadores son insuficientes para llevar una vida independiente y autónoma.

Ante esta situación, la única solución plausible es a través de la regulación específica del sector, ya que de este modo se asegurarán todas las necesidades que exigen todos los agentes que participan en la industria. Este modelo ha sido seguido por algunos países como Corea de Sur y Francia, abriendo paso a nuevos territorios para que opten por el mismo camino como el caso de Andorra que se encuentra en trámites para aprobar una legislación específica actualmente. Este panorama podrá ser perfectamente aplicable en nuestro país. Todos los partidos políticos son conscientes del gran alcance de los deportes electrónicos, por lo que todos se muestran colaborativos con el sector, sobre todo para intentar conseguir apoyo entre los más jóvenes. Asimismo, nuestra producción de talento es claramente superior en comparación con el resto de países europeos. Este panorama podría situar a nuestro país en lo alto de la cúspide de los deportes electrónicos.

ARTÍCULOS JURISPRUDENCIALES

La prestación de servicios en varios Estados miembros en los Reglamentos comunitarios de coordinación: la gran olvidada en la lucha contra el *dumping* social... ¿hasta ahora?

Pursuit of activities in two or more member states in the EU regulations on social security coordination: overlooked in the fight against social dumping... until now?

Ángela Martín-Pozuelo López*

Doctora en Derecho. Personal Investigador Postdoctoral (Atracció de Talent)

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia

Recibido: 6/8/2021

Aceptado: 4/10/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6489>

Resumen: Desde el punto de vista de la legislación aplicable en materia de Seguridad Social, la lucha contra el *dumping* social ha tenido como gran protagonista a la regla destinada al desplazamiento temporal de trabajadores. Este protagonismo se ha evidenciado por un amplio estudio de esta regla por la doctrina científica, así como por ser objeto de modificaciones legislativas y jurisprudenciales desde sus inicios. Sin embargo, los datos recientes apuntan a que este protagonismo incuestionable puede estar cediendo terreno ante un actor secundario hasta el momento: la regla prevista para la prestación de servicios en varios Estados miembros. Así parece corroborarlo la Propuesta de reforma de los Reglamentos de coordinación y la reciente STJUE de 20 de mayo de 2021 (asunto C-879/19, Format II).

Palabras clave: coordinación, Seguridad Social, reglamentos comunitarios, ley aplicable, prestación de servicios en dos o más Estados miembros.

Abstract: Posting of workers has been the main protagonist in the conflict rule system lay down in EU Regulations on social security coordination since the beginning. That is due to the risk of social dumping of this special rule. For this reason, many authors have written about posting and many changes of this rule have been made by the European legislator and the CJEU since the first regulation. However, recent data suggest that this unquestionable role of posting may be losing ground to a secondary character: the rule for the pursuit of activities in several Member States. This seems to be corroborated by the Proposal amending Regulations on social security coordination and the recent CJEU judgement of 20 May 2021 (case C-879/19, Format II).

Keywords: coordination, social security, EU Regulations, applicable law, pursuit of activities in two or more Member States.

*angela.martin-pozuelo@uv.es

1. Introducción: del desplazamiento temporal de trabajadores a la prestación de servicios en varios Estados miembros

Como es bien sabido a día de hoy, la determinación de la legislación aplicable en materia de Seguridad Social en el ámbito comunitario se rige por dos Reglamentos europeos: el Reglamento 883/2004¹, desarrollado por el Reglamento 987/2009² (denominados conjuntamente, «Reglamentos de coordinación»).

Estos Reglamentos, aplicables a aquellos países en los que se ha instaurado el derecho a la libre circulación³, no tratan de armonizar los diferentes sistemas nacionales de Seguridad Social interfiriendo en la configuración estatal de estos, sino que respetan sus características particulares tratando, únicamente, de establecer «puentes» de conexión entre ellos para proteger los derechos de las personas que han ejercido el derecho a la libre circulación. Estas normas tienen la nada desdeñable tarea de determinar, entre otras cuestiones, en qué sistema nacional de Seguridad Social se debe afiliarse y, en su caso, cotizar una determinada persona (relación de afiliación-cotización)⁴.

Es fácil deducir, pues, la indudable importancia que tienen las reglas contenidas en estos Reglamentos para los trabajadores afectados, pero también para sus empleadores. Dadas las disparidades existentes en el coste social entre los diferentes Estados miembros, la afiliación y cotización en un determinado país u otro puede suponer un importante ahorro de costes para el empleador (o todo lo contrario). Tanto es así que ya existen algunos estudios sobre el ahorro en costes que se podría producir en función de cambios en la legislación aplicable, pudiendo alcanzar el 19 % en algunos supuestos⁵. Estos porcentajes individuales llevados a gran escala, pueden suponer elevadas cifras para determinadas empresas.

Ahora bien, ni los trabajadores ni los empleadores pueden decidir, por sí mismos, qué legislación de Seguridad Social les va a ser aplicable. Ello depende, exclusivamente, de lo dispuesto en los Reglamentos de coordinación, concretamente, de las reglas del Título II del Reglamento 883/2004 (arts. 11 a 16). Este sistema de normas de conflicto busca que, en cada situación, exista una legislación de Seguridad Social aplicable, y solo una (principio de unicidad), para evitar dobles cotizaciones y vacíos de protección⁶. Además, para que el sistema funcione, y teniendo en cuenta la naturaleza de servicio público de la Seguridad Social, nos encontramos ante unas normas de carácter imperativo, sin que tenga cabida el juego de la autonomía de la voluntad (a diferencia de lo que ocurre respecto de la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo).

Entrando ya en el contenido material del citado Título II, debe partirse de la existencia de una regla general para los trabajadores (por cuenta ajena o propia), unas reglas particulares que excep-

¹ Reglamento CE/883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social (DOCE núm. L 166, de 30 de abril de 2004, pp. 1-123).

² Reglamento CE/987/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento CE/883/2004 (DOCE núm. L 284, de 30 de octubre de 2009, pp. 1-42).

³ Básicamente, los Estados miembros de la Unión Europea (ya sin Reino Unido), los países integrantes del Espacio Económico Europeo (Islandia, Liechtenstein y Noruega) y Suiza.

⁴ GARCÍA RODRÍGUEZ, Isabel, *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991, pp. 100-107.

⁵ Un ejemplo práctico en BERNTSEN, Lisa y LILLIE, Nathan, 2015. Social dumping at work: uses and abuses of the posted work framework in the EU. En: *ETUI Policy Brief, European Economic, Employment and Social Policy*, núm. 7, pp. 2-3 [en línea]. Disponible en <https://www.etui.org/sites/default/files/Policy%20Brief%202015.07%20Berntsen%20Lillie.pdf> [consulta: 22 de julio de 2021].

⁶ Por todas, SSTJCE de 25 de noviembre de 1975 (asunto 50/75, Massonet) y de 12 de junio de 1986 (asunto 302/84, Ten Holder).

cionan o matizan esa regla general, una regla subsidiaria a falta de otra regla aplicable, y, por último, una cláusula de escape de las reglas anteriores.

Respecto de la regla general para los trabajadores, esta se proclama en el artículo 11.3.a) del Reglamento 883/2004: la aplicación de la *lex loci laboris*. Así pues, un trabajador deberá afiliarse y, si procede, cotizar en el Estado miembro donde ejerza su actividad. Para determinar el lugar de ejercicio de esta actividad, es necesario acudir a la jurisprudencia europea, que ha señalado que este lugar coincide con el lugar concreto en el que la persona realiza los actos relacionados con la misma –prestación física de los servicios– (STJUE de 27 de septiembre de 2012 –asunto C-137/11, Partena ASBL y Les Tartes de Chaumont-Gistoux SA–).

En cuanto a las reglas particulares, es necesario precisar que su existencia no es arbitraria, pues su objetivo es evitar que la aplicación pura y simple de la regla general no evite, sino, al contrario, aumente los obstáculos al ejercicio del derecho a la libre circulación (por todas, SSTJCE de 17 de mayo de 1984 –asunto 101/83, Raad Van Arbeid y Brusse–; y de 4 de octubre de 2012 –asunto C-115/11, Format Urządzenia i Montaż Przemysłowe sp. z o.o. y Zakład Ubezpieczeń Społecznych–). De esta forma, solo se procede a excepcionar o matizar la regla general cuando resulte más adecuado otro vínculo de conexión que no sea el lugar de empleo (por todas, STJUE de 13 de septiembre de 2017 –asunto C-570/15, X y Staatssecretaris van Financiën–). Sobre la base de lo anterior, las personas que se han considerado merecedoras de estas reglas particulares son las siguientes: funcionarios (art. 11.3.b); personas llamadas o vueltas a llamar al servicio militar o civil (art. 11.3.d); trabajadores del mar (art. 11.4); miembros de tripulación de vuelo o de cabina (art. 11.5); trabajadores que prestan servicios en más de un Estado miembro, ya sea de forma temporal –trabajadores desplazados– (art. 12), ya sea de forma habitual –trabajadores que prestan sus servicios en dos o más Estados miembros– (art. 13); y agentes contractuales de la Unión Europea (art. 15).

Cuando no sea posible la aplicación de la *lex loci laboris* ni ninguna de las reglas previstas para los colectivos particulares señalados anteriormente, el artículo 11.3.e) del Reglamento 883/2004 establece una regla con carácter subsidiario (no solo para los trabajadores, sino con carácter general): la *lex loci domicilii*. Por lo tanto, será competente la legislación del Estado miembro de residencia de la persona en cuestión a falta de otra regla aplicable (STJUE de 8 de mayo de 2019 –asunto C-631/17, SF e Inspecteur van de Belastingdienst–).

Por último, como se ha adelantado, el Título II del Reglamento 883/2004 prevé una cláusula de escape que permite excepcionar las rígidas reglas señaladas hasta el momento: el artículo 16, que posibilita excepcionar estas reglas imperativas (artículos 11 a 15), por acuerdo de «dos o más Estados miembros, las autoridades competentes de dichos Estados miembros o los organismos designados por dichas autoridades».

La regla particular que, sin duda, ha sido la estrella del sistema de normas de conflicto del Título II del Reglamento 883/2004 es la destinada a los trabajadores desplazados temporalmente (artículo 12). No en vano se trata de la norma más ampliamente estudiada por la doctrina científica nacional e internacional. Esta regla, además, ha existido desde los orígenes de las normas de coordinación –a finales de los años 50–, aunque con importantes variaciones. La idea que subyace en esta regla es permitir que una persona que trabaja habitualmente en un Estado miembro y que por un periodo breve de tiempo va a prestar sus servicios en otro país en el marco de la misma prestación laboral, no tenga que cambiar de legislación aplicable. De este modo, se evitarían complicaciones administrativas para el empleador y las administraciones implicadas, así como eventuales pérdidas de breves periodos cotizados en otros Estados por parte del trabajador afectado (a efectos de obtener prestaciones sociales, por ejemplo). Sin embargo, en la práctica, dados los requisitos exigidos para la aplicación de esta regla especial, no siempre se cumple con esa idea teórica de trabajador desplazado (por ejemplo, porque cabe la contratación con vistas al desplazamiento).

En definitiva, en virtud de esta excepción a la *lex loci laboris*, se permite que un trabajador preste físicamente los servicios en un Estado miembro y, en cambio, esté afiliado y cotizando a la Seguridad Social de otro. Ello ha supuesto un resquicio para las prácticas abusivas y fraudulentas en busca de ventajas competitivas a través de la reducción de costes sociales por cambios de legislación aplicable (esto es, el denominado *dumping social*). Para evitar estas situaciones, tanto el legislador europeo, como el TJUE y la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social (CACSS)⁷ han ido matizando y restringiendo cada vez más los requisitos para poder aplicar el régimen especial previsto para los trabajadores desplazados⁸.

Imaginemos el caso siguiente⁹: empresa establecida en Polonia que contrata a un trabajador con residencia en Polonia pero que va a prestar sus servicios en Francia. En principio, en atención a las reglas anteriormente comentadas, deberíamos aplicar la legislación francesa de Seguridad Social por ser este el lugar de ejercicio de la actividad. Ahora bien, si pudieran verificarse los requisitos del desplazamiento de trabajadores, la legislación aplicable sería la polaca, aunque la prestación se realizara físicamente en Francia. Sin embargo, si no cumplimos estos requisitos, ¿existiría alguna otra regla que pudiera alterar la legislación aplicable? La respuesta es afirmativa, pero debería añadirse la intervención de otro Estado miembro como país de empleo en esta ecuación para poder aplicar la regla del artículo 13 del Reglamento 883/2004.

Esta posibilidad no ha pasado desapercibida para los empleadores que, en los últimos años, han venido recurriendo cada vez más a la regla del artículo 13 –en ocasiones, de manera abusiva o, incluso, fraudulenta– con un régimen mucho más flexible que el desplazamiento de trabajadores. Esta «huida» hacia la regla del artículo 13 del Reglamento 883/2004¹⁰ se ha visto corroborada por los datos facilitados en los últimos informes disponibles sobre los documentos A1 emitidos. En atención al último informe, relativo al año 2019¹¹, la emisión de los documentos portátiles A1 de legislación aplicable al amparo de este precepto se ha incrementado considerablemente en los años 2017–2019, llegando a suponer más del doble de los emitidos apenas en el año 2015¹². No obstante, los A1 emitidos al amparo del artículo 12 siguen siendo superiores en número. Mientras que, en el año 2018, las cifras se acercaron de manera considerable (1'8 millones al amparo del artículo 12 frente a los 1'1 millones emitidos al amparo del artículo 13), en el año 2019 se ha acrecentado la brecha debido al aumento sin precedentes de los PD A1 en aplicación del artículo 12, sobre todo, por el Estado alemán (los PD A1 *ex* artículo 12 han incrementado un 77 % mientras que los A1 *ex* artículo 13 solo lo han hecho un 24 % en el periodo 2018–2019)¹³. Sin embargo, el volumen de

⁷ La CACSS está formada por representantes del Gobierno de cada uno de los Estados miembros, asistidos, cuando sea necesario, por consejeros técnicos (art. 71.1 del Reglamento 883/2004). Entre sus múltiples funciones se encuentran las de dictar decisiones y recomendaciones tendentes a facilitar la comprensión y aplicación de esta normativa por parte de los operadores jurídicos, así como para resolver las cuestiones administrativas o de interpretación derivadas de los Reglamentos de coordinación, tanto del Reglamento de base como del de aplicación (art. 72 del Reglamento 883/2004). Pese a su indudable importancia práctica, las decisiones y recomendaciones de la CACSS carecen de eficacia jurídica vinculante (por todas, SSTJCE de 14 de mayo de 1981 –98/80, asunto *Romano*, apartado 20–; y de 10 de febrero de 2000 –C-202/97, asunto *FTS*, apartado 32–).

⁸ Por todos, RODIÈRE, Pierre, *Sécurité sociale*. En: VV. AA., *Répertoire de droit international*, París, Dalloz, abril 2019, versión electrónica, apartado 172.

⁹ El ejemplo utilizado a lo largo de este estudio, como se verá más adelante, no es arbitrario.

¹⁰ MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, Ángela, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en la Unión Europea: ley aplicable a afiliación y cotización*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, en prensa.

¹¹ DE WISPELAERE, Frederic, DE SMEDT, Lynn y PACOLET, Jozef, *Posting of workers. Report on A1 Portable Documents issued in 2019 (November 2020)*. Luxemburgo, Publications Office of the European Union, 2021.

¹² Página 10 del Informe sobre documentos A1 emitidos en 2019.

¹³ Este crecimiento inusual de los A1 *ex* artículo 12 se atribuye a «la mayor conciencia de los empleadores alemanes sobre los procedimientos de solicitud de un PD A1 y, en consecuencia, su aumento de solicitudes» (p. 11 del Informe

trabajo de las personas cubiertas por el artículo 13 (en equivalentes a tiempo completo) es dos veces mayor que el volumen de trabajo de las personas cubiertas por el artículo 12. Ello se debe al límite temporal existente para la aplicación del régimen cubierto por el segundo precepto (24 meses) y la inexistencia de este para la aplicación del primero. Así, la duración media fue de unos 115 días por A1 *ex* artículo 12 (o unos 194 días por persona), mientras que alcanzó la duración media de casi 312 días por A1 *ex* artículo 13 (o un año completo por persona).

También llama la atención que los dos países principalmente emisores de estos documentos A1 sean Polonia (casi 650.000) y Alemania (más de 1'8 millones). No obstante, mientras Polonia emite, mayoritariamente documentos A1 *ex* artículo 13, Alemania lo hace de conformidad con el artículo 12 (sobre todo, para desplazar trabajadores hacia Austria y Francia). De hecho, Polonia se ha señalado como la principal responsable del aumento exponencial de los documentos A1 emitidos al amparo del artículo 13 en los últimos años¹⁴.

Por último, es importante destacar que el 40 % de los documentos A1 *ex* artículo 13 son emitidos a personas empleadas en el sector del transporte de mercancías por carretera, sector dominado por Polonia en su vertiente internacional en el ámbito de la UE. Consecuentemente, un gran número de documentos A1 *ex* artículo 13 se expiden a conductores de camiones con sede en Polonia.

Estos datos no han pasado desapercibidos ni para el legislador europeo ni para el TJUE, como se expondrá posteriormente.

2. El régimen actualmente aplicable a las prestaciones de servicios en varios Estados miembros

Como se ha anticipado, desde la aparición de las primeras normas de coordinación, la regla destinada al desplazamiento de trabajadores se ha ido matizando y restringiendo cada vez más. Sin ánimo de ahondar en este precepto, por no ser este el objeto del presente estudio, el artículo 12 del Reglamento 883/2004 señala que «(l)a persona que ejerza una actividad asalariada en un Estado miembro por cuenta de un empleador que ejerce normalmente en él sus actividades y a la que este empleador envíe para realizar un trabajo por su cuenta en otro Estado miembro seguirá sujeta a la legislación del primer Estado miembro, a condición de que la duración previsible de dicho trabajo no exceda de veinticuatro meses y de que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra persona enviada».

En la actualidad, para poder aplicar la regla especial del artículo 12 se requiere la concurrencia de cinco requisitos que, sintetizados de manera breve, son los siguientes¹⁵:

- 1) Debe existir una relación directa (relación de subordinación y dependencia) entre el trabajador enviado y la empresa empleadora de envío durante todo el tiempo que dure el desplazamiento (requisito orgánico).
- 2) El empleador del trabajador enviado debe ejercer normalmente sus actividades en el Estado miembro de envío (requisito organizativo). Este requisito se entiende cumplido cuando la empresa realice normalmente actividades sustanciales, distintas de la mera gestión

sobre documentos A1 emitidos en 2019). Además, se han señalado como los principales factores de este incremento el hecho de que «(p)or ejemplo, algunos Estados miembros han establecido sanciones en su legislación nacional por no tener un PD A1 y / o llevar a cabo muchas más inspecciones al tener un PD A1. La comunicación de las autoridades competentes sobre la solicitud de un PD A1 también puede tener un impacto directo en su evolución» (p. 9).

¹⁴ Página 10 del Informe sobre documentos A1 emitidos en 2019.

¹⁵ Ampliamente, sobre estos requisitos, MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, Ángela, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en la Unión Europea...*, *op. cit.*

interna, en el territorio del Estado miembro de establecimiento (art. 14.2 Reglamento 987/2009).

- 3) La duración previsible del trabajo para cuya realización se envía al trabajador al Estado de destino no debe exceder de veinticuatro meses.
- 4) El trabajador enviado debe estar sujeto a la legislación del Estado en el que la empresa que lo emplea esté establecida inmediatamente antes de ocupar su puesto de trabajo (art. 14.1 del Reglamento 987/2009).
- 5) El trabajador en cuestión no puede ser enviado en sustitución de otra persona enviada previamente.

Como puede observarse a simple vista, los requisitos señalados son bastante exigentes, sobre todo a la luz de la interpretación jurisprudencial realizada por el TJUE. Muestra reciente de ello es la STJUE de 3 de junio de 2021 (asunto C-784/19, Team Power Europe EOOD y Direktor na Teritorialna direksia na Natsionalna agentsia za prihodite), sobre el requisito organizativo en los casos de desplazamientos realizados por Empresas de Trabajo Temporal¹⁶.

En contraposición a este régimen tan estricto, el artículo 13 del Reglamento 883/2004 prevé un sistema mucho más flexible cuando el ejercicio de actividades se realiza en dos o más Estados miembros. Concretamente, el primer apartado de este precepto recoge lo siguiente:

«La persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miembros estará sujeta:

- a) a la legislación del Estado miembro de residencia, si ejerce una parte sustancial de su actividad en dicho Estado miembro, o
- b) si no ejerce una parte sustancial de su actividad en el Estado miembro de residencia:
 - i) a la legislación del Estado miembro en el que tenga su sede o domicilio la empresa o el empleador, cuando la persona solo esté contratada por una empresa o empleador, o
 - ii) a la legislación del Estado miembro en el que tengan sus sedes o domicilios las empresas o los empleadores cuando la persona esté contratada por dos o más empresas o empleadores que tengan sus sedes o domicilios en un solo Estado miembro, o
 - iii) a la legislación del Estado miembro, distinto del Estado miembro de residencia, en el que tenga su sede o domicilio la empresa o el empleador, cuando la persona esté contratada por dos o más empresas o empleadores que tengan su sedes o domicilios en dos Estados miembros, siendo uno de ellos el Estado miembro de residencia, o
 - iv) a la legislación del Estado miembro de residencia, cuando la persona esté contratada por dos o más empresas o empleadores, y al menos dos de ellos tengan su sede o domicilio en Estados miembros diferentes distintos del Estado miembro de residencia».

En primer lugar, debe definirse cuándo resulta aplicable este precepto, esto es, cuándo se entiende que una persona ejerce «normalmente» una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miembros. A este respecto, el artículo 14.5 del Reglamento 987/2009 define esta noción como «la persona que ejerza, de manera simultánea o alterna, para la misma empresa o empleador o para varias empresas o empleadores, una o varias actividades diferentes, en dos o más Estados miembros».

¹⁶ Un breve comentario sobre esta sentencia en MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, Ángela, 2021. El desplazamiento de trabajadores realizado por ETT. En: *NET21*, núm. 5, julio 2021 [en línea]. Disponible en <https://www.net21.org/wp-content/uploads/2021/07/El-desplazamiento-de-trabajadores-realizado-por-ETTs.-Breve-comentario-a-la-STJUE-de-3-de-junio-de-2021-C-79419-asunto-Team-Power-Europe.pdf> [consulta: 4 de agosto de 2021].

La prestación simultánea de actividades no parece entrañar mayor complejidad. Sin embargo, la alternancia del Estado en la prestación de servicios puede suponer mayores problemas. Por ello, la Guía Práctica de la CACSS¹⁷ ha especificado que, para poder determinar si un caso de prestación de servicios en diferentes Estados miembros de forma sucesiva está incluido en el artículo 13, debe tenerse en cuenta la duración prevista de los periodos de actividad (aunque la frecuencia de la alternancia carece de importancia, es necesario que exista cierta regularidad en la actividad), pero también las características del trabajo desarrollado¹⁸.

Sin perjuicio de lo anterior, es esencial tener en cuenta la matización plasmada en el artículo 14.5 *ter* del Reglamento 987/2009. A la hora de valorar la existencia de prestación simultánea o sucesiva con carácter normal en varios Estados miembros, solo se deben computar las actividades significativas, con exclusión de aquellas denominadas «marginales». Es decir, únicamente si las actividades desempeñadas en un Estado no tienen la consideración de marginales, podrán ser tenidas en cuenta a efectos de la aplicación del artículo 13. Por tanto, de existir una prestación de servicios significativa en el Estado miembro A y una actividad marginal en el Estado miembro B, no será posible aplicar esta regla especial, sino que tendremos que recurrir a la aplicación de la *lex loci laboris*¹⁹. La Guía Práctica de la CACSS define «actividad marginal» a estos efectos como aquellas actividades que, aunque permanentes, son insignificantes desde la perspectiva del tiempo y del rendimiento económico. Además, se proponen dos indicadores a valorar para determinar esta calificación: 1) considerar actividades marginales aquellas que representen menos del 5 % del tiempo de trabajo ordinario del trabajador y/o menos del 5 % de su remuneración total; y 2) tener en cuenta la naturaleza de las actividades (serán actividades marginales aquellas que sean actividades de apoyo, que no pueden ejercerse de manera independiente o que se realicen desde el hogar o en beneficio de la actividad principal)²⁰.

En segundo lugar, una vez concretado el ámbito de aplicación del artículo 13, debe determinarse en qué supuesto de los cinco que se recogen en el mismo, debe incluirse un caso concreto. Para ello, debe precisarse, primero, el concepto de ejercicio de una parte «sustancial» de la actividad en el Estado miembro de residencia pues, de concurrir, será la ley de este Estado la que resulte de aplicación. En este sentido, se entenderá que se realiza una «parte sustancial» de la actividad en el Estado de residencia cuando se desarrolle en él una parte cuantitativamente importante del conjunto de actividades laborales (sin que, necesariamente, sea la mayor parte). A efectos indicativos, se señalan unos criterios a valorar en el caso de actividades asalariadas, siendo estos el tiempo de trabajo o la remuneración (aunque pueden tomarse en consideración otros criterios adicionales)²¹. Partiendo de estos criterios, si tras una evaluación global de la situación no se alcanzara un mínimo del 25 %, será un indicador de que no se ejerce una parte sustancial de la actividad en el Estado miembro de residencia (art. 14.8 del Reglamento 987/2009). Para realizar esta valoración, deberá considerarse la situación prevista para los 12 meses civiles siguientes (art. 14.10 Reglamento 987/2009). No obstante, en determinados casos, la CACSS ha reconocido la utilidad de analizar la actividad anterior

¹⁷ CACSS, *Guía práctica sobre la legislación aplicable en la Unión Europea (UE), el Espacio Económico Europeo (EEE) y Suiza*. Comisión Europea, Bruselas, diciembre 2013 [en línea]. Disponible en <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=11366&langId=es> (en lo sucesivo, «Guía Práctica de la CACSS»).

¹⁸ Así, «(s)i una persona trabaja en diferentes Estados miembros sin que se observe una regularidad, su situación quedaría cubierta por el artículo 13 del Reglamento en la medida en que el trabajo en Estados miembros diferentes sea una parte intrínseca de la pauta de trabajo y la duración o naturaleza del intervalo entre períodos de ocupación no altere la pauta de trabajo de un modo tal que no pueda considerarse que la persona trabaja «normalmente» en dos o más Estados miembros» (Guía Práctica de la CACSS, p. 28/57).

¹⁹ Sin perjuicio de tener que seguir el procedimiento previsto en el artículo 16 del Reglamento 987/2009.

²⁰ Guía Práctica de la CACSS, pp. 28–29/57.

²¹ Guía Práctica de la CACSS, p. 30/57.

para poder determinar la conducta futura cuando no sea posible adoptar una decisión sobre la base de los datos aportados respecto de la situación prevista (en esta línea, STJUE de 4 de octubre de 2012 –asunto C-115/11, Format–).

Cuando no pueda concluirse que se ejerce una parte sustancial de la actividad en el Estado de residencia, deberá determinarse si solo existe un empleador o hay una pluralidad de ellos. De ser único el empleador, la legislación aplicable será la del Estado miembro donde este tenga su sede o domicilio²². Por lo que se refiere a «empleador» en este contexto, al amparo de reciente jurisprudencia europea, debe entenderse por tal a quien, atendiendo a la realidad fáctica y no a elementos meramente formales, ejerce el poder de dirección efectivo sobre el trabajador, asume, de hecho, los correspondientes costes salariales y dispone de la facultad efectiva de despedirle (STJUE de 16 de julio de 2020 –asunto C-610/18, AFMB Ltd y otros y Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank–). Por su parte, se entiende por sede o domicilio del empleador aquella sede o domicilio en el que se adopten las decisiones fundamentales de esta y en el que se ejerzan las funciones de su administración central (art. 14.5 *bis* del Reglamento 987/2009). Nuevamente, la Guía Práctica de la CACSS ofrece orientaciones más concretas ante esta definición tan general, señalando una serie de criterios a valorar para poder determinar este lugar²³:

- El lugar en el que se encuentra el domicilio social y la administración de la empresa;
- La cantidad de personal administrativo de las oficinas en cuestión;
- El tiempo que lleva establecida la empresa en el Estado miembro;
- El lugar señalado con arreglo a la normativa de la UE como responsable de la administración y el mantenimiento de los registros en relación con los requisitos reglamentarios del sector concreto en el que opera la empresa;
- El lugar donde se realiza la selección y contratación de los empleados;
- El lugar en el que se celebran la mayoría de los contratos con los clientes;
- La oficina que determina la política y los aspectos operativos de la empresa; y
- El lugar donde se ubican las principales funciones financieras, incluidas las bancarias.

Si, en lugar de un único empleador, hubiese una pluralidad de ellos, deberá tenerse en cuenta dónde están situadas las sedes/domicilios de cada uno de ellos, en atención a los criterios anteriores. Si, tras este análisis, se concluye que todos ellos tienen su sede o domicilio en el mismo Estado miembro, será la legislación de este Estado la que resulte aplicable. Por el contrario, si existen discrepancias en la ubicación de las sedes o domicilios de los empleadores, debe hacerse una nueva distinción. Así, si las sedes o domicilios de todos los empleadores están situados únicamente en dos Estados miembros, siendo uno de ellos el de la residencia del trabajador, entonces, la legislación aplicable será la de ese Estado miembro distinto al de la residencia. En el resto de casos, será de aplicación la legislación del Estado miembro de residencia del trabajador.

Una vez analizado el contenido del artículo 13.1 del Reglamento 883/2004, podemos volver al ejemplo señalado anteriormente para ver cómo la aplicación de esta regla puede suponer cambios en la legislación aplicable. Recordemos que el supuesto versaba sobre una empresa establecida en Polonia que contrata a un trabajador con residencia en Polonia pero que va a prestar sus servicios

²² Salvo que esta sede o domicilio esté situado en un tercer Estado, en cuyo caso, la legislación aplicable será la del Estado miembro de residencia del trabajador (art. 14.11 del Reglamento 987/2009).

²³ Si tras la toma en consideración de estos criterios no puede identificarse el lugar de la sede o domicilio empresarial, la Guía señala la aplicación de la legislación del Estado miembro en el que esté situado el establecimiento con el que la persona empleada tenga la conexión más próxima en cuanto a la realización de su actividad laboral, siempre que dicho establecimiento la tenga efectivamente empleada.

en Francia. En principio, la legislación aplicable es la francesa por aplicación de la regla general. Si, por ejemplo, la empresa en cuestión no ejerciera normalmente sus actividades en Polonia, no podría recurrir a la regla del desplazamiento de trabajadores por no cumplir el precitado requisito organizativo. Téngase en cuenta que, de aplicar esta regla especial, en lugar de la legislación francesa de Seguridad Social, sería de aplicación la legislación polaca, con las repercusiones que ello suponga respecto al coste social para el empleador y a la cobertura social para el trabajador empleado.

Ahora bien, ¿qué ocurriría si, además de prestar sus servicios en Francia, el trabajador en cuestión prestara una parte de sus servicios en otro Estado miembro, por ejemplo, en Italia? Es decir, imaginemos que, por ejemplo, este trabajador presta sus servicios en Francia por un periodo de tiempo, posteriormente presta sus servicios en Italia y, finalmente, regresa a Francia a continuar con su actividad. En el momento en el que entra en escena un segundo Estado miembro como receptor de la prestación laboral, podemos interrogarnos sobre la posibilidad de aplicar la regla del artículo 13 del Reglamento 883/2004. En este caso, si resultara de aplicación este precepto, dado que no se estarían prestando servicios en el Estado miembro de residencia (Polonia), y solo hay un empleador con sede en Polonia, la legislación de Seguridad Social aplicable sería la polaca. En efecto, la prestación de servicios en Italia ha habilitado el cambio de legislación aplicable en un caso fuera de los rígidos requisitos del artículo 12 del Reglamento 883/2004.

Esta posibilidad, unida al incremento de los documentos A1 emitidos *ex* artículo 13 en los últimos años, ha llevado a las instituciones europeas a reaccionar por dos vías diferentes, para tratar de evitar situaciones abusivas y fraudulentas que busquen el ahorro en costes como fuente de ventaja competitiva.

3. La Propuesta de actualización de los Reglamentos de coordinación como primera reacción europea

Siguiendo el orden cronológico de aparición, debe hacerse referencia, en primer lugar, a la Propuesta de actualización de los Reglamentos de coordinación, iniciada en diciembre de 2016 por la Comisión Europea (COM (2016) 815 final)²⁴, y todavía en fase de negociación.

Son muchos los aspectos que se han intentado modificar a lo largo de estos años que ha durado el proceso de negociaciones, pero uno de ellos está especialmente vinculado con lo expuesto hasta el momento. Concretamente, en la Propuesta de diciembre de 2016 que dio inicio al procedimiento legislativo ordinario del artículo 294 del TFUE, la Comisión alegó que «(p)ara garantizar una aplicación eficaz y eficiente de las normas de coordinación, es necesario aclarar las normas para determinar la legislación aplicable a los trabajadores que ejercen su actividad económica en dos o más Estados miembros, a fin de lograr una mayor asimilación con las condiciones aplicables a las personas desplazadas o enviadas para ejercer una actividad económica en un único Estado miembro» (considerando 16 del Reglamento propuesto). Por lo tanto, tratar de equiparar el régimen de ambos preceptos era uno de los objetivos perseguidos con esta propuesta de reforma, objetivo que ya venía demandando parte de la doctrina científica²⁵.

²⁴ *Proposal for a Regulation of The European Parliament and of The Council amending Regulation (EC) No 883/2004 on the coordination of social security systems and regulation (EC) No 987/2009 laying down the procedure for implementing Regulation (EC) No 883/2004* (en lo sucesivo, «Propuesta de actualización»), disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52016PC0815>

²⁵ Por todos, CARRASCOSA BERMEJO, Dolores, Desplazamiento en la UE y dumping social en el mercado único: estado de la cuestión y perspectivas. *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, núm. 142, 2019, pp. 37-70 (64).

Durante el largo proceso de tramitación se han ido realizando modificaciones a la propuesta inicial presentada en 2016, llegando a alcanzarse un Acuerdo Provisional sobre las mismas, en marzo de 2019, por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea²⁶. Este acuerdo se encuentra pendiente de aprobación, si bien las materias que centran las negociaciones actuales y de las que depende la aprobación definitiva de la reforma se centran en otras cuestiones²⁷. De esta forma, en este punto, el contenido del Acuerdo Provisional no prevé ser objeto de más variaciones. Pues bien, en este Acuerdo se prevén dos modificaciones relevantes tendentes, expresamente, a la consecución del objetivo de equiparar el régimen de los artículos 12 y 13 del Reglamento 883/2004.

Por un lado, se prevé la modificación del artículo 14.10 del Reglamento 987/2009 para limitar la aplicación de la legislación designada como competente *ex* artículo 13 del Reglamento 883/2004 a un periodo máximo de 24 meses, tomando en consideración la situación prevista para los siguientes doce meses naturales. Finalizado este plazo inicial, se prevé la reevaluación de la situación del trabajador.

Por otro lado, también se prevé la modificación del procedimiento previsto en el artículo 16 del Reglamento 987/2009, aplicable cuando nos encontremos en el ámbito de aplicación del artículo 13 del Reglamento 883/2004. La diferencia principal en esta modificación radica en la distinción realizada en función de si la institución del Estado de residencia designa la competencia de su propia legislación o de la de otro Estado miembro. Cuando estemos ante el primer supuesto, la idea que subyace en esta modificación es tratar de asimilar la competencia de este Estado miembro en estos casos a la que tendría en un supuesto de desplazamiento temporal de trabajadores.

Por último, hay otro cambio ajeno, teóricamente, a esta asimilación de regímenes que, a pesar de estar todavía en fase de negociaciones, podría tener un importante impacto en esta materia: la modificación propuesta para el concepto de sede o domicilio de la empresa o empleador para luchar contra las empresas buzón. Tras sufrir importantes modificaciones respecto de la versión inicial propuesta por la Comisión, en el Acuerdo Provisional se incorporan una serie de factores a tener en cuenta para la determinación de esta sede o domicilio (no exclusivos y de necesaria valoración global): el volumen de negocios, el número de servicios prestados por sus empleados y/o ingresos, el tiempo de trabajo realizado en cada Estado miembro donde la actividad se desarrolla, los lugares donde se celebran las juntas generales, y el carácter habitual de la actividad que se desarrolla. No obstante, la inclusión del criterio referente al «tiempo de trabajo realizado en cada Estado miembro donde la actividad se desarrolla» ha creado un gran desacuerdo entre las instituciones europeas²⁸, sin que se haya llegado a un consenso definitivo todavía²⁹.

De cuanto antecede, puede verse la clara tendencia a homogeneizar las condiciones aplicables tanto en los casos del artículo 12 como del artículo 13. Así, se establece una especie de límite

²⁶ Acuerdo provisional del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea, de 25 de marzo de 2019, sobre la propuesta de revisión de los Reglamentos 883/2004 y 987/2009. Documento 7698/19 ADD 1 REV 1 (en adelante, «Acuerdo provisional»), disponible en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7698-2019-ADD-1-REV-1/en/pdf>

²⁷ En este sentido, último documento disponible de Orientaciones para la continuación del trabajo en la Propuesta de actualización de los Reglamentos de coordinación, de 18 de junio de 2021 (ST 9880/21), disponible en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9880-2021-INIT/en/pdf>

²⁸ Así lo acredita el documento de Orientaciones para la continuación del trabajo en la Propuesta de actualización de los Reglamentos de coordinación, de 18 de junio de 2021 (ST 9880/21), disponible en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9880-2021-INIT/en/pdf>; y en el Documento «Portuguese Presidency paper regarding the negotiations of the Revision of the Regulations regarding the Coordination of Social Security Systems», de 21 de junio de 2021 (ST 9969/21), disponible en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9969-2021-INIT/en/pdf>

²⁹ Para un análisis en profundidad sobre la evolución de la propuesta de reforma en estos aspectos puede consultarse MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, Ángela, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en la Unión Europea...*, *op. cit.*

temporal de duración equivalente (24 meses); se equiparan, en mayor medida, los procedimientos administrativos a seguir; y se podría producir una mayor equiparación también respecto del requisito organizativo en función de cómo quede finalmente definido el concepto de sede/domicilio del empleador. Con todo, aun aprobándose estas modificaciones, el régimen del artículo 13 continuaría ofreciendo mayor flexibilidad que el del artículo 12, si bien con menor diferencia.

4. La culminación jurisprudencial de esta tendencia: la STJUE de 20 de mayo de 2021 (asunto C-879/19, Format II)

A la espera de saber qué sucede, finalmente, con la Propuesta de actualización de los Reglamentos de coordinación, el TJUE ha movido ficha mediante su reciente STJUE de 20 de mayo de 2021 (asunto C-879/19, Format Urządzenia i Montaż Przemysłowe y Zakład Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w Warszawie –en lo sucesivo, Format II–)³⁰.

El caso resuelto en este pronunciamiento resultará conocido para el lector a estas alturas del estudio: trabajador nacional polaco, residente en Polonia, contratado por tiempo determinado por una empresa con domicilio en dicho Estado. La prestación de los servicios se realiza en Francia (durante 13 meses), posteriormente en Reino Unido³¹ (dos meses) y, nuevamente, en Francia (por un tiempo aproximado de dos años). La sociedad empleadora del trabajador, Format, solicitó la aplicación de la legislación de Seguridad Social polaca sobre la base de las reglas previstas en el artículo 14.2 del vetusto Reglamento 1408/71 (actual artículo 13 del Reglamento 883/2004). Sin embargo, las autoridades polacas denegaron tal petición, motivo por el que se dio comienzo al litigio que acabó llegando ante el TJUE.

Conviene tener presente que Format es un subcontratista de obras que ejerce sus actividades en determinados Estados miembros. Su *modus operandi* consistía en contratar a trabajadores en Polonia y enviarlos a los proyectos de obras que se desarrollaban en diversos Estados miembros, en función de las necesidades de la empresa y del tipo de trabajo que hubiera de realizarse. Este proceder llevó a Format frente al TJUE en dos ocasiones para dilucidar la regla del Título II aplicable a sus trabajadores: la primera, en 2012, la ya citada STJUE 4 de octubre de 2012 (asunto C-115/11, Format); y la última, en 2021, sentencia objeto del presente comentario.

Partiendo de estos datos, el TJUE señala que «el interesado efectuó la casi totalidad de su actividad por cuenta ajena en el territorio de un único Estado miembro», es decir, el ejercicio de una actividad por cuenta ajena en el territorio de un solo Estado miembro constituye el régimen normal del interesado. Concretamente, teniendo en cuenta la duración total de la prestación de los servicios del trabajador afectado y los dos meses de servicios prestados en Reino Unido, la prestación de servicios en Francia supone, aproximadamente, el 95 % de la actividad total. Así pues, el Tribunal de Luxemburgo descarta que esta situación quede amparada en el régimen del artículo 14.2 del Reglamento 1408/71 (actual artículo 13 del Reglamento 883/2004). Especialmente si tenemos en cuenta la necesidad de interpretar de manera estricta el artículo señalado por cuanto supone una excepción a la regla general *lex loci laboris*.

Si la prestación de servicios realizada en Reino Unido representó cerca del 5 % de la actividad de este trabajador, podría pensarse, en atención a lo expuesto anteriormente, que nos encontramos ante el ejercicio de una actividad marginal en este Estado miembro. Recordemos que, para poder aplicar el artículo 13 del Reglamento 883/2004, se requiere que las actividades desarrolladas en, al menos,

³⁰ Dictada sin conclusiones del Abogado General.

³¹ Cuando este país aún formaba parte de la Unión Europea.

dos Estados miembros, sean significativas (artículo 14.5 *ter* Reglamento 987/2009). Sin embargo, este precepto fue incorporado en los nuevos Reglamentos de coordinación, pero no existía un artículo equivalente en sus predecesores. Pese a ello, el TJUE llegó a una conclusión similar en aplicación de las anteriores normas de coordinación en su sentencia de 13 de septiembre de 2017 (asunto C-570/15, X). En este pronunciamiento, se resolvió el caso de un trabajador neerlandés, residente en Bélgica, que trabajó para una empresa establecida en los Países Bajos, prestando sus servicios en Bélgica el 6,5 % de su jornada anual (visitando clientes o trabajando desde casa –esto último, sin haberse acordado previamente entre las partes–), y el resto en los Países Bajos (visitando clientes o en la oficina de la empresa). La duda que se suscitó fue si, en un supuesto como este, era posible aplicar la regla prevista para la prestación de servicios en varios Estados miembros. La respuesta ofrecida por el Tribunal europeo en esta ocasión fue clara, negando que el ejercicio de actividades «de manera meramente puntual en el territorio de un Estado miembro» deba tenerse en cuenta a estos efectos. Para valorar si se da este carácter meramente «puntual» o, por el contrario, estamos ante un supuesto de ejercicio «normal» de actividades en varios Estados miembros, es necesario «atender, en particular, a la duración de los períodos de actividad y a la naturaleza del trabajo por cuenta ajena tal como se definan en los documentos contractuales, así como, en su caso, a la realidad de las actividades ejercidas».

De todo cuanto antecede, el TJUE concluyó inaplicable la regla especial de prestación de servicios en varios Estados miembros. Y ello por entender que, de lo contrario, de aplicarse esta regla «por el hecho de que una persona que, del total de horas de trabajo prestadas en un año a su empresario establecido en el territorio de un Estado miembro, realizó solamente el 6,5 % de éstas en el territorio de otro Estado miembro, que es el de su residencia, sin haberlo acordado previamente con el empresario, podría, por una parte, vulnerar el carácter excepcional de la vinculación al Estado miembro de residencia y, por otra, originar un riesgo de elusión de las normas de conflicto de leyes establecidas en el título II de dicho Reglamento».

Volviendo al caso del asunto *Format II*, el Tribunal de Luxemburgo no tenía información acerca del contenido del contrato de trabajo sobre este punto. Sin embargo, teniendo en cuenta el escaso porcentaje que representa la prestación de servicios en Reino Unido, podría pensarse que el TJUE, sobre la base de la sentencia del asunto C-570/15, podría haber rechazado la existencia de un supuesto englobable en el régimen del artículo 14.2 del Reglamento 1408/71 por tratarse de una prestación de servicios realizada normalmente en un único Estado miembro (Francia) con una prestación meramente puntual en otro país (Reino Unido), siendo de aplicación, por ende, la regla general *lex loci laboris*³². Esta conclusión, además, estaría en línea con la incorporación del citado artículo 14.5 *ter* del Reglamento 987/2009³³.

Sin embargo, a pesar de que –en mi opinión– esta opción podría ser la más «predecible», el Tribunal europeo basa su respuesta en otro elemento menos predecible a simple vista. No obstante, esta «sorpresa» no es tanta porque la cuestión planteada ya había sido anunciada en el marco del asunto *Format* de 2012 y el Abogado General en dicho asunto, el Sr. Mazák, ya se había posicionado al efecto, así como la Comisión Europea.

En esta ocasión, es el propio TJUE quien se posiciona sobre si debe establecerse algún límite temporal a la prestación de servicios en los diferentes Estados miembros en el marco de la regla del

³² En línea con lo expuesto por el Abogado General, Sr. Szpunar, en su escrito de conclusiones, de 3 de marzo de 2017, dictadas en el asunto C-570/15. Específicamente, en el apartado 41, señaló lo siguiente: «[...] Ha de considerarse, pues, que la persona que se halla en esa situación ejerce normalmente una actividad por cuenta ajena en un único Estado miembro y está sujeta a la legislación determinada conforme a la norma de conflicto general que establece el artículo 13, apartado 2, letra a), de dicho Reglamento».

³³ En línea, nuevamente, con el escrito de conclusiones del Abogado General Szpunar del asunto C-570/15 (apartados 42 y 43).

artículo 14.2.b) del Reglamento 1408/71. Siguiendo el criterio defendido por el Abogado General Mazák y la Comisión Europea en el marco del asunto C-115/11, y con la finalidad de interpretar de manera coherente el régimen previsto para los desplazamientos de trabajadores y para las prestaciones de servicios en varios Estados miembros, el Tribunal de Luxemburgo concluye que «debe considerarse que una persona que ejerce, durante períodos sucesivos de trabajo, una actividad por cuenta ajena en diferentes Estados miembros, ejerce normalmente una actividad por cuenta ajena en el territorio de dos o más Estados miembros, en el sentido del artículo 14, apartado 2, del Reglamento n.º 1408/71, siempre que la duración de los períodos ininterrumpidos de trabajo efectuados en cada uno de esos Estados miembros no exceda de doce meses, pues (s)olo esa interpretación puede evitar que se eluda el principio establecido en el artículo 13, apartado 2, letra a), de ese Reglamento»³⁴. Es decir, el centro del debate sobre la aplicación o no del régimen previsto para la prestación de servicios en varios Estados miembros en este caso no se sitúa en si existe o no una prestación significativa en ambos Estados, sino en cuánto tiempo ha trabajado de manera consecutiva en el mismo Estado miembro la persona afectada. La fundamentación de ello no se encuentra en ningún requisito aplicable a esta regla que, como el régimen actualmente recogido en el artículo 13 del Reglamento 883/2004, no establecía límite temporal alguno, sino en la interpretación conforme del régimen de esta regla con la prevista para el desplazamiento de trabajadores. En esta sentencia, pues, parece deducirse una voluntad de evitar que, situaciones que no tendrían cabida en el desplazamiento temporal de trabajadores por no cumplir con el requisito temporal, puedan ampararse en el refugio de la regla para la prestación de servicios en varios Estados, eludiendo, así, la aplicación de la *lex loci laboris*.

La sentencia continúa interrogándose, esta vez, sobre la posibilidad de la existencia de un desplazamiento temporal de trabajadores. A falta de mayores detalles de la actividad realizada por la sociedad Format, el TJUE concluye que no parece que se lleven a cabo habitualmente actividades significativas en Polonia, requisito que, como ya se ha señalado anteriormente, es fundamental para la aplicación de la regla especial del desplazamiento de trabajadores (requisito organizativo). Descartada la aplicación de reglas especiales, se concluye la aplicación de la regla general y, por tanto, la aplicación de la *lex loci laboris*, y no la legislación polaca como pretendía la empresa Format.

En definitiva, en esta sentencia, el Tribunal de Luxemburgo ha incorporado un límite temporal a la aplicación de la regla del artículo 14.2.b) del vetusto Reglamento 1408/71 para evitar la elusión de la aplicación de la regla general *lex loci laboris*. Así, únicamente cuando la prestación de servicios ininterrumpida en cada uno de los Estados miembros no exceda el límite temporal de duración del desplazamiento temporal de trabajadores, podremos estar dentro del ámbito de aplicación de esta norma. Este límite temporal se ha cifrado en 12 meses en el asunto Format II por ser este el periodo indicado en el Reglamento 1408/71 para el desplazamiento temporal de trabajadores³⁵. Consecuentemente, para poder aplicar la regla del artículo 14.2.b) será requisito necesario que la persona en cuestión cambie de Estado miembro de trabajo, como mínimo, cada 12 meses.

Como precisión en el marco del actual Reglamento 883/2004, debe recordarse que se amplió esta duración previsible máxima de los desplazamientos temporales de trabajadores de los 12 a los 24 meses, modificación que deberá tenerse en cuenta de cara a aplicar esta nueva doctrina en la esfera de los actuales Reglamentos de coordinación³⁶.

³⁴ La aplicación de la *lex loci laboris* como regla general del sistema.

³⁵ Sin perjuicio de que se pudiera pactar una prórroga por un tiempo no superior a otros 12 meses, con la conformidad del Estado miembro de destino.

³⁶ DRIGUEZ, Laetitia, Exercice d'une activité salariée dans plusieurs États membres. Note CJUE, 20 mai 2021, aff. C-879/19, FORMAT. *Revue Europe : l'actualité du droit de l'Union européenne*. Bruguières, LexisNexis, núm. 7, 2021, versión electrónica.a

5. Conclusiones

El sistema de reglas de conflicto previsto en los Reglamentos de coordinación para determinar la legislación nacional de Seguridad Social aplicable está en continua evolución. Ello no se debe a la multitud de reformas legislativas realizadas –de hecho, son pocos los cambios verdaderamente sustanciales realizados por esta vía desde la aparición de los nuevos Reglamentos de coordinación–, sino a la interpretación que va realizando de estas reglas el TJUE. Especialmente relevantes en este punto son las sentencias dictadas respecto de la regla especial del artículo 12 del Reglamento 883/2004, en materia de desplazamiento temporal de trabajadores. La vía interpretativa ha sido la mayoritariamente utilizada para ir perfilando y, sobre todo, restringiendo, los requisitos necesarios para poder acceder a esta norma de conflicto vista con recelo por el posible riesgo de *dumping social*. La última muestra de ello es la STJUE de 3 de junio de 2021 (asunto C-784/19, Team Power Europe), sobre el requisito organizativo en los casos de desplazamientos realizados por Empresas de Trabajo Temporal.

Debido a la dificultad de alcanzar acuerdos para modificar las normas de coordinación – como así lo demuestra la ya longeva propuesta de reforma iniciada en 2016 y todavía inconclusa–, no es de extrañar que muchos cambios se produzcan vía jurisprudencial y, una vez consolidada la jurisprudencia, se positivice su contenido o, en menores ocasiones, se modifique la legislación para evitar tal interpretación europea.

De igual modo se está empezando a proceder también en el ámbito de la regla del artículo 13 del Reglamento 883/2004, aunque sea mediante la interpretación de su predecesor, el Reglamento 1408/71, de contenido prácticamente análogo. El interés que parece haberse despertado por este régimen está amparado por la posible existencia de riesgo de *dumping social* fuera de las reglas tan rígidas del desplazamiento de trabajadores, escapando de la aplicación de la *lex loci laboris*. La importancia creciente de esta regla también encuentra respaldo empírico en el aumento de documentos A1 emitidos al amparo de este régimen particular en los últimos años, sobre todo por Polonia.

Con este telón de fondo, el Acuerdo Provisional alcanzado, en marzo de 2019, en el marco del procedimiento de reforma de los Reglamentos de coordinación incorpora importantes modificaciones para equipar los regímenes del artículo 12 y del artículo 13 del Reglamento 883/2004 (como ya venía reclamando la doctrina científica). Así, se tratan de establecer requisitos similares tanto en lo que a los requisitos temporal y organizativo se refiere (con las necesarias salvedades), como al procedimiento administrativo a seguir para la determinación de la legislación aplicable en estos casos. Estos cambios propuestos, de llegar a aprobarse, aunque no cabe duda de que asemejarían ambos regímenes, no impedirían que el artículo 13 del Reglamento 883/2004 siga siendo mucho más flexible que el régimen previsto para el desplazamiento temporal de trabajadores.

A la espera de saber qué ocurre, finalmente, con este tortuoso procedimiento de reforma, la jurisprudencia europea ha ido introduciendo especificaciones para la aplicación de esta regla particular destinada al ejercicio de actividades en dos o más Estados miembros, algunas de las cuales se encuentran positivizadas en los Reglamentos de coordinación (por ejemplo, la exclusión de la toma en consideración de las actividades marginales a los efectos de este régimen particular, incorporada en el artículo 14.5 *ter* del Reglamento 987/2009). Sin embargo, recientemente se ha incorporado un requisito temporal a la aplicación del régimen previsto para estas prestaciones de servicios, al margen del tenor literal de la norma, pero sobre la base de una interpretación sistemática de este precepto en relación con el régimen previsto para el desplazamiento de trabajadores. De este modo, en el marco de los anteriores reglamentos de coordinación, se preveía que una prestación de servicios de hasta 12 meses podría considerarse «temporal» a efectos del desplazamiento de trabajadores. Por ello, el TJUE, en su sentencia de 20 de mayo de 2021 (asunto C-879/19, Format II), viene a

concluir que, cuando exista una prestación de servicios sucesiva en diferentes Estados miembros, solo podrá aplicarse lo previsto en el artículo 14.2.b) del Reglamento 1408/71 en la medida en la que se presten servicios «temporales» en sucesivos Estados miembros, esto es, si la prestación de servicios ininterrumpida en cada Estado miembro de trabajo sucesivo no supera la barrera de los 12 meses señalada. De lo contrario, sería de aplicación la regla general *lex loci laboris* (art. 13.2.a Reglamento 1408/71).

Tras este pronunciamiento, a mi parecer, se esconde mucho más que la búsqueda de una interpretación sistemática de las diferentes reglas del sistema de normas de conflicto. Esta sentencia trata de poner límites a la aplicación del artículo 13 del Reglamento 883/2004 que, hasta la fecha, no había tenido demasiado protagonismo práctico, a pesar de estar siempre en el punto de mira de la doctrina –que ha cuestionado en diversidad de ocasiones los criterios de conexión utilizados en las diversas versiones de esta regla a lo largo de los años–. El número de documentos A1 expedidos al amparo de este precepto parece augurar un incremento de sentencias del TJUE sobre su interpretación y, probablemente, sigan esta misma tendencia restrictiva, precisamente, resguardándose en el deber de interpretación estricta de las excepciones a la *lex loci laboris*.

6. Bibliografía

- BERNTSEN, Lisa y LILLIE, Nathan, 2015. Social dumping at work: uses and abuses of the posted work framework in the EU. En: *ETUI Policy Brief, European Economic, Employment and Social Policy*, núm. 7, pp. 2-3 [en línea]. Disponible en <https://www.etui.org/sites/default/files/Policy%20Brief%202015.07%20Berntsen%20Lillie.pdf> [consulta: 22 de julio de 2021].
- CARRASCOSA BERMEJO, Dolores, Desplazamiento en la UE y dumping social en el mercado único: estado de la cuestión y perspectivas. *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, núm. 142, 2019, pp. 37-70.
- DE WISPELAERE, Frederic, DE SMEDT, Lynn y PACOLET, Jozef, *Posting of workers. Report on A1 Portable Documents issued in 2019 (November 2020)*. Luxemburgo, Publications Office of the European Union, 2021.
- DRIGUEZ, Laetitia, Exercice d'une activité salariée dans plusieurs États membres. Note CJUE, 20 mai 2021, aff. C-879/19, FORMAT. *Revue Europe : l'actualité du droit de l'Union européenne*. Bruguières, LexisNexis, núm. 7, 2021, versión electrónica.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, Isabel, *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.
- MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, Ángela, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en la Unión Europea: ley aplicable a afiliación y cotización*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, en prensa.
- MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, Ángela, 2021. El desplazamiento de trabajadores realizado por ETT. En: *NET21*, núm. 5, julio 2021 [en línea]. Disponible en <https://www.net21.org/wp-content/uploads/2021/07/El-desplazamiento-de-trabajadores-realizado-por-ETTs.-Breve-comentario-a-la-STJUE-de-3-de-junio-de-2021-C-79419-asunto-Team-Power-Europe.pdf> [consulta: 4 de agosto de 2021].
- RODIÈRE, Pierre, Sécurité sociale. En: VV. AA., *Répertoire de droit international*, París, Dalloz, abril 2019, versión electrónica.

Los elementos delimitadores de la discriminación por asociación

The delimiters of discrimination by association

Beatriz Sánchez-Girón Martínez*

Master en asesoramiento y consultoría jurídico laboral

Recibido: 7/9/2021

Aceptado: 20/10/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6490>

Resumen: La labor de creación jurisprudencial del TJUE es de vital importancia y tiene presencia en todos los Estados miembros, especialmente en materia de discriminación. A raíz del asunto Coleman apareció la doctrina de la discriminación por asociación, que permitió ampliar el alcance de la discriminación. De esta manera, hoy se reconoce que el principio de igualdad de trato se circunscribe a las personas que poseen unas características concretas protegidas por ley y a otras con las que se relacionan. Sin embargo, continúa siendo un tipo de discriminación jurisprudencial; por eso, es necesario hacer un análisis de la casuística para, finalmente, determinar cuáles son los elementos definitorios de la discriminación por asociación con el fin de clarificarlo y estudiar cómo ha sido y será su aplicación.

Palabras clave: Discriminación por asociación, TJUE, igualdad de trato, directivas, derecho social comunitario.

Abstract: The case law of the CJEU has a critical importance, and it has influenced all the Member States of the EU, especially in the field of equality law. As a result of the judgment of this court in the Coleman case, the discrimination by association allowed the scope of discrimination to be broadened. Due to the gradual application, it is generally said that the principle of equal treatment is limited to people who have specific characteristics protected by law and also to others with which they are related. Nevertheless, it continues to be a type of jurisprudential discrimination and it is not recognized in many provisions. Therefore, it is necessary to make an analysis of the case law in order to determine what are the defining elements of discrimination by association, to clarify this concept and to study how its application has been and will be in the future.

Keywords: Discrimination by association, CJEU, equal treatment, directives, European social law.

I. Introducción

Actualmente, la igualdad de trato es un principio jurídico universal inserto en la raíz más profunda de la Unión Europea y de sus Estados miembros. El camino recorrido por nuestra sociedad para alcanzar

*beatriz.sgm@hotmail.com

la igualdad entre todos los ciudadanos ha sido cuanto menos fructífero en muchos aspectos, y se han alcanzado resultados hasta hace unos años impensables. Sin embargo, todavía existen prejuicios y estereotipos sociales sobre ciertos grupos que obstaculizan alcanzar las metas finales. En diferentes ámbitos de nuestra vida, algunas personas se ven expuestas a vivir situaciones en las que se les brinda un trato más desfavorable. Por esta razón, la norma ha elaborado con gran acierto definiciones sobre los tipos de discriminación que se pueden sufrir especificando qué elementos conforman las mismas, quienes son susceptibles de padecerlas y en que circunstancia pueden darse. Precisamente por ello, este trabajo encuentra su motivación en destacar en la función del Derecho como elemento capaz de dar a todas las personas unas condiciones de igualdad y de remover los obstáculos que se interponen en la lucha por la igualdad efectiva entre todos los ciudadanos, y en todos los ámbitos.

No obstante, el dinamismo de la realidad hace que las definiciones que en un primer momento nacieron como forma de caracterización de la discriminación sean insuficientes. Por eso, han aparecido nuevas formas de discriminación que modifican los elementos que inicialmente configuraban la discriminación para hacer llegar la protección a nuevos supuestos. Una de ellas es el tema inicial del presente trabajo: la discriminación por asociación, la cual se puede definir como “la situación de discriminación que experimenta una persona, no porque posea una característica determinada (...) sino por motivo de su relación con una persona que sí posee dicha característica”.

Este trabajo es una investigación jurídica que tiene por objeto definir los elementos de la discriminación por asociación. El derecho tiene un componente sociocultural de gran peso porque se mueve por las exigencias de la sociedad, dando soluciones alternativas a problemas concretos. En este contexto aparece la discriminación por asociación. Su relativa reciente creación exige un estudio profundo de su origen y su paulatina aplicación. Así se podrían concluir cuáles son sus elementos y poder dar, finalmente, respuesta a los problemas que pueden darse en su aplicación.

II. El origen de la discriminación por asociación

Sufre una discriminación quien es víctima de un trato desfavorable propiciado por uno de los motivos previstos en la Ley. Estos motivos de discriminación pueden estar contenidos en la norma nacional o internacional, sin olvidar la normativa comunitaria. Gracias a la variedad de casos a los que se ha enfrentado, la jurisprudencia ha concretado cuál es el alcance de esos motivos bajo los que se podría producir una discriminación. Sabemos que la prohibición de discriminación tiene por objeto garantizar el principio de igualdad de trato entre todos los individuos, pero no quiere decir que todas las diferencias de trato sean una discriminación, ya que pueden permitirse si persiguen un objetivo legítimo, con unos medios proporcionales y adecuados para el fin pretendido. Ha sido la pericia jurisprudencial, tanto de Tribunales nacionales como de internacionales, la que ha determinado cuándo algún trato aparentemente desfavorable es objetiva y razonadamente justificado, y cuándo no. O lo que es lo mismo, se ha precisado con gran acierto cuándo una situación es susceptible de ser discriminatoria, dando lugar a nuevos tipos de discriminación.

2.1. Origen: El caso Coleman

En el año 2008, el TJUE resolvía una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal inglés *Employment Tribunal* en relación al alcance de la prohibición de discriminación en la Directiva 2000/78. La respuesta del TJUE, sentencia TJUE Coleman de 17 de julio de 2008, Coleman, C-303/06, ampliaba la noción de discriminación a un supuesto hasta entonces no concebido: la discriminación

por asociación, también llamada refleja o transferida. Pese a estar vinculada a un caso y a un tipo de discriminación concreto, los criterios de aplicación de la prohibición de discriminación empleados en el supuesto abrían paso a una nueva forma de entender la discriminación, extrapolable a cualquier motivo contenido en la norma.

La señora Coleman prestaba servicios en un despacho de abogados en Reino Unido, pero se vio obligada a abandonar su puesto de trabajo a consecuencia del hostigamiento recibido por el empresario, lo que en Derecho inglés se conoce como *unfair constructive dismissal*. Este despido se produce cuando la conducta del empresario, contraviniendo las normas y el contrato de trabajo, hace que el trabajador se vea obligado a apartarse del trabajo, por lo que habría que determinar si la conducta empresarial ha sido suficiente para provocar la renuncia del trabajador. Coleman decidió entablar acciones legales argumentando que había sufrido un trato desfavorable en comparación al resto de sus compañeros por el hecho de ser madre de un hijo que sufría una discapacidad. El empresario se había negado de forma sistemática a concederle permisos para fomentar la conciliación laboral y familiar, permisos que otros trabajadores sí tenían; llegando incluso a recibir un trato degradante, consistente en insultos o amenazas al intentar reclamar la concesión de estos permisos. Ante estos hechos, el tribunal inglés (*Employment Tribunal*) formuló al TJUE cuatro cuestiones prejudiciales para dilucidar si, ante un supuesto como el de Coleman, podría aplicarse la Directiva 2000/78 que se pueden resumir en las siguientes dos preguntas: ¿sería un impedimento para estudiar la posible discriminación el hecho de que quien padece el trato vejatorio no sea la misma persona que sufre el motivo o condiciones determinante de la discriminación? En caso de determinar que no fuese un obstáculo, ¿podría ser un comportamiento discriminatorio el trato menos favorable a un trabajador por el mero hecho de tener un hijo discapacitado?

Con respecto a la primera pregunta, el TJUE realiza una interpretación amplia que no puede tener más que una valoración positiva de la Directiva 2000/78. Dicha directiva contempla expresamente en su artículo primero que su finalidad es establecer “un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad, y de orientación sexual en el ámbito del empleo y de la ocupación (...)”. En este caso, es el hijo de Coleman quien sufre una discapacidad, y no ella, lo que podría suscitar dudas acerca de si cabría aplicar la norma europea o si es un supuesto que se encuentra fuera de ella. Pero recalca el TJUE que la norma, de forma expresa dice que se ha de aplicar cuando se dé una situación susceptible de ser discriminatoria por unas determinadas razones (religión, convicciones, discapacidad, edad u orientación) y no solo cuando quienes sufren dicha situación sean una categoría de personas con ciertas características. La Directiva 2000/78 permite que el principio de igualdad de trato garantizado no se circunscriba solo a las personas mismas que sufren discapacidad. Así, sería perfectamente admisible estudiar la posible discriminación en el empleo de la señora Coleman, pudiendo ser víctima de una discriminación por discapacidad pese a que quien sufra la discapacidad sea su hijo y no ella misma. De hecho, cuando la norma prevé presupuestos en exclusiva para personas con discapacidad así lo dice. En efecto, véase cuando se refiere a “ajustes razonables para las personas con discapacidad”, en contraposición a la literalidad de su artículo 1 que dice “por motivos de discapacidad”. El TJUE apela también a la finalidad de la Directiva, que no es otro que el establecimiento de “un marco general para la luchar (...) en el ámbito del empleo y la ocupación”

En segundo lugar, entiende el TJUE que Coleman sufre una discriminación en tanto que sufre un trato desfavorable por parte del empresario en comparación con el trato que recibieron el resto de sus compañeros, y que esto no se debe más que a la discapacidad sufrida por su hijo, ya que no hay ninguna causa justa para defender la actitud empresarial. Los hechos motivados por el empresario constituyen un supuesto de discriminación, prevista en el artículo segundo de la Directiva, de la cual Coleman es víctima por motivos de discapacidad, pues no es impedimento que sea su hijo quien lo sufra y no ella.

En virtud de la aplicación del principio de igualdad de trato, el bufete de abogados donde Coleman prestaba servicios, y que ocupa el lugar de parte demandada, es quien tiene la obligación de demostrar que no ha habido discriminación y que el trato dado a la parte actora se debe a razones objetivas. Coleman tan solo tendría que mostrar indicios del trato presuntamente discriminatorio. Por su parte, el Tribunal evaluará si el trato es menos favorable en relación con otras situaciones comparables.

El juzgado inglés que en un primer momento respondió a este litigio explicó que, dentro de la normativa inglesa relativa a la discriminación por discapacidad vigente (*Disability Discrimination Act 1995*), no cabe amparar un supuesto como el de Coleman. Ella alega sufrir discriminación por discapacidad, pero lo cierto es que el texto legal limita la posibilidad de sufrir discriminación por discapacidad a quienes la padezcan.

Las palabras “se produce una discriminación contra una persona discapacitada cuando (...)” permiten excluir a todo sujeto relacionado con quien sufre la discapacidad. Si lo comparamos con el texto de la Directiva, es fácilmente comprensible por qué Coleman se amparó en la normativa comunitaria para obtener la protección merecida. Recordemos que dice el art. 1 Directiva 2000/78:

“La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato”.

No obstante, la normativa inglesa sí parece incluir en otras normas relativas a otros tipos de discriminación a sujetos relacionados con quien directamente sufre el motivo de discriminación, utilizando la misma expresión de la que se sirve la Directiva, “por motivos de”, por ejemplo, para el caso de la orientación sexual o de la edad. Esta disparidad de posibilidades ya había provocado que algunos tribunales ingleses se enfrentasen a una compleja realidad por la desigual protección que se ofrecía; y que hubieran intentado corregir hablando de la interconexión de las normas para la igualdad a la hora de su interpretación. Una solución así habría permitido que Coleman encontrase satisfecha su expectativa de protección, pero se habría perpetuado la desigual protección en situaciones que se hubiesen podido dar en casos futuros. De ahí que afirmemos que el TJUE presenta una doctrina innovadora no solo frente a la legislación inglesa, sino ampliable también a todos los derechos nacionales de los Estados miembros. La sentencia Coleman supuso un enorme avance en la protección de los derechos de los trabajadores que pone de manifiesto el modelo inclusivo europeo del que hablaremos más adelante.

2.2. Implicaciones del caso Coleman

El efecto más directo de la sentencia Coleman dictada por el TJUE, por supuesto después de la indemnización que nuestra protagonista obtiene de su antigua empresa, es la consolidación del modelo social inclusivo por el que aboga la UE. Todo, sin perjuicio del impacto jurídico que, como veremos a continuación, ha producido la definición de un nuevo estándar de discapacidad: la discapacidad por asociación. La promulgación de la Directiva 2000/78 representó un avance importantísimo para las personas con discapacidad en la lucha por la igualdad de oportunidades porque procura su acceso al empleo y a la formación, obligando al empresario a realizar “ajustes necesarios” en los puestos de trabajo. Al tratarse de una directiva necesita de la transposición de los Estados miembros a señalándose como fecha límite el 2 de diciembre de 2003, haciéndoles partícipes indispensables para acabar con las posibles actitudes discriminatorias que pueda vivir este colectivo, y para ellos

les permite incluso diseñar acciones positivas, además de ofrecerles un marco jurídico suficiente de protección ante situaciones discriminatorias o constitutivas de acoso. Reino Unido había modificado su normativa nacional para adaptarla a la Directiva: *Disability Discrimination Act* de 1995 fue modificada en 2003, resultando de esta nueva regulación el artículo 3 que hemos explicado.

Con todo, gracias a la doctrina emanada del asunto Coleman, y en virtud de la aplicación de la Directiva 2000/78, encuentra protección un sujeto desprotegido y estrechamente vinculado con las personas discapacitadas que hasta entonces quedaba desamparado: sus cuidadores. Las tareas de cuidado se refieren a un amplio grupo de trabajos que por regla general se hacen de manera gratuita y sirven para prestar asistencia en su desarrollo a quienes no pueden valerse por sí mismos; como es el caso de niños, ancianos y personas dependientes o discapacitadas. El colectivo que se dedica a estas actividades es especialmente vulnerable porque, aun tratándose de tareas esenciales, se realizan en su gran mayoría sin remuneración o por medio de un contrato laboral que ofrece malas condiciones de trabajo, caracterizado por una remuneración salarial extremadamente baja. Aunque poco a poco este tipo de trabajo se está profesionalizando y mercantilizando, lo cierto es que aún hoy en día es un trabajo que se realiza en el ámbito familiar y que está feminizado, pues son las mujeres sobre quienes recae la asunción de la responsabilidad de cuidar a familiares enfermos o dependientes. La realidad de Coleman encierra una verdad a la que se enfrentan muchas mujeres: el deseo de compaginar el cuidado y su trabajo sin priorizar ninguno sobre el otro. La relación entre trabajo, cuidados y feminización es compleja, y aunque se están diseñando medidas para lograr la conciliación laboral y familiar, lo cierto es que no hay igualdad de género en esta distribución de tareas, hoy todavía asumida por ellas.

Aun cuando en un primer momento se barajó la posibilidad de alegar una discriminación indirecta por razón de sexo, la defensa de Coleman estaba convencida de que lo que realmente se estaba produciendo era una discriminación directa por discapacidad. El argumento inicial se desvanecería fácilmente al constatar que en el despacho de abogados tanto trabajadores como trabajadoras habían conseguido reducir o conciliar su jornada de trabajo. En caso de que se considerase como tal, tampoco habría datos cuantitativos suficientes que sustentasen que se está ocasionando una desventaja particular a las mujeres. Para la defensa de Coleman, detrás toda persona con discapacidad existe alguien que le asiste, y que necesita de una protección jurídica en los mismos términos, lo que se conseguiría ampliando la aplicación de la Directiva 2000/78. El proceso de integración de la UE para que todos los ciudadanos disfruten de las mismas oportunidades de empleo no puede acordarse de quienes sufren discapacidad y olvidarse de quienes les cuidan. Así, gracias al fallo de la sentencia Coleman se consiguió dibujar una protección para los cuidadores ajenos al mercado laboral, pero que desean tener otro tipo de empleo. Si todavía hoy el trabajo de cuidado está más cerca de la esfera doméstica, la noción de discriminación por discapacidad ha ayudado a que tanto mujeres, en su mayoría, como hombres, sean capaces de gozar de una inclusión plena en el mercado laboral.

Además, cabe hacer una puntualización más: ¿qué ocurrirá si en un supuesto como el relatado, quien desee cuidar de su hijo fuese un hombre? ¿cómo se sostendría su defensa? Si solo pensamos en la posibilidad de emplear la discriminación por razón de sexo, no habría manera de inferirles protección jurídica ya que como explica el Excmo. Sr. Magistrado del TSJ de Galicia, Lousada Arochena “el trato se debe realizar en atención al sexo de una persona. Bien utilizando el sexo o una diferencia fisiológica entre los sexos como causa de la diferencia de trato (...) o bien utilizando un perjuicio de género como causa de la diferencia de trato”. La única forma de tutelar este supuesto es la discriminación por asociación por razón de discapacidad porque amplía la noción de esta última a familiares, en un primer momento, y después a cualquier otra persona relacionada con la discapacitada. Parece evidente que la negativa empresarial más tiene que ver con las circunstancias personales del discapacitado o dependiente que con el sexo de la solicitante.

Otro punto que debemos destacar es el respeto que la resolución del asunto Coleman muestra para con las anteriores decisiones del propio TJUE respecto a la noción de discapacidad. Tal y como ha venido diciendo el TJUE, la finalidad de la Directiva 2000/78 es, entre otras, combatir la discriminación en el trabajo y en el empleo por discapacidad. Aunque no se define qué es discapacidad, dos años antes a que se dictase la sentencia que estamos estudiando, el TJUE, en el asunto Chacón Navas, clarificó su concepto y dijo que “«discapacidad» se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional”. Con este pronunciamiento, la Directiva 2000/78 se excluye de aplicación a los supuestos de enfermedad por mucho que exista una relación causal entre enfermedad y discapacidad. En consecuencia, se excluye a las personas que tienen una enfermedad, y no una discapacidad, porque se entiende que, como regla general, tras un periodo de cura de la enfermedad será posible reanudar la actividad normal. Limitar el concepto jurídico de “discapacidad” sirve para definir con la mayor precisión posible el marco de aplicación de la directiva garantizando altos niveles seguridad jurídica. La intención del TJUE es impedir la ampliación de la Directiva “recurriendo a la analogía a otros motivos distintos de los listados con carácter exhaustivo en su art. 1”.

En conclusión, en ningún caso se podría decir que lo que se ha hecho en el caso Coleman es ampliar el campo de aplicación de la Directiva 2000/78 a nuevos motivos no contenidos en el artículo 1, sino que se han extendido sus efectos, permitiendo que nuevos sujetos padezcan la discriminación. Por lo tanto, la doctrina del asunto Chacón Navas no servirá para desvirtuar la solución en el caso Coleman, ya que no se amplían los motivos tasados y limitados en la ley: el hijo de Coleman era efectivamente discapacitado, pues sufría laringomalacia, broncomalacia y crisis apneas.

Así las cosas, la categoría jurídica de discriminación por asociación nacida de la jurisprudencia asentada en este caso ha cambiado el panorama de la tutela antidiscriminatoria. La interpretación del TJUE amplía la noción de discriminación directa de la Directiva 2000/78 con un criterio acertado por permitir que se discrimine a una persona no por sus características personales, sino por las de otra con las que esa primera se relaciona. Aunque la figura de discriminación por asociación se vinculó inicialmente a la discapacidad y a las personas relacionadas por vínculos de parentesco con quienes la padecen, con el paso del tiempo la discriminación se ha aplicado a otras situaciones más allá de este tipo de discriminación, yendo más allá del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 y de los vínculos familiares. Ampliar la noción de víctima es necesario para responder a situaciones donde la tradicional concepción de la misma no llegaba, ofreciendo un panorama pragmático para lograr la ansiada igualdad efectiva de todos los sujetos históricamente discriminados.

2.3. La Discriminación por asociación aplicada por el TJUE en otros supuestos

Desde la elaboración primigénea de la discriminación por asociación, el TJUE ha ido perfilando y confirmando esta jurisprudencia en otros pronunciamientos, aunque, como veremos a continuación, no son excesivamente abundantes.

Existe una normativa europea que obliga a que todos los Estados miembros garanticen que los clientes obtengan información de su consumo eléctrico de una manera periódica. El caso *Chez Razpredelenie* (Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2015, *Chez Razpredelenie*, C-83/14) donde se aplica la mencionada discriminación por asociación, en un supuesto donde resulta de aplicación la Directiva 2000/43, relativa al principio de igualdad de trato con independencia de su origen racial o étnico. Existe una diferencia de trato injustificada para Nikolova motivada por el origen étnico, como veremos a continuación, en una situación comparable con el resto de

clientes de las compañías eléctricas pues ella, propietaria de un local en un barrio donde habitaban personas de origen gitano, no podía acceder a su contador eléctrico.

La Directiva 2000/43 tiene un alcance general, a diferencia de la Directiva 2000/78 que se limitaba al ámbito del empleo y de la contratación. Su objetivo es garantizar la igualdad de trato y la protección de todas las personas físicas en el ámbito de la Unión. El TJUE entiende que en un supuesto como este es de aplicación la Directiva 2000/43.

Pese a que Nikolova no es de origen gitano, sufre una desventaja por la relación que existe con el colectivo de origen gitano, ya que es quien habita el barrio donde ella trabaja. Resulta que sin una justificación objetiva y razonada para colocar los contadores seis metros más altos que lo normal, es el mero hecho de que sea un barrio ocupado por personas de origen gitano lo que motiva este trato desfavorable.

Aunque la decisión definitiva corresponde a la jurisdicción búlgara, el TJUE analiza qué entiende como discriminación indirecta porque, aunque Nikolova se siente víctima de una discriminación directa, la Corte Búlgara de Igualdad, entiende que hay una discriminación indirecta. Esto ejemplifica el nutrido debate existente sobre la relación entre ambos tipos de discriminación. Si se colocan los contadores tan altos por el origen étnico de los habitantes del barrio en cuestión, se trata de una discriminación directa. En cambio, si se toma el criterio de colocar los contadores a 7 metros como una política neutra adoptada por la compañía eléctrica por motivos de seguridad jurídica para evitar la manipulación de los mismos y garantizar la calidad del suministro eléctrico, cabría preguntarse si realmente este objetivo es razonable, si es efectiva para la finalidad que pretende, y si pudiese existir algún medio de control menos dañino. En caso de no ser efectivo, no perseguir un fin legítimo, o de poder emplearse otros medios de seguridad menos perjudiciales, Nikolova y cualquier otro vecino de un barrio gitano donde resulta inaccesible el acceso a los datos de consumo eléctrico serían víctimas de una discriminación indirecta por razón de origen étnico. Sin perjuicio de este debate, lo que para el objeto de nuestro trabajo es de consideración es la aplicación de la discriminación por asociación casi de forma automática para confirmar que la Directiva 2000/43 es de aplicación en un supuesto como el que suscita esta controversia, donde quien sufre el perjuicio no es quien tiene un origen racial o étnico diferente, pero sí tiene una relación directa con esta circunstancia que lleva a alegar que se es víctima de una discriminación por asociación.

Un razonamiento similar al seguido en este supuesto se puede ver en el Caso WTG Retail BVBA (STJUE de 20 de junio de 2019, WTG Retail BVBA, C-404/18). No obstante, en esta sentencia el TJUE no habla propiamente de discriminación por asociación ni cita su doctrina, pero aplica una lógica similar a la empleada en el Caso Coleman en la medida en que se amplía la protección, en este caso, contra la discriminación por razón de sexo: la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. En realidad, en esta sentencia se entremezclan dos derechos de los trabajadores: el derecho a no ser discriminado en el trabajo y el derecho a no ser perjudicado por el ejercicio de sus derechos. Cuando la señora Vandebon, gerente de una tienda descubre que su empresa no va a contratar a la señora Hakelbracht por encontrarse embarazada, pese a cumplir con el perfil para dicho puesto, pues así se lo comunica la dirección de Recursos Humanos, no duda en mostrar su oposición ante tal decisión recordando al empresario que la normativa belga prohíbe no contratar a una persona por razón de su embarazo. No cabe duda alguna de que la señora Hakelbracht ha sufrido una discriminación directa por razón de sexo contenida en la Directiva 2006/53 pues recuerda la misma “que el trato desfavorable a una mujer relacionado con el embarazo o la maternidad constituye discriminación directa por razón de sexo”, pero ¿y la señora Vandebon?

La Directiva 2006/54 garantiza modos de protección para todos los trabajadores que puedan sufrir represalias por una discriminación por razón de sexo, refiriéndose a aquellos que defiendan

a una persona protegida o testifiquen en juicio a su favor. La UE pretende reforzar la garantía de indemnidad de aquellos que denuncien hechos contrarios al Derecho comunitario, como es la denuncia de discriminación por razón de sexo que hace la señora Vandenberg. De la misma manera que ocurría en el caso Coleman, se pone de manifiesto la necesidad de proteger a personas que están vinculadas con personas que pueden sufrir discriminación: bien sea por una relación afectiva-familiar, o bien por una actuación en defensa de sus derechos.

El último pronunciamiento del TJUE en el que se alude a la discriminación por asociación es de enero de 2021 (STJUE de 26 de enero de 2021, C-16/19), que una vez más nos deja ver como gracias a esta doctrina se permiten proteger nuevas situaciones susceptibles de ser discriminatorias. El conflicto llevado ante los Tribunales en este caso es cuanto menos curioso, porque se trata de una posible discriminación por discapacidad entre personas que también que sufren discapacidad. En un hospital polaco tan solo se reconocen complementos salariales a quienes tengan discapacidad reconocida con posterioridad a una fecha fijada por el empresario, quedando fuera de la opción de recibir el mismo quienes tengan una discapacidad reconocida en fecha anterior. El TJUE que pretende ser lo más inclusivo posible y ampliar la tutela discriminatoria comunitaria, utiliza argumentos ya empleados en el caso Coleman porque insiste en la finalidad de la Directiva de “combatir todas las formas de discriminación basadas en la discapacidad”. En el caso Coleman se empleaba este razonamiento para defender que el principio de igualdad de trato que se pretende garantizar no se limite solo a las personas que padezcan discapacidad; ahora lo que se avala es que también está cubriendo la discriminación por discapacidad frente a personas que también padecen una discapacidad. Dejar sin protección a los sujetos en un supuesto como este sería vaciar de contenido a la Directiva.

Como vemos, la doctrina de discriminación por asociación que nace bajo la aplicación de la Directiva 2000/78, crece para alcanzar el ámbito de aplicación de otras directivas. Sin duda alguna, en 2008 veía la luz un nuevo tipo de discriminación que aún hoy se va perfilando gracias a la heterogénea casuística. Asimismo, y como prueba irrefutable de la extensión de la noción de discriminación por asociación, la relación paterno filial entre Coleman y su hijo se ha visto sustituida por un criterio más laxo, la simple demostración de un vínculo entre ambos sujetos.

III. La discriminación por asociación y su recepción en España

Desde que España entró a formar parte de la Unión Europea quedó incluido en el sistema español el sistema de fuentes europeo, tal y como refleja el art. 93 CE. Dentro de este sistema de fuentes está la ya mencionada jurisprudencia del TJUE, que por supuesto vincula también a España. Por esta razón, la doctrina emanada del caso Coleman, la doctrina de discriminación por asociación, no dejó indiferentes a los Tribunales españoles. Los criterios interpretativos empleados en ese asunto fueron imitados y trasladados a otros casos en nuestro país, dejando constancia de la primacía de las decisiones interpretativas del TJUE, como veremos a continuación.

Sin embargo, un gran paso en la asimilación de la discriminación por asociación en el Derecho español se dio en el año 2013 con la promulgación del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Quiero recalcar que esta norma es innovadora, ya que por primera y única vez recoge textualmente este tipo de discriminación. Si bien ya se había empleado antes en una resolución judicial del STSJ de Cataluña del 23 de junio de 2011, nº de sentencia 4456/2011. El artículo segundo de la ley define discriminación por asociación sosteniendo que tal “existe cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a

su relación con otra por motivo o por razón de discapacidad”. Esta ley evidencia que la lucha contra la discriminación por discapacidad no ha de englobar únicamente a las personas con discapacidad, porque si así fuese, muchos otros sujetos vinculados con su cuidado quedarían desamparados.

Los argumentos seguidos por el TJUE en *Coleman* no ha sido empleado por nuestros tribunales en muchos casos, ya que corroborar la existencia de todos los requisitos necesarios para su consideración no siempre es tarea fácil. Estudiar la prohibición de la discriminación y la discriminación por asociación desde una óptica nacional se hace más interesante en la medida en que el acervo normativo español nos es más cercano y se ha visto modificado para adecuarse a la normativa comunitaria.

El principio de igualdad de trato en el sistema español se ha completado con un desarrollo normativo abundante, motivado en gran medida por las demandas de los diferentes colectivos que reclaman protección. Con excepción de la mencionada Ley 1/2013, la discriminación por asociación no se ha reconocido en otras leyes nacionales directamente, pero eso no ha excluido a los tribunales de su aplicación. La norma española utiliza “una formula amplia”, prohibiendo la discriminación en los mismos términos que las Directivas europeas, “por razón de”.

En la STSJ de Cataluña, de 23 de junio de 2011 (nº 4456/2011), se apela, salvo error por mi parte, por primera vez a la discriminación por asociación en un supuesto que guarda mucha similitud con el caso *Coleman*. En este caso, la trabajadora solicita una ayuda para cuidar a su marido que sufre una discapacidad, y presenta indicios discriminatorios alegando que ha sido la solicitud de este permiso lo que realmente ha motivado el despido. El TSJ, refiriéndose específicamente al caso *Coleman*, explica que esta doctrina ha dejado sentado que “la prohibición de discriminación (...) no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas”. Si en el caso *Coleman* el TJUE protegió a la madre de un hijo discapacitado por sufrir un trato peor que el resto de sus compañeros, ahora también se habrá de proteger a la mujer trabajadora despedida por haber solicitado el permiso para cuidar de su cónyuge discapacitado porque también hay una discriminación por discapacidad y por asociación.

Al igual que el TJUE ha ido ampliando los límites iniciales de la doctrina *Coleman* a nuevos supuestos, los Tribunales españoles también han procedido de esta manera, extendiendo la discriminación por asociación a otros posibles motivos más allá de la discapacidad, y a otros tipos de relaciones además de los vínculos familiares. Una trascendental sentencia es la STSJ de Galicia de 2 de agosto de 2017 (ECLI:ES:TSJGAL:2017:5511), que reconoce la doctrina de la discriminación por asociación con causa en la vulneración del derecho a la libertad sindical. La libertad sindical es un derecho fundamental reconocido en el art. 28.1 CE y su contenido se refiere, además del ejercicio propio de las facultades sindicales, a participar y desarrollar en libertad el proceso de las elecciones sindicales en una empresa.

Habida cuenta de la posible vulneración del derecho a la libertad sindical, el TSJ gallego además reconoce que es un supuesto de discriminación refleja o por asociación al igual que ocurre en el caso *Coleman*, donde quien sufre tal trato discriminatorio no es propiamente una persona protegida por la norma. El trabajador al no ser sindicalista no quedaría protegido por el colectivo al que se refiere la libertad sindical, pero, continúa la sentencia explicando que existe una relación evidente entre los miembros de una mesa electoral y la realización del ejercicio efectivo de la libertad sindical porque, de no quedar protegidos, este libre ejercicio quedaría amenazado.

En aras de proteger el derecho fundamental a la libertad sindical, la doctrina *Coleman* es aplicada por el TSJ de Canarias (STSJ Canarias de 29 de agosto de 2019, ECLI:ES:TSJCAN:2019:2116) de nuevo en un supuesto en el que a quien se está discriminando es a la mujer de un sindicalista en activo, que es despedida sin causa justa alguna. No es ella la sindicalista, pero el Tribunal observa indicios suficientes para declarar que ella se está llevando un trato desfavorable e injustificado fruto de la acción reivindicatoria de su marido.

La doctrina Coleman también se ha referido a supuestos de discriminación por asociación y discriminación por razón de sexo, basadas en los prejuicios sociales y culturales asociados al sexo, asimiladas por nuestra sociedad. En España, la LOI la que no solo prohibió la discriminación por razón de sexo, sino que lo configuró como un principio al que está sometido el ordenamiento jurídico en su totalidad. Al amparo de esta norma se han elaborado nuevos tipos de discriminación, donde por supuesto aparece la discriminación por asociación.

En la STSJ de Galicia de 13 de abril de 2018 (ECLI:ES:TSJGAL:2018:2484) se analiza un supuesto de acoso sexual sufrido por una trabajadora, cuyos efectos perjudiciales se extienden también a su marido, empleado de la misma empresa. Su acoso es fruto de la demanda planteada por su esposa alegando ser víctima de un acoso sexual ante la inactividad de la empresa para frenarlo, acentuado por la sentencia estimatoria que ella obtuvo. En consonancia con la doctrina Coleman, el TSJ reconoce que él padece “un acoso discriminatorio sexista atendiendo a la conexión de la situación laboral del trabajador demandante con la discriminación sexista sufrida por su esposa”.

Otro ejemplo más de la doctrina Coleman en supuestos de discriminación por razón de sexo se ve en la STC 71/2020 de 29 de junio (ECLI:ES:TC:2020:71), donde además queda bastante clara la diferencia entre la discriminación por asociación y la discriminación indirecta. El supuesto de hecho versa sobre la denegación de un permiso de dos días por familiar hospitalizado a una trabajadora para cuidar de su hermana ingresada por parto. La denegación de la empresa, amparado en su Convenio Colectivo, se sustenta en que el embarazo no está cubierto por el mismo, por no tratarse de una enfermedad y que solo si la hospitalización ha sido provocada por una enfermedad se tendrá derecho al permiso. El TC considera que la exclusiva referencia a los supuestos en los que la hospitalización ha de serlo por enfermedad provoca una discriminación hacia las mujeres, ya que son ellas quienes dan a luz, y por lo tanto quienes pueden ser hospitalizadas por motivos ajenos a la enfermedad. Pero, determinar ante qué tipo de discriminación estamos, si es discriminación directa, indirecta u otro, no es tarea sencilla. No existe una norma aparentemente neutra que cause un daño en el colectivo de las mujeres, pues explica el TC que la norma que excluye a la hospitalización por parto no es neutra, sino que es claramente discriminatoria para el colectivo femenino; descartando así la discriminación indirecta. Tampoco se puede defender una discriminación directa porque la actora, la demandante del permiso, no está siendo directamente discriminada por pertenecer a un colectivo vulnerable como las mujeres, y ni si quiera es ella misma quien está embarazada; el hecho de que ella sea mujer es irrelevante. No queda así más solución que acudir a la doctrina de discriminación por asociación, porque a quien se está tratando desfavorablemente es a los trabajadores que solicitan el permiso para cuidar de un familiar, en este caso una mujer que ha dado luz. Por lo tanto, es ella quien posee un motivo discriminatorio, pero el trabajador solicitante del permiso quien sufre el perjuicio al obtener su denegación.

Existe una sentencia reciente donde se ha visto discriminación por asociación en un supuesto en que el también hay discriminación indirecta. Esto ha sido posible gracias a aplicar el principio de igualdad entre hombres y mujeres, que es transversal al sistema de seguridad social, y que muchas veces perjudica a las mujeres que tradicionalmente han estado alejados del mercado de trabajo. En este caso, STS 79/2020 del 29 de enero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:416), la parte actora es una hija que reclama el reconocimiento de una pensión por muerte y supervivencia tras el fallecimiento de su madre. Los requisitos para su reconocimiento se encuentran en el art. 226 LGSS, y dice en su apartado segundo “se reconocerá derecho a pensión a los hijos o hermanos de beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente, en quienes se den, en los términos que se establezcan reglamentariamente (...)”. ¿Qué ocurre con quienes son hijos de no beneficiarios de estas pensiones, si no de las pensiones SOVI (seguro obligatorio de vejez e invalidez)? Recordemos que las pensiones SOVI son un régimen de pensiones a extinguir que cubre contingencias como la vejez,

viudedad e invalidez; y que está muy feminizado porque son en su mayoría mujeres las beneficiarias. Tras el fallecimiento de su progenitora, la parte actora reclama la pensión de muerte y supervivencia, que se le deniega por no ser la causante de la misma titular de una pensión de jubilación o incapacidad contributiva. Un estudio de la norma de Seguridad Social poniendo de relieve el enjuiciamiento de género permite resolver los casos judiciales asumiendo que existe una subordinación estructural de las mujeres hacia los hombres y para acabar con esta lacra hay que garantizar que tanto hombres y mujeres gocen de las mismas oportunidades. Así, se llega a la conclusión por el TS de que existe un impacto negativo en la consecución de estas mismas oportunidades ya que la mayoría de pensionistas SOVI son mujeres, lo que hace que no reconocer a sus descendientes la pensión de muerte y supervivencia tenga un impacto negativo de género. Se trata de una discriminación indirecta: un criterio aparentemente neutro (reconocer las pensiones de supervivencia y muerte a quienes sean descendientes de pensionista de jubilación o invalidez contributiva), que afecta a las mujeres de forma negativa como hemos explicado. Sin embargo, aquí se cumple además una discriminación por asociación: el impacto de género de la exclusión de las pensiones SOVI para el acceso a las prestaciones a favor de familiares tiene su manifestación en que se ven privados de recibirlas los descendientes. Sin embargo, quienes sufren realmente la consecuencia negativa son sus descendientes, que carecen del derecho a este tipo de prestaciones. Un criterio neutro coloca a las mujeres en una situación particular y perjudicial, pues en datos cuantitativos sabemos que reciben pensiones SOVI en mayor proporción que los hombres, al no reconocerlas como sujetos causantes de las pensiones por muerte y supervivencia; pero, los efectos se trasladan a sus descendientes con independencia del género.

IV. Algunas consideraciones sobre la discriminación por asociación

Tras un recorrido sobre la casuística y los supuestos en los que se ha hecho uso de la discriminación por asociación, podemos proceder a realizar unas meditadas reflexiones acerca de qué ha supuesto, y qué puede llegar a suponer, el reconocimiento de este tipo de discriminación.

En primer lugar, ha quedado claro que el fenómeno de la discriminación es dinámico y cambiante, al igual que lo es el Derecho. El Derecho forma parte de todos los momentos de nuestra vida, incluso antes de nuestro nacimiento y hasta en las relaciones que dejamos *mortis causa*, porque preside las relaciones sociales humanas, ofreciendo respuestas a los nuevos problemas que paulatinamente van apareciendo. El Derecho cambió drásticamente desde que las revoluciones del siglo XVII en Europa y América proclamasen la igualdad como un principio, reconociendo la dignidad humana y otros derechos fundamentales. Pero esto fue tan solo el comienzo de un largo camino que se ha ido construyendo sobre estos cimientos para contestar a las nuevas demandas sociales, porque el progreso del Derecho no se entiende sin el progreso de la sociedad. Prueba de ello es la evolución y ampliación que ha sufrido la noción de igualdad a lo largo del tiempo. Originariamente, se trataba de un concepto limitado: igualdad ante la ley, como forma de aplicar la ley por igual a todas las personas. Ahora, se busca lograr una igualdad en la ley, sin privilegios, que garantice a todos los sujetos el mismo número de oportunidades, requiriendo así una mayor implicación de los sistemas normativos para que ofrezcan una tutela antidiscriminatoria acertada y completa.

En otro orden de cosas, la concepción de discriminación ha evolucionado paulatinamente. Basta con reparar en el art. 17 del ET, testigo de cómo el tiempo y el progreso social han hecho de él un artículo completo en la prevención de motivos discriminatorios que pueden darse en el ámbito laboral. Si en el año 1995 prohibía la discriminación por razón de sexo, origen, raza, estado civil, condición social, religión e ideas políticas; en el año 2003 se ampliaba a circunstancias de etnia, convicciones y orientación sexual; y en el año 2010 se promulgaba la actual redacción que incluye

la discriminación por razón de edad, discapacidad y habla de orientación y condición sexual. Esto ha sido posible gracias al impulso de la UE. En el año 2000 se aprobaban dos directivas: Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y la Directiva 2000/78 que, como ya bien sabemos, establece un marco general para la igualdad de trato y la ocupación. Estas directivas y las leyes nuevas o modificaciones que se hacen en la norma española para su trasposición, responden a la necesidad de crear un mercado de trabajo totalmente integrado. Desgraciadamente, los datos revelan que las personas con discapacidad, de mayor edad y las mujeres tienen más altas tasas de desempleo, por ejemplo. Asimismo, se pretende acabar con la discriminación por origen ya que estas personas en no pocas ocasiones tienen que enfrentarse a actitudes xenófobas o racistas, alejadas de la cohesión social y del desarrollo que pretende lograrse en una sociedad moderna.

Actualmente, el principio de igualdad se interpreta en una acepción moderna que lo hace estar conformado no solo por la prohibición de discriminación, sino también por la búsqueda de la igualdad efectiva que implica remover los obstáculos discriminatorios.

No son solo los motivos que pueden provocar discriminación son los que han crecido en los últimos tiempos, sino que las formas de manifestarse lo han hecho también. En las leyes citadas a lo largo del trabajo, donde se recogen las discriminaciones prohibidas, aparece la definición de discriminación directa como manifestación icónica de la misma: recibir un trato diferente y desfavorable por un motivo prohibido. También aparece la discriminación indirecta, de creación jurisprudencial inicialmente, ahora reconocida en la normativa europea; al igual que el acoso, como una forma de discriminación integral. Así, se han elaborado nuevas tipologías de discriminación con el objetivo de ampliar la tutela antidiscriminatoria a sujetos en un principio no incluidos, en un principio, en el ámbito subjetivo de las formas tradicionales de discriminación, y por eso son formas especialmente sensibles al efecto lesivo que produce la discriminación. Son ejemplo de ellas: la discriminación por apariencia, la discriminación múltiple y la discriminación por asociación.

En cualquier otro caso, también ha quedado reconocido una vez más la labor hermenéutica y nomofiláctica del TJUE, en cuanto a la interpretación de los textos y normas que forman el Derecho europeo, garantizando que se haga de una manera uniforme para que no se vulnere el principio de igualdad ante la ley. Al reducir los criterios interpretativos con los que una norma puede ser interpretada, sirviendo de guía a los tribunales nacionales de los Estados comunitarios, aumenta la seguridad jurídica.

La forma que tiene el TJUE a la hora de desarrollar esta función de vigilar la eficacia de la norma, y de creación de la misma, es básicamente a través de las cuestiones prejudiciales (art. 267 TFUE). Un juez nacional plantea al TJUE una pregunta sobre cómo interpretar una norma europea en un caso al que se está enfrentando. En algunas ocasiones, la respuesta del TJUE ha consistido en proponer pautas, tal y como venimos señalando en este trabajo, para interpretar una norma europea que, a pesar de que proceden de la aplicación de la misma a un caso concreto, son extrapolables a una infinidad de situaciones. La doctrina de discriminación por asociación forma parte de este supuesto, porque cuando Coleman planteó su caso ante el Tribunal de Luxemburgo, principalmente se pretendía, fundamentalmente, dar respuesta a su caso concreto y obtener un resultado favorable, aunque subsidiariamente se elaborase una nueva forma de explicar una manifestación de la discriminación.

La jurisprudencia comunitaria construye este tipo de discriminación que se ha completado con más pronunciamientos. Bajo la influencia del Derecho de la UE, en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros también se ha manejado este concreto y se ha contribuido a su configuración, tal y como se ha visto que en la aplicación del mismo por los Tribunales españoles. A raíz de la sentencia Coleman podemos decir que “el principio de igualdad de trato no se circunscribe,

única y exclusivamente, a las personas que padezcan ellas mismas una discapacidad, sino que también incluye a las que por tener alguna relación con ellas son tratadas de un modo discriminatorio”. Asimismo, y tras la extensión del concepto, podemos afirmar que la discriminación por asociación es la discriminación directa o indirecta que una persona puede sufrir por su relación con otras.

Podemos concluir cuáles son los elementos de la discriminación por asociación y cuáles son sus dificultades conceptuales:

- (i) *Que el supuesto de hecho caiga bajo el ámbito de aplicación de alguna norma que otorgue una tutela antidiscriminatoria.* Esto es, se exige que al supuesto de hecho pueda aplicarse una norma porque queda amparado en su ámbito de aplicación material. O lo que es lo mismo, que la situación que se está enjuiciando haya sido prevista por el legislador. Como es lógico, se tratará de una norma, una directiva, una norma de trasposición, o cualquier otra, que tenga como objetivo luchar contra la discriminación para aplicar el principio de igualdad de trato. Para ello, ha de definir conductas susceptibles de discriminación y personas vulnerables a sufrirlas; pero además puede limitarse a un ámbito concreto en lugar de ser aplicación general. Es el caso de la Directiva 2000/78 o la Directiva 2006/54 que se circunscribe al ámbito del empleo y de la ocupación, frente a, por ejemplo, la Directiva 2000/43 que en su artículo tercero enumera una serie de ámbitos donde cabe apelar a esa norma.
- (ii) *Que, a consecuencia de un acto u omisión, un sujeto sufra una particular desventaja en una situación comparable con otros sujetos.* El núcleo esencial de toda discriminación es la posición de desventaja que vive una persona respecto de otra, que bien puede proceder de un acto concreto que provoca una situación de inferioridad a la posible víctima; o bien puede ser de una provisión o condición aparentemente neutral, pero que afecta negativamente a un grupo de personas con algún rasgo común situándolo en una posición social o jurídica inferior. Véase STJUE 17 de julio de 2008 (C-303/06, Coleman) cuestión prejudicial segunda: “¿protege la Directiva 2000/78 a los trabajadores que, aun sin estar ellos mismos discapacitados, reciben un trato menos favorable o sufren acoso por su vinculación a una persona discapacitada?”. Para que haya discriminación se requiere que exista una situación comparable, que existe una persona en una situación similar con la que elaborar unos estándares de equivalencia.
- (iii) *Que dicha práctica, criterio o disposición, haya estado motivado y este íntimamente relacionado con la circunstancia o características personales protegidas en la ley; y que no tenga justificación alguna.* Si se trata de discriminación directa, ya se ha visto que la actuación está fundamentada principalmente en la pertenencia al grupo protegido de la víctima, de lo cual se puede deducir que, si la víctima no perteneciese a ese grupo de personas con categoría protegida, es altamente probable que no hubiese sufrido ninguna discriminación. Sin embargo, no ocurre de esta manera en el caso de la discriminación indirecta, donde la práctica neutra guarda relación con estos grupos de personas protegidas porque son quienes se ven afectados negativamente por ella. Las razones o causas de las discriminaciones, siempre, están enumerados en una en las diferentes norma, europeas o españolas, conformando una lista cerrada. Se ha visto la posibilidad de discriminación por asociación en supuestos de diversa naturaleza: discriminación por discapacidad (asunto Coleman C-303/06 y STSJ de Cataluña, 4 de julio de 2011), por etnia u origen (asunto Chez Razpredeleine C- 83/2014), por razón de sexo (asunto WTG Retail BVBA C- 404/18 o STSJ Galicia, de 13 de abril de 2018) libertad sindical (STSJ Galicia, de 2 de agosto de 2017 o STSJ Canarias de 29 de agosto de 2019).

No obstante, en determinados casos se ha permitido la diferencia de trato, siempre que se sustente sobre una finalidad legítima y haya elegido unos medios adecuados para su consecución, proporcionales y necesarios. Por ejemplo, las directivas en el ámbito del empleo y la ocupación dicen que se permitirá una diferencia de trato si lo es de acuerdo a los “requisitos profesionales esenciales” Esta finalidad suele extralimitarse del interés particular de un individuo, por ejemplo, de un empresario, en la toma de sus decisiones. Aunque los Estados tienen un cierto margen de discrecionalidad, los tribunales tienen a proteger el bien común frente al individual, y a intentar prohibir toda diferencia de trato que no esté ampliamente justificada por una finalidad beneficiosa en el sentido más amplio de la palabra.

- (iv) *Que el sujeto que sufre la discriminación no sea la misma persona que padezca o tenga la circunstancia o característica protegida por la ley.* Una vez que podemos concluir que se cumplen estos tres requisitos generales para encontrarnos frente a una discriminación prohibida por ley, se ha de estudiar la especificidad de la discriminación por asociación, que es precisamente esta duplicidad de sujetos: el protegido legalmente y el discriminado. Y es que en estos supuestos estamos ante un hecho que no podríamos catalogar como discriminación directa, indirecta o acoso en los términos que propiamente exige la ley porque se da un cuarto requisito adicional: la diferencia entre la víctima del trato discriminatorio y el sujeto que padece la razón que motiva la discriminación. Me parece muy ilustrativo para esta explicación usar el término discriminación por irradiación o refleja. Ambos términos han sido utilizados por los Tribunales en algunas ocasiones, por ejemplo, en la reciente STSJ de Galicia de 25 de junio de 2020, como sinónimo de discriminación por asociación que deja claro la esencia de la misma: dar protección a un sujeto que no debería estarlo por no formar parte de un colectivo vulnerable, gracias al efecto de irradiación que se produce trasladando al primero la protección del segundo.

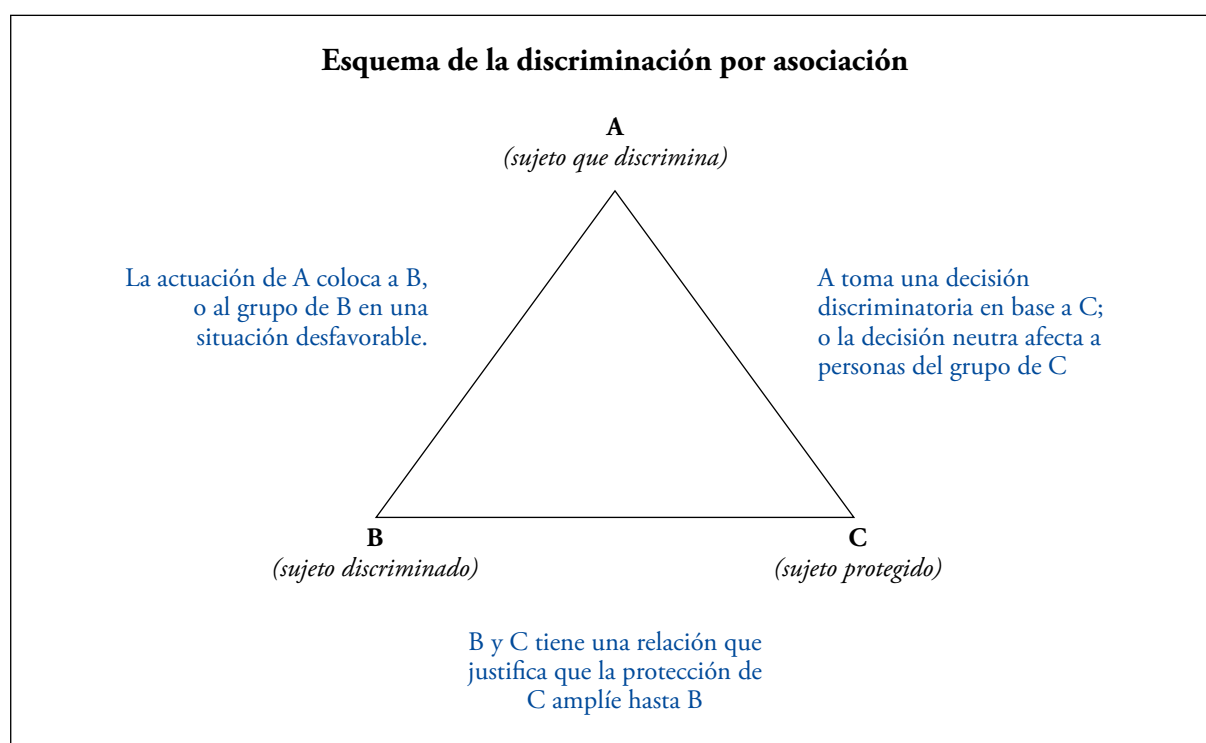
Se trata de una relación triangular entre:

- a) El sujeto A que provoca una situación desfavorable hacia otro sujeto, bien sea por un acto discriminatorio o por uno neutro con efectos discriminatorios.
- b) El sujeto B que sufre la discriminación.
- c) El sujeto C que pertenece a un grupo vulnerable causante de dicha discriminación.

Estos tres sujetos, o colectivos, vértices de una relación triangular que se forja entre ellos hace que se formen tres tipos de relaciones entre ellos, porque de otro modo, no podríamos alegar ningún tipo de discriminación. La relación entre B y C es la piedra angular que sirve de cimiento para construir una discriminación por asociación, pero es también su talón de Aquiles, ya que sin relación entre el sujeto discriminado y el protegido de ninguna manera se podría hablar de discriminación por asociación.

- (v) *Que exista una relación entre el sujeto perteneciente a un colectivo vulnerable y el sujeto demandante de tutela antidiscriminatoria.* En la discriminación por asociación el entramado de relaciones entre los tres sujetos implicados puede quedar dibujado así:

La discriminación por asociación es la que padece una persona que sufre un trato menos favorable que otras personas no pertenecientes a un colectivo protegido, pero que se produce por estar vinculado con el colectivo protegido. A esta persona también se le ha de dar la misma protección



Fuente: elaboración propia

que a quienes sí son parte de dicho colectivo protegido. Es decir, este último está ocupando el lugar que, tradicionalmente, solo estaba reservado a las personas protegidas directamente por la norma por su pertenencia a un colectivo vulnerable porque se ha producido una ampliación de los sujetos amparados por la norma.

La ausencia de definición normativa sobre este tipo de discriminación, pues como hemos visto se trata de una creación jurisprudencial, hace que sus requisitos sean también producto de su aplicación a casos concretos. Se ha visto y repetido a lo largo de este trabajo que su definición ha cambiado y crecido paulatinamente y, tras más de diez años de aplicación por los tribunales, sus elementos han ido clarificándose. La sentencia Coleman, asunto C-303/06 en el año 2008 defendía que la discriminación por asociación era necesaria para que, en el marco de una discriminación por discapacidad, quedasen protegidos también quienes se dedicasen a su cuidado, especialmente si se trataban de sus progenitores. Sobre una relación de vínculos familiares se sentaron las bases de una relación que hoy en día parece haberse liberado de cualquier adjetivo delimitante. El caso *Chez Razpredelaine* (STJUE de 5 de febrero, C- 83/14) siguiente resolución en el tiempo dictada por el TJUE respecto a este tema, daba un gran salto determinando una posible discriminación por asociación cuando la relación entre los sujetos discriminados y protegidos era tan solo de convivencia en un mismo barrio. En otros supuestos, los más numerosos, se ha visto discriminación por asociación en relaciones familiares como de paternalidad, de conyugalidad o similares (STC 71/2009, STSJ de Canarias, de 29 de agosto de 2019, STS 79/2020). Además, hay también supuestos que han visto discriminación por asociación en relaciones de lo más variadas. Piénsese en la STSJ de Galicia de 2 de agosto donde un trabajador queda protegido por el derecho fundamental a la libertad sindical sin ser el mismo sindicalista; o el caso *WTG Retail BVBA C-404/18*, donde una trabajadora de una empresa se pronuncia en defensa de una candidata, a quien había entrevistado, ante la decisión de no contratarla por estar embarazada y también queda protegida gracias a la discriminación por asociación que traslada la protección de la mujer embarazada a esta trabajadora. Ni tan si quiera la única

definición legal de nuestro Ordenamiento jurídico ayuda a clarificar de qué relación estamos hablando, pues el RDLeg tan solo dice “existe cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo o por razón de discapacidad.”

La respuesta a la pregunta acerca de qué tipo de relación estamos hablando en una discriminación por asociación, es precisamente la ausencia de adjetivación de esa relación. Lejos de parecer una decisión arbitraria del legislador, me atrevería a insinuar que es algo meditado que abre la puerta a que sean los tribunales quienes se encarguen de definir este tipo de relación. No es casualidad que tan solo aparezca en una norma estatal de esta manera tan laxa, porque de haberlo querido de otro modo el legislador se hubiese preocupado de enumerar las relaciones que han de darse entre los sujetos partícipes de la discriminación por asociación. La ausencia de regulación nos hace estar ante un *numerus apertus* de vínculos susceptibles de invocar para defender a una víctima de discriminación por asociación. Desde el año 2008, cuando nace este concepto, hasta la actualidad, la lucha contra la discriminación no se ha detenido y ha habido oportunidades para incluir en la norma una definición más concreta de los elementos de la discriminación por asociación. Pero me atrevería a decir que, si no se ha hecho, no ha sido por falta de ganas; todo lo contrario, si no porque la quintaesencia de esta tipología es su maleabilidad; esto es, su capacidad de adaptación a una infinidad de supuestos.

La definición de discriminación por asociación que podemos elaborar a partir de la que contiene el RDLeg 1/2013 podría resultar algo así: la discriminación por asociación existe cuando una persona, o grupo en que se integra, es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra por un motivo o razón protegido. Si definir es limitar, definir qué se entiende por “relación de una persona con otra”, probablemente hubiese limitado los supuestos en los que se ha empleado este tipo discriminatorio en ausencia de definición.

No obstante, también habría que considerar aspectos negativos que esta ausencia de definición conlleva. La ambigüedad del concepto da cierta inseguridad jurídica al enjuiciamiento de este derecho, ya que recae mayoritariamente sobre los tribunales el peso de su posible aplicación. Ni las directivas, ni las leyes nacionales, más allá del RDLeg 1/2013 reconocen explícitamente la discriminación por asociación, haciendo que sea la pericia de la parte demandante, o de los órganos enjuiciadores, los responsables de su aplicación. Si bien es cierto que los tribunales se han mostrado abiertos a reconocer discriminación por asociación allí donde ha aparecido, y que en esta línea parece que evolucionaremos en un futuro; la definición de este concepto no traería más que beneficios. Quizás, si se regulasen uno a uno los elementos de la discriminación por asociación serían más fácil su empleo. O quizá, conllevaría el efecto opuesto, excluyendo a supuestos que sí habrían cabido dentro de este tipo.

Cuestión controvertida también es determinar sobre quién recae la obligación de probar esta relación. Dado que la parte demandada es quien tiene la carga de demostrar que su comportamiento no es constitutivo de una discriminación, también debería poder desvirtuar la supuesta relación entre los sujetos discriminado y protegido. No obstante, no siempre es fácil porque el propio significado de la palabra “relación” es subjetivo, y sujeto al juicio de cada persona, por lo que se convierte en una tarea diabólica para la demandada. ¿De qué relación se está hablando? ¿Cómo de cercana ha de ser tal relación? ¿Cómo se prueba una relación? Encontrar unos parámetros objetivos para su definición es algo complicado que el legislador, como venimos diciendo, no ha hecho, y son los tribunales quienes entran a su valoración de acuerdo a su criterio.

Sea como fuere, tras este estudio, podemos afirmar que la indeterminación sobre qué tipo de relación ha de haber entre el sujeto amparado por la norma y el que demanda protección en una discriminación por asociación, ha permitido que se recurra a ella en varias ocasiones, impulsando así su objetivo principal que no es otro que garantizar el principio de igualdad de trato en el ámbito de aplicación de la norma antidiscriminatoria adaptable a cada caso en concreto.

V. Conclusiones

La UE ha elaborado una política social cada vez más completa, donde la igualdad de trato y la prohibición de discriminación ocupan un lugar central. Esto ha contribuido, indudablemente, a que los Estados miembros alcancen unas metas más ambiciosas en aras de acabar con los prejuicios que aún siguen existiendo en el imaginario social y que obstaculizan la consecución de la igualdad efectiva entre todos los ciudadanos.

El TJUE también ha sido, y es, una pieza fundamental en la construcción de este camino, pues ha ampliado el concepto de discriminación que recogían la norma y las Directivas antidiscriminatorias: Directiva 2000/78, Directiva 2000/43 y Directiva 2006/54, hacia nuevos sujetos o nuevos motivos. En este sentido, el asunto Coleman sentaba las bases de la discriminación por asociación. Esta última ha ido evolucionando paulatinamente hasta poder afirmar que se refiere a aquella discriminación que padece una persona, no por padecer una característica protegida por la ley, sino por guardar una relación con una persona que sí la posee. Dado que no se ha desarrollado normativamente, es la práctica judicial la que ha ido perfeccionando este concepto. Los Estados miembros, como es el caso de España, influenciados por las decisiones del Alto Tribunal, también han aplicado este concepto contribuyendo a su elaboración. De todo esto pueden extraerse cuáles son los elementos caracterizadores la discriminación por asociación:

- (i) Que el supuesto de hecho caiga bajo el ámbito de aplicación de alguna norma que otorgue una tutela antidiscriminatoria
- (ii) Que, a consecuencia de un acto u omisión, un sujeto sufra una particular desventaja en una situación comparable con otros sujetos.
- (iii) Que dicha práctica, criterio o disposición, haya estado motivado y este íntimamente relacionado con la circunstancia o características personales protegidas en la ley; y que no tenga justificación alguna.
- (iv) Que el sujeto que sufre la discriminación no sea la misma persona que padezca o tenga la circunstancia o característica protegida por la ley.
- (v) Que exista una relación entre el sujeto perteneciente a un colectivo vulnerable y el sujeto demandante de tutela antidiscriminatoria.

Sin límites, no hay concepto, porque no podríamos definirlo. Para poder aplicar un concepto jurídico como éste es imprescindible cuales son los requisitos que se han de cumplir, porque de otra manera podría desvirtuarse su significado.

Una particularidad de la discriminación por asociación es precisamente que, al no estar regulado en una norma, se permite una mayor maleabilidad. Es decir, que estos cinco elementos delimitadores pueden adaptarse a cualquier situación y ampliar la tutela antidiscriminatoria a los sujetos que así lo requieran, propiciando una tutela frente a posibles vulneraciones de derechos fundamentales que ha de ser considerado favorablemente. Se trata de un tipo de discriminación de creación jurisprudencial que está asumido por nuestro ordenamiento jurídico, aunque se haya reconocido en no muy numerosas ocasiones. No obstante, existe un cierto punto de inseguridad jurídica fruto de la ambigüedad en la interpretación de sus términos, que podría llegar a dar lugar o bien a un desuso del término o a un uso excesivo del mismo, desvirtuando así su esencia. La labor de los tribunales es imprescindible para conocer cuándo hay o no discriminación por asociación, y en todo caso hay que evaluar positivamente la creación de nuevos tipos de discriminación, ya que contribuyen a alcanzar la meta de igualdad efectiva a la que aspira todo Estado de Derecho.

Bibliografía

- CABEZA PEREIRO, Jaime “La discriminación por discapacidad: el caso Chacón Navas”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n.º 102, 2013, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, pp. 299-318.
- CABRA DE LUNA, Miguel Ángel; GAZTELU SAN PÍO, Clara “La protección jurídica de las personas con discapacidad en la normativa comunitaria y en los instrumentos internacionales”, en *Régimen jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2006, pp. 19-93.
- CAHN, Claude “Court of Justice of the eu Rules Collective and Inaccessible Electrical Metres Discriminate against Roma: chez Razpredelenie Bulgaria ad v. Komisia za zashtita ot diskriminatsia (C-83/14)”, *European journal of migration and law*, vol. 18, n.º 1, 2016, Brill | Nijhoff, Brill Academic Publishers, The Netherlands, pp. 112-125.
- CORDERO GORDILLO, Vanessa “Discriminación por asociación con una persona con discapacidad”, *Derecho Social*, vol. 43, 2008.
- El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales (blog). <http://www.eduardorjotorrecilla.es/>
- Foro de labos (blog), <https://forodelabos.blogspot.com/>
- LOUSADA AROCHENA, José. Fernando., *El enjuiciamiento de género*, Dykinson, 2020.
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando “La prueba de la discriminación en el derecho comunitario”, *Revista de derecho social*, n.º 60, 2012, Bomarzo, pp. 125-138.
- MANGAS MARTÍN, Araceli., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 10ª ed., : Tecnos, Madrid, 2020.
- MUÑOZ RUIZ, Ana Belén, “El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la Unión Europea y su extensión a los cuidadores”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 101, 2009, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, pp. 321-339.
- NIETO ROJAS, Patricia “Nuevas manifestaciones de la protección del embarazo en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de junio de 2019, asunto C-404/18, Hakelbracht”, 2019.
- PILGERSTORFER, Marcus; FORSHAW, Simon “Transferred Discrimination in European Law: Case C-303/06, Coleman v Attridge Law; [2008] ICR 1128, [2008] IRLR 722 (ECJ)”, *Industrial Law Journal*, vol. 37, n.º 4, 2008, pp. 384-393.
- RAZABI, Shahra ; STAAB, Silke “Mucho trabajo y poco salario. Perspectiva internacional de los trabajadores del cuidado”, *Revista internacional del trabajo*, vol. 129, n.º 4, 2010, Blackwell Publishing Ltd, Oxford, UK, pp. 449-467.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Emma “La prohibición de discriminación por asociación o vinculación respecto del derecho a la libertad sindical”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 48, 2018, Iustel, p. 9.
- LANGA ROSADO, Delia “La influencia de la clase social y el género en el familismo y la mercantilización del trabajo de cuidado en los hogares”, *RIEM. Revista internacional de estudios migratorios*, vol. 4, n.º 2, 2017, pp. 207-230.
- STEWART, Ann; NICCOLAI, Silvia; HOSKYNs, Catherine, “Disability Discrimination by Association: A Case of the Double Yes?”, *Social & legal studies*, vol. 20, n.º 2, 2011, SAGE Publications, Sage Publications, Inc, London, England, pp. 173-190.
- VELASCO PORTERO, María Teresa “Doctrina del TJ sobre discriminación por asociación y su impacto en nuestra jurisprudencia”, *Revista Galega de Dereito Social - 2ª etapa: (RGDS)*, 9, 2019, Consello Galego de Relacións Laborais.

¿Justicia social o revictimización de la trabajadora doméstica mexicana? Análisis de la sentencia 9/2018 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Social Justice or revictimization of the Mexican female domestic worker? Analysis of judgement 9/2018 by Supreme Court of Justice of Nation

Augusto Fernando Carrillo Salgado*

Universidad Nacional Autónoma de México

ORCID ID: 0000-0001-6107-4917

Recibido: 13/5/2021

Aceptado: 30/6/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6491>

Resumen: En este documento se exponen los argumentos principales de la sentencia 9/2018, dictada por la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con el propósito de determinar si tuvo o ha tenido algún impacto positivo real en favor de la impetrante y demás trabajadoras domésticas mexicanas o si, por el contrario, tan solo ha permanecido como una enunciación de buenos deseos que podría, en última instancia, revictimizarlas. Primero se explica, de manera general, el origen y contenido del fallo, después son destacados sus aspectos positivos y negativos, por último, son desarrolladas las conclusiones. Los métodos empleados para la elaboración de esta reflexión jurídico-filosófica son el deductivo, analítico y dialéctico. La postura epistemológica es el positivismo inclusivo.

Palabras clave: trabajadoras domésticas, seguridad social, reforma constitucional de junio de 2011, Suprema Corte de Justicia de la Nación, sentencias dialógicas.

Abstract: This paper presents the main arguments of judgement 9/2018 by Supreme Court of Justice of Nation, with the purpose of determining whether it has had a real and positive impact in favor of the impetrating and Mexican female domestic workers or if, on the contrary, it has only remained as an enunciation of good wishes which could revictimized them. First, the origin and content of the judgements, in general terms, are explained, then its positive and negative aspects are highlighted, and finally, the conclusions are developed. The methods used for the elaboration of this legal-philosophical reflection are deductive, analytical, and dialectical. The epistemological position is inclusive positivism.

Keywords: female domestic workers, social welfare, constitutional reform of June 2011, Supreme Court of Justice of Nation, dialogical judgements.

*Estudiante de doctorado en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); licenciado y maestro en derecho, con mención honorífica, por la misma institución; y especialista como secretario de juzgado por la Escuela Judicial del Instituto de la Judicatura Federal (IJF). Agradezco al CONACYT por su apoyo para la redacción de este trabajo.

fernando90@comunidad.unam.mx

1. Introducción

En los primeros meses del año dos mil veintiuno, el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México) organizó un curso en línea, denominado *Actualización intensiva en 10 años de jurisprudencia*, con motivo del décimo aniversario de la reforma constitucional en materia de derechos humanos (DDHH) de junio de 2011.¹ El primero de los módulos llevó por título *Igualdad y no discriminación*. Como material pedagógico, el Centro de Estudios Constitucionales puso a disposición del público participante un *corpus* de sentencias dictadas en la última década por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con la finalidad de analizar y comprender la evolución de algunas figuras normativas y jurisprudenciales del derecho mexicano. Entre estas sentencias se encuentra la resolución 9/2018 dictada por la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que trata la situación jurídica de las trabajadoras domésticas frente al derecho del trabajo y seguridad social mexicanos.

Sin duda alguna, es necesaria una reflexión crítica en torno a la estructura, contenido y alcances de la sentencia, a pesar de los años transcurridos desde que fue dictada. Es, precisamente, el transcurso del tiempo lo que permite dilucidar si los objetivos postulados en ella se han materializado (eficacia de la norma), en qué medida o si, por el contrario, los razonamientos vertidos en esta resolución han permanecido en el reino de las buenas intenciones.

Por lo que respecta al orden expositivo adoptado para la elaboración de la presente reflexión jurídico-filosófica, primero se explica el origen y contenido general de la sentencia, posteriormente, se exponen los aspectos positivos y negativos del fallo 9/2018 de la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por último son desarrolladas las conclusiones de este documento. Los métodos empleados son el deductivo, dialéctico y analítico; la postura epistemológica es el positivismo inclusivo.

2. Antecedentes y contenido general de la sentencia 9/2018 de la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

2.1. Sobre el juicio de origen o juicio natural

La parte actora (cuyo nombre se ignora porque se encuentra testado en la versión pública de la sentencia 9/2018) presentó su demanda laboral ante la Unidad Jurídica de la Oficialía de Partes de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje² de la Ciudad de México (CDMX), el día 28 de abril de 2016, en contra de dos personas físicas (cuyos nombres también se desconocen) y llamó como terceros interesados al Instituto Mexicano del Seguro Social e Instituto del Fondo Nacional de la

¹ Véase, CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017, pp. 39-65; CARRILLO SALGADO, Augusto Fernando, Panorama de la protección de los derechos de las trabajadoras en España y México, *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 1, No. 3, 2020, pp. 60-61. La reforma constitucional en materia de DDHH de junio de 2011, significó un cambio de paradigma en la impartición de justicia en México porque se transitó de un esquema formal, positivista, basado en la subsunción; a un modelo más amplio donde las fuentes del derecho se han enriquecido con los tratados internacionales de DDHH y sentencias de la Corte Interamericana de DDHH. Algunos autores han querido ver en este cambio de paradigma un tránsito del iuspositivismo al iusnaturalismo, lo que es falso. En realidad, el paradigma actual podría denominarse positivismo inclusivo ya que no se niega el carácter jurídico de las normas sino que se admite la necesidad de incluir ciertas consideraciones morales, tanto en las sentencias de las autoridades jurisdiccionales, como en todas las actuaciones del Estado mexicano.

² La Junta Local de Conciliación y Arbitraje podría definirse como un tribunal encargado de dirimir las controversias entre patrones y trabajadores integrado por representantes del Estado mexicano (fuero federal o local, según sea el caso), patrones y trabajadores.

Vivienda para los Trabajadores.³ La actora prestó sus servicios para las codemandadas como trabajadora doméstica. En su demanda, reclamó el pago de diversas prestaciones, entre ellas: indemnización constitucional, pago de salarios caídos, aguinaldo, vacaciones, prima vacacional, prima de antigüedad, horas extras y, lo más importante, la inscripción retroactiva ante el Instituto Mexicano del Seguro Social e Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores⁴. La antigüedad de la trabajadora es uno de los elementos más importantes de esta controversia -sobre el particular se volverá más adelante-, en el capítulo de hechos, esclarece la impetrante:

1. La suscrita ingresé a prestar mis servicios en fecha *11 de enero de 1959*, al ser contratada por la demandada *****; como patrona, y posteriormente al crecer sus hijas a últimas fechas también como patrona a la demandada *****, quienes me contrataron con la categoría de doméstica, y con un salario último de \$*****, semanales⁵.

Las codemandadas aceptaron la existencia de la relación laboral, pero esgrimieron como defensa la renuncia escrita de la trabajadora. El día 9 de febrero de 2017, la Junta Especial número 19 de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje de la CDMX dictó un laudo (sentencia laboral) en donde consideró acreditada la renuncia voluntaria de la trabajadora doméstica, razón por la cual absolvió a las demandadas del pago de la indemnización constitucional y salarios caídos. Sin embargo, estimó no probada la excepción de pago de vacaciones, prima vacacional, aguinaldo y horas extras, por lo que condenó al pago de estas prestaciones, pero solo respecto al año anterior a la presentación de la demanda (prescripción negativa en términos del artículo 516 de la Ley Federal del Trabajo⁶).

Por cuanto hace a la inscripción retroactiva ante el Instituto Mexicano del Seguro Social, en su laudo, la Junta Especial 19 absolvió a las codemandadas porque “[el] numeral 338, fracción II⁷, de la Ley Federal del Trabajo [...] descarta que la parte patronal esté obligada a efectuar la inscripción de tales trabajadores al Instituto Mexicano del Seguro Social⁸”; no conforme con ello, la Junta Especial 19 agregó: “[...] el artículo 13, fracción II, de la Ley del Seguro Social, [...] dispone que *voluntariamente* podrán ser sujetos de aseguramiento al régimen obligatorio los trabajadores domésticos⁹”, y concluyó que “[...] el patrón no tiene la obligación de hacer la inscripción ante el referido Instituto de dichos empleados¹⁰”. Finalmente, la Junta Especial 19 absolvió al Instituto Mexicano del Seguro Social del pago de todas las prestaciones reclamadas dado que, al ser un organismo público encargado de prestar servicios de seguridad social, no posee el carácter de patrón.

Inconforme con la resolución, la trabajadora doméstica promovió un juicio de amparo directo en contra del laudo dictado por la Junta Especial 19. En efecto, mediante escrito presentado ante la Secretaría Auxiliar de Amparos de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje de la CDMX, la actora presentó su demanda de amparo el día 31 de marzo de 2017 al estimar vulnerados los dere-

³ Véase, SCJN 8/2018, p. 8. El texto íntegro de la sentencia puede consultarse en: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2020-01/Sentencia%20AD%209-2018%20PDF.pdf>. El Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) es un organismo que suministra seguridad social a los trabajadores que no laboran para el Estado mexicano, el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (INFONAVIT) es un ente que recibe las cuotas de los patrones y trabajadores para que los empleados puedan adquirir, eventualmente, un hogar.

⁴ *idem*. A decir verdad, la inscripción retroactiva ante el IMSS e INFONAVIT es el punto central de la sentencia 8/2018.

⁵ *ibidem*, p. 9. Énfasis añadido, los aspectos testados forman parte del documento original. Nótese la antigüedad de la trabajadora doméstica.

⁶ Véase, *Nueva Ley Federal del Trabajo*, México, Gallardo Ediciones, 2020, p. 127. La Ley Federal del Trabajo sería el equivalente al Estatuto de los Trabajadores (España).

⁷ Este artículo, hasta el numeral 340, actualmente se encuentra derogado. Véase, *ibidem*, p. 87.

⁸ SCJN, *op. cit.*, p. 10.

⁹ *idem*. Énfasis añadido.

¹⁰ *idem*.

chos reconocidos a su favor en los artículos 1, 2, 8, 14, 16, 123 apartado A y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM)¹¹.

La demanda de amparo fue conocida, en razón de turno y materia, por el décimo sexto Tribunal Colegiado de Circuito¹² en materia laboral del primer circuito, mismo que la registró con el número de expediente 9/2018 vinculado con el 8/2018, requirió al presidente de la Junta Especial 19 para que remitiera la totalidad de las constancias, rindiera su informe justificado y presentara las cédulas de emplazamiento del Instituto Mexicano del Seguro Social e Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (terceros interesados en el juicio de amparo y juicio natural).

El Tribunal Colegiado de Circuito solicitó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación que ejerciera su facultad de atracción para conocer del juicio de amparo, por considerar que el asunto podría sentar un precedente de relevancia nacional, lo que hizo la presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el día 14 de febrero de 2018 para, posteriormente, turnar los autos a su segunda sala.

2.2. Contenido general de la sentencia 9/2018

Por medio de este fallo la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *grosso modo*, ha considerado inconstitucional (así como contrario a la dignidad humana y demás DDHH) que los patrones no estén obligados a inscribir a las empleadas domésticas ante el Instituto Mexicano del Seguro Social porque no existe ninguna razón válida para que la ley las excluya del régimen obligatorio de seguridad social¹³. Además, añade, esta medida exclusiva contribuye a marginalizar a la mujer porque el trabajo doméstico ha sido objeto de condiciones generales de trabajo inadecuadas, jornadas extensas, salarios paupérrimos o miserables, etcétera. Por si fuera poco destaca que, de acuerdo con el Instituto Nacional de Geografía y Estadística, 9 de cada 10 personas que realizan labores domésticas son mujeres¹⁴.

En suma, estas consideraciones provocan que las trabajadoras del hogar se encuentren en una situación de precariedad y olvido social que contribuye a la creación, perpetración y perpetuación de desigualdades laborales, económicas y sociales entre las mujeres y hombres, así como el sostenimiento de estereotipos y prejuicios de género en donde el trabajo doméstico es considerado “carente de valor” o una actividad “inferior”¹⁵.

De manera esencial, en esta sentencia se resuelve la controversia en “favor” de la trabajadora; en efecto, la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estima que el despido no fue acreditado pues advierte una discrepancia entre las declaraciones de los testigos y la supuesta renuncia escrita, pero no solo eso, se “otorga” el amparo para “poner en conocimiento” del Instituto Mexicano del Seguro Social la condición de vulnerabilidad de las trabajadoras domésticas (como si dicha situación no fuera ampliamente conocida, no solo por el Instituto Mexicano del Seguro

¹¹ *ibidem*, p. 5.

¹² Mexico es un Estado federado, por lo tanto, existen tres órdenes de gobierno: municipal, estatal y federal. Así, el poder judicial mexicano comprende, también, ámbitos competenciales de acuerdo con la división de funciones mencionada. Estos ámbitos son: fuero común y federal. El fuero federal se integra por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (pleno o salas), tribunales colegiados de circuito, tribunales unitarios de circuito y juzgados de distrito. Cabe destacar la existencia de un Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y plenos de circuito. El juicio de amparo, en principio, se promueve ante tribunales federales.

¹³ SCJN, op. cit., p. 1. Respecto a la evolución jurisprudencial del concepto de igualdad formal y material, véase, SCJN 1464/2013, p. 19 y ss. El texto íntegro de la sentencia puede consultarse en: <https://www.pjecz.gob.mx/derechos-humanos-e-igualdad-de-genero/documentos-de-interes/sentencias-relevantes-sobre-derechos-humanos-e-igualdad-de-genero/suprema-corte-de-justicia-de-la-nacion/documentos-sobre-derechos-humanos/amparo-directo-en-revision-1464-2013/>

¹⁴ *idem*.

¹⁵ *idem*.

Social sino por toda la sociedad mexicana desde hace décadas); por si fuera poco, se le plantea un plazo “prudente” de 18 meses (cuyo término concluyó el 30 de junio de 2019) para que implemente un “programa piloto” que tenga como principal fin diseñar un régimen especial de seguridad social para las trabajadoras domésticas.

De acuerdo con las “directrices” de la sentencia de la segunda sala de la Corte, el régimen especial de seguridad social para las empleadas domésticas debería comprender los seguros de: 1) riesgos de trabajo, 2) enfermedades, 3) maternidad y guarderías, 4) invalidez y vida y 5) retiro, cesantía en edad avanzada y vejez. La obligatoriedad de este régimen es otra exigencia del programa piloto que debería proponer el Instituto Mexicano del Seguro Social. Por último, en un claro ánimo “protector”, la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación concluye que:

[...] la finalidad de los anteriores lineamientos consiste en que, [...] el IMSS se encuentre en posibilidades de proponer al Congreso de la Unión las adecuaciones legales necesarias para la incorporación formal del nuevo sistema especial de seguridad social para las trabajadoras del hogar, y en ese sentido, *en un plazo no mayor a 3 años*, se logre obtener la seguridad social, *efectiva, robusta y suficiente a la totalidad* de las empleadas domésticas en el país¹⁶.

Es importante destacar dos exigencias de la sentencia 9/2018 de la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: 1) que el Instituto Mexicano del Seguro Social proponga al Congreso de la Unión¹⁷ un programa piloto para materializar la inscripción obligatoria en el régimen obligatorio de seguridad social a las trabajadoras domésticas de México y 2) que este programa garantice el aseguramiento social, efectivo, de *todas* las empleadas del país en un plazo de tres años. Sin duda alguna, estos reclamos podrían considerarse dos directrices ideales, moralmente positivas, tanto para el Instituto Mexicano del Seguro Social como para el Congreso de la Unión.

Empero, ambos puntos resultan cuestionables, por ahora es suficiente formular -con cierto ánimo retórico- tres preguntas: ¿está facultado, constitucional y legalmente, el Instituto Mexicano del Seguro Social para proponer programas piloto o iniciativas de ley, ante el Congreso de la Unión, de acuerdo con el marco constitucional y normativo mexicano? ¿una iniciativa de ley, cuerpo de normas o sentencia pueden acabar, real y totalmente, con situaciones de hecho? ¿esta sentencia no revictimizará, en realidad, a la trabajadora doméstica impetrante?

3. Examen particular de la sentencia 9/2018

3.1. Aspectos positivos

Hasta la fecha, la sentencia 9/2018 ha sido considerada, por diferentes sectores de la población mexicana, un fallo de avanzada por múltiples razones, entre las que destacan, por ejemplo, la ruptura con el vetusto esquema formalista de impartición de justicia (subsunción) al incorporar argumentos basados en el análisis de tratados internacionales en materia de DDHH, introducir métodos como la ponderación¹⁸ y escrutinio estricto pero, sobre todo, debido a que sigue la estructura de los

¹⁶ *ibidem*, p. 3. Énfasis añadido.

¹⁷ Por decirlo de alguna forma, el Congreso de la Unión es el máximo “parlamento” de la República Mexicana que se encuentra compuesto por todas las legislaturas de las entidades federativas.

¹⁸ *Cfr.*, ALEXY, Robert, La fórmula del peso, trad. de BERNAL PULIDO, Carlos, en ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, trad. de ATIENZA, Manuel y ESPEJO, Isabel, 2014, p. 349 y ss.

fallos pronunciados por la Corte Constitucional de Colombia¹⁹ (sentencias dialógicas); esto es, suministra directrices a los entes estatales (órganos y organismos) con la finalidad de crear un balance real entre los poderes y, así, disminuir una situación concreta de desigualdad social.

A pesar de lo positivo que podría parecer, *prima facie*, esta sentencia, tal y como se demostrará más adelante, el fallo pronunciado por la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es contradictorio con la naturaleza del juicio de amparo mexicano, principalmente contraviene el principio de relatividad de las sentencias. Ahora corresponde, exponer los aciertos de la sentencia 9/2018.

a) Estructura y “función conductora”

Las primeras dos características positivas de la sentencia 9/2018 que saltan a la vista, son su estructura y función conductora. Por lo que respecta a la primera característica, podría describirse la sentencia con una palabra: sencillez. En efecto, antaño era bastante común que las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación fueran áridas en su redacción (aún para los propios abogados mexicanos), extensas y se encontraran plagadas por la transcripción de artículos normativos o textos de jurisprudencia. En este caso sucede lo contrario pues, si bien es cierto la Corte incurre en el mismo error, la magnitud es menor. Es decir, no abundan, como antes, las transcripciones de artículos y jurisprudencias.

Cabe destacar que, aunque existe una mejoría en cuanto a su estructura, esta sentencia no alcanza la sencillez, precisión, y calidad argumentativa de los mejores fallos del Tribunal Constitucional de España. En ese sentido, por ejemplo, en las páginas 9, 10 y 11 se transcriben, de manera innecesaria, pasajes completos de algunas constancias del juicio de origen cuando, en realidad, pudo realizarse una narración sencilla sobre el contenido y circunstancias del juicio natural. Este defecto se repite, además, en las páginas 31 a 34 porque se transcriben artículos completos de la ley del Instituto Mexicano del Seguro Social. Por si fuera poco, se usan de manera indiscriminada las negritas, subrayado o itálicas para destacar pasajes importantes del texto.

Sin duda alguna, para lograr que la población tenga un acceso real a la impartición de justicia es necesario que todos los fallos, sobre todo aquellos que provienen de una corte constitucional, se encuentren redactados en términos claros, sencillos, alejados de los tecnicismos del derecho porque no se trata de elaborar un tratado o exposición erudita sobre ciencia jurídica o hacer gala de un vasto conocimiento del derecho, sino cumplir con dos funciones esenciales a todo Estado social de derecho moderno: la impartición de justicia y la creación de un recurso sencillo y eficaz en favor de los justiciables²⁰.

En efecto, esta deuda jurídica, y moral²¹, es más profunda hacia la clase trabajadora de cualquier país, máxime en las naciones latinoamericanas, ya que en no pocas ocasiones los obreros carecen de estudios suficientes como para adentrarse en las discusiones más técnicas del derecho (las cuales, a veces, ni siquiera son comprendidas en su totalidad por los propios jurisconsultos). Así, los fallos de una corte constitucional deben ser pronunciados tomando en consideración, en todo momento, el público al que se dirigen porque las sentencias entrañan, también, una función didáctica²². Esto es, la población debe ser capaz de aprender -y, también, aprehender- el sentido y la forma en que pueden hacer valer sus derechos frente a los juzgados y tribunales de su país.

¹⁹ Las sentencias dialógicas de la Corte Constitucional de Colombia son un referente para toda América Latina por su estructura y fondo. En efecto, como su nombre lo indica, estas sentencias establecen un vínculo de comunicación entre los entes estatales. En otras palabras, no solo dirimen la controversia constitucional, sino que sus efectos irradian al resto de la población e instituciones.

²⁰ *Cfr.*, ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, p. 703 y ss.

²¹ *Cfr.*, ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, *Isegoría*, 21, 1999, pp. 37-47.

²² *Cfr.*, ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM-IIIJ, 2005, p. 204 y ss.

Por otra parte, la segunda característica de la sentencia es, quizá, una de las herramientas constitucionales más innovadoras para el derecho del trabajo y seguridad social mexicanos pero, también y como más adelante se verá, la que mayor problemas ocasiona. A través de la sentencia 9/2018 de la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se trata de emular la función conductora de los fallos de la Corte Constitucional de Colombia.

Como se sabe, las sentencias de la Corte referida se caracterizan por su naturaleza “dialógica” ya que proporcionan una serie de directrices específicas al Estado colombiano para finiquitar un problema social. En otras palabras, las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia no se limitan a dirimir la controversia constitucional en favor de las partes, sino que sus efectos irradian a la esfera pública estatal para evitar que los mismos atropellos hacia la sociedad continúen cometiéndose una y otra vez.

En el caso particular de la sentencia 9/2018 la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha tratado de suministrar una serie de pautas al Estado mexicano para que erradique la discriminación hacia las trabajadoras domésticas (no obligatoriedad para el patrón de inscribirlas en el régimen obligatorio de seguridad social del IMSS) y, así, disminuir la brecha laboral entre hombres y mujeres. Lo cierto es que, esta clase de fallos, no son comunes en la impartición de justicia mexicana.

b) Suplencia de la deficiencia de la queja en favor de la trabajadora

De acuerdo con el fallo de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Quejosa, en su demanda de amparo directo, tan solo impugna la constitucionalidad de los artículos 146 y 338 de la Ley Federal del Trabajo por considerar que establecen una distinción injustificada (discriminatoria) al no contemplar el servicio doméstico como parte del régimen obligatorio ante el Instituto Mexicano del Seguro Social.

Sin embargo, a consideración de la Sala, el reclamo de la Quejosa va mucho más allá pues, en realidad, el problema constitucional de fondo no solo debe abarcar los numerales 146 y 338 de la Ley Federal del Trabajo, sino todas aquellas disposiciones que obstaculicen la inscripción de las trabajadoras domésticas ante el régimen obligatorio ante el Instituto Mexicano del Seguro Social²³, de ahí que la Sala centre su atención no solo en las normas de la Ley Federal del Trabajo impugnadas, sino también sobre aquellas de la ley del Instituto Mexicano del Seguro Social, en particular el artículo 13, fracción II.

c) Análisis exhaustivo del contenido y alcance del principio de igualdad y condición de la trabajadora doméstica en México

Como se sabe, el caso entraña una diferenciación discriminatoria hacia las trabajadoras domésticas. Para determinar en qué consiste dicha discriminación, la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación comienza por el análisis de la estructura, contenido y alcances del principio contrario: el de igualdad.

En primer término, la segunda sala de la Corte precisa que, el principio de igualdad, es un derecho complejo porque se encuentra integrado por diversos artículos diseminados a lo largo y ancho de la CPEUM y tratados internacionales en materia de DDHH. En segundo lugar, la Sala esclarece que, del referido principio derivan dos normas: 1) un mandamiento de trato igual en supuestos de hechos equivalentes y 2) un mandamiento de trato desigual que constriñe al legislador a establecer distinciones entre supuestos de hecho distintos cuando así lo imponga la CPEUM. Por

²³ Véase, SCJN, *op. cit.*, p. 14.

último, la Corte mexicana precisa que el derecho humano a la igualdad posee, cuando menos, dos dimensiones: 1) una formal y 2) otra sustantiva o de hecho²⁴.

Primero, la Sala determina que las trabajadoras domésticas reciben un trato desigual frente a supuestos de hecho equivalentes. Es decir, todos los trabajadores reciben protección social por sus servicios, menos ellas. Segundo, explica que la desigualdad de las empleadas no solo es formal sino también material. Tercero, pone en tela de juicio si esta diferenciación persigue un fin constitucional. Tras reconocer que las empleadas domésticas se encuentran en una condición de desigualdad en ambos sentidos, procede a responder la siguiente pregunta: ¿es constitucionalmente válida la exclusión de las trabajadoras domésticas del régimen obligatorio de seguridad social ante el Instituto Mexicano del Seguro Social?

El primer argumento, esgrimido por el legislador ordinario, a consideración de la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y que “justifica” (o trata de justificar) el aseguramiento potestativo de las trabajadoras domésticas al régimen obligatorio de seguridad social consiste en que, a menudo, las trabajadoras domésticas laboran para diferentes patrones y, en consecuencia, sería difícil determinar a quién corresponde la relación de trabajo. El segundo argumento es que, las labores se realizan en un hogar privado, lo que hace difícil la aplicación de la inspección del trabajo²⁵.

Posteriormente, la segunda sala identifica una serie de afirmaciones que desbordan en cascada: 1) los ingresos de las trabajadoras domésticas son irregulares, 2) el salario en especie es frecuente, 3) en ocasiones las trabajadoras domésticas tienen su domicilio en su centro de trabajo, 4) las empleadas domésticas se encuentran en situación migratoria irregular, y 5) sus horas de trabajo son variables²⁶.

Estos y otros argumentos, a juicio de la Corte, no son más que prejuicios que contribuyen a marginalizar a las trabajadoras domésticas pues no persiguen una distinción constitucionalmente válida. Por el contrario, laceran la dignidad humana de las empleadas domésticas al no garantizar el acceso al régimen obligatorio de seguridad social ante el Instituto Mexicano del Seguro Social porque, al no cotizar frente a dicho instituto de seguridad social, jamás se hacen acreedoras a una pensión de cesantía por edad avanzada. Más aún, en caso de accidente de trabajo, no cuentan con protección social. Esto es, no basta con percibir salarios miserables y trabajar durante jornadas inhumanas, también deben pagar sus propios gastos médicos (cuando pueden hacerlo) en caso de accidente y/o enfermedad.

De nueva cuenta, la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, procede a *contrario sensu*. Si la diferenciación no persigue un fin constitucionalmente válido, entonces, ¿cuáles son las obligaciones del Estado mexicano en materia de seguridad social?

d) Obligaciones del Estado mexicano en materia de seguridad social en favor de las trabajadoras domésticas

En consonancia con el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, del que el Estado mexicano forma parte y que constituye un elemento de su bloque de constitucionalidad, las autoridades mexicanas están obligadas a proporcionar seguridad social a todas las personas, sin ningún tipo de discriminación. En otras palabras, el acceso a la seguridad social no debe ser restringido de manera arbitraria o poco razonable²⁷.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), añade que el Estado mexicano se encuentra obligado a prestar especial atención a las personas o grupos que, reiteradamente, han tenido dificultad para acceder al sistema de seguri-

²⁴ *ibidem*, p. 16.

²⁵ *ibidem*, p. 26 y ss.

²⁶ *idem*.

²⁷ *ibidem*, p. 19.

dad social²⁸. Y es, precisamente, este el supuesto de las trabajadoras domésticas, como lo ha señalado en diferentes ocasiones la Organización Internacional del Trabajo (OIT), pues el empleo doméstico “ha sido tradicionalmente objeto de condiciones de trabajo inadecuadas, extensas jornadas laborales, bajos salarios, trabajo forzoso y una escasa o nula protección social; es decir, expuesto a condiciones que están lejos del concepto de trabajo decente”²⁹.

3.2. Aspectos negativos

Aunque la sentencia 9/2018, dictada por la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, entaña elementos positivos, tanto formales como de fondo, sus aspectos negativos son de tal magnitud que terminan destruyendo la esencia del fallo. Por decirlo de otra manera, la sentencia adquiere una dimensión tan abstracta que se convierte en una lamentable enunciación de buenos deseos hacia la impetrante y demás empleadas domésticas mexicanas. Este fallo, al no guardar una relación directa con la realidad cotidiana de un sector de la población tan marginado o desprotegido como lo son las empleadas domésticas mexicanas, termina volviéndose una clara expresión del clasismo judicial mexicano debido al desconocimiento o falta de empatía hacia las trabajadoras domésticas mexicanas y sus necesidades (criterios judiciales dictados desde una posición privilegiada). Pero lo más terrible de este supuesto fallo de “avanzada”, como se verá en líneas posteriores, es la revictimización de la trabajadora impetrante. ¿Cuáles son estos defectos insoslayables? ¿Por qué ha sido evaluada esta sentencia de manera tan dura? Veamos.

a) Crítica a la función “conductora” de la sentencia 9/2018

De acuerdo con el artículo 71 de la CPEUM, una iniciativa de ley puede ser presentada por: 1) el presidente de la República Mexicana, 2) los diputados y senadores al Congreso de la Unión, 3) las legislaturas de las entidades federativas y CDMX y 4) los ciudadanos en un número equivalente, por lo menos, al 0.13 % de la lista nominal de electores³⁰. Detengámonos un momento sobre uno de los elementos esenciales de la sentencia 9/2018 de la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: el “programa piloto” que debe formular el Instituto Mexicano del Seguro Social.

¿Cuál es la naturaleza jurídica de dicho “programa piloto”? ¿Es una iniciativa de ley o solo una sugerencia? Suponiendo que fuera una iniciativa de ley, ¿cuál sería el fundamento constitucional para que el Instituto Mexicano del Seguro Social pudiera presentar un “programa piloto” ante el Congreso de la Unión? En el supuesto de que la ley reglamentaria del Instituto Mexicano del Seguro Social facultara a este organismo del Estado para presentar “programas piloto” o una iniciativa de ley, dicha disposición sería claramente inconstitucional porque no encuadra en ninguno de los supuestos del artículo 71 de la Constitución.

Si el “programa piloto” que prescribe la sentencia 9/2018 de la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación fuera una sugerencia, el Instituto Mexicano del Seguro Social cumpliría su obligación al presentar dicho documento ante el Congreso de la Unión. ¿Esto garantizaría que en un plazo no mayor a 3 años, “se logre obtener la seguridad social, efectiva, robusta y suficiente de la *totalidad* de las empleadas domésticas en el país?”

²⁸ *ibidem*, p. 20.

²⁹ *ibidem*, p. 23.

³⁰ El texto de la CPEUM se encuentra disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>

Además, ¿ante qué persona del Congreso de la Unión debe ser presentado el “programa”? ¿Ante una comisión permanente? ¿Cuál? ¿Ante un diputado o senador? ¿De qué bancada? Ellos tan solo tendrían que recibir el documento y nada más. Por si fuera poco, esa “iniciativa” o “programa piloto” podría ser aplazado indefinidamente por no formar parte de la “agenda política” del propio Congreso de la Unión o cualquiera de las fracciones parlamentarias.

Esta prescripción de la sentencia 9/2018, este “programa piloto”, no es otra cosa más que una idea que carece de sustento constitucional ni legal. Lo que es más, ni siquiera es una norma porque no está enlazada a ninguna sanción, a lo mucho es un buen deseo. Si bien es cierto la ley deja de ocupar un papel central, en tanto fuente del derecho, en el Estado de Derecho Constitucional³¹, esto no se traduce, de ninguna manera, en el abandono de la certeza que confiere la norma positiva³². Todos los actos del Estado, máxime las sentencias de una corte constitucional, deben ser dictadas de acuerdo a lo que prescriba la Constitución y la ley³³. ¡Vaya paradoja, que una sentencia constitucional carezca de sustento constitucional y legal!

b) Falacia naturalista

Esta falacia en el razonamiento jurídico ha sido enunciado, doctrinariamente, de la siguiente forma: “que algo sea no significa que deba ser, que algo deba ser no significa que sea”. En el sumario de la sentencia 9/2018 se lee el siguiente, y desafortunado, “razonamiento”: “[...] la finalidad de los anteriores lineamientos consiste en que, [...] en un plazo no mayor a 3 años, *se logre obtener la seguridad social, efectiva, robusta y suficiente a la totalidad de las empleadas domésticas en el país*”³⁴. ¿Puede una norma o una sentencia cambiar la realidad de una sociedad a tal punto que exista una coincidencia total entre el *ser* y el *deber ser*? La respuesta es absolutamente negativa.

Hans Kelsen, con gran precisión, en su *Reine Rechtslehre*³⁵, demostró que las ciencias sociales en general y, el derecho en particular, se rigen por el principio de imputación. Es decir, si *A debe ser B*. Por su parte, las ciencias naturales están sujetas al principio de causalidad; si *A tiene* que ser B. En otras palabras, las ciencias naturales describen fenómenos regidos por el principio de causal-consecuencia. Una norma jurídica dejaría de ser derecho si el supuesto expresado en ella siempre coincidiera con la situación de hecho que regula, porque desaparecería, entre *A* y *B*, un vínculo de *deber ser* para convertirse en una relación de *ser*³⁶.

Eduardo García Máynez, sobre esta distinción kelseniana, explica: “[s]i la eficacia de una norma pudiera llegar al límite superior de cumplimiento indefectible o, si no pudiera dejar de ser obedecida, en ese mismo instante dejaría de ser regla de conducta, para transformarse en ley de la naturaleza”³⁷. De ahí la imposibilidad para garantizar, en todo momento, “seguridad social, efectiva, robusta y suficiente *a la totalidad* de las empleadas domésticas en el país”.

³¹ Véase, ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 10ª ed., Madrid, Trotta, 2011, pp. 21-46.

³² Véase, GUASTINI, Riccardo, Gerarchie normative, *Revis. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 21, 2013, p. 21 y ss.

³³ *cf.*, GARCÍA AMADO, Juan Antonio, Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho, *Anuario de Filosofía del Derecho*, VIII, 1991, p. 346 y ss.

³⁴ Véase, *infra*, parágrafo 2.2 de este documento. Énfasis añadido.

³⁵ Véase, KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2008, pp. 15-50; la distinción entre el principio de imputación y causalidad es matizada en la segunda edición de su *opus magnum*, véase, KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 16ª ed., México, Porrúa, trad. de VERNENGO, Roberto J., 2009, pp. 15-70.

³⁶ Véase, GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana. Exposición crítica*, México, ediciones Coyoacán, 2011, p. 16 y ss; véase también, KELSEN, Hans, *Derecho y lógica*, 2ª ed., México, ediciones Coyoacán, trad. de SCHMILL ORDOÑEZ, Ulises Schmill y CASTRO VALLE, Jorge, 2016, p. 14 y ss.

³⁷ *ibidem*, p. 16.

La afirmación anterior significa que todos los patrones, siempre, a partir del dictado de la sentencia 9/2018, inscribirían a sus trabajadoras domésticas en el régimen obligatorio del IMSS. ¿Realmente eso sucedería? ¿Cómo estar seguros? ¿De qué manera se vigilaría el cumplimiento de esta orden? ¿Puede el Estado mexicano supervisar el acatamiento estricto de este mandato? De nueva cuenta la respuesta es negativa, no faltaría el patrón que, por maldad, indiferencia o simple desconocimiento de la norma, no cumpliera con este precepto. En efecto, algunos evitarán inscribir a sus trabajadoras domésticas para eludir las cargas fiscales y pago de las cuotas obrero-patronales ante el Instituto Mexicano del Seguro Social. Otros, por su parte, debido a su falta de empatía (no necesariamente persiguiendo un lucro), torpeza o pereza no inscribirán a sus empleadas domésticas ante el instituto mencionado.

Por último, no debe perderse de vista que los patrones mexicanos, no tienen dentro de sus prioridades revisar todas las mañanas el Diario Oficial de la Federación (DOF) o Semanario Judicial de la Federación (SJF) para enterarse de los cambios legislativos y criterios jurisprudenciales más novedosos. Es decir, seguramente muchos patrones de México están tan conscientes sobre la existencia de esta sentencia de la Corte, como los abogados nacionales están al tanto de los indicadores con los que concluyó su actividad, el día de ayer, la Bolsa Mexicana de Valores (BMV) o Wall Street.

La afirmación garantizar “seguridad social, *efectiva*, robusta y suficiente *a la totalidad* de las empleadas domésticas en el país”, es tan cierta y racional como querer cambiar el eje, sentido de rotación de la Tierra o posición del planeta en el universo, a través de una sentencia de la SCJN, decreto presidencial o ley del Congreso de la Unión.

c) Contravención al principio de relatividad de las sentencias del juicio de amparo mexicano.

La fisonomía del juicio de amparo mexicano, no obstante su evolución a través del tiempo, está condicionada por ciertos principios; entre los que destaca el de relatividad de las sentencias. ¿Qué quiere decir esto? Que los efectos de los fallos de una sentencia de amparo no tendrán efectos *erga omnes*, pues solo afectan a las partes involucradas en el conflicto³⁸. Esto es, una sentencia de amparo no podría declarar inconstitucional, con efectos generales, una norma. En ese sentido, Edmundo Elías Mussi y Luciano Silva Ramírez explican:

El principio de relatividad de las sentencias, también conocido como Fórmula Otero, [...] consiste en los alcances particulares de las sentencias de amparo. Éste ha sido motivo de polémica hasta nuestros días, sobre todo en el amparo contra leyes, ya que debido a dicho principio, el efecto de las sentencia (sic) que otorga el amparo al quejoso, declarando inconstitucional una ley, no significa que la norma se derogue, salga del mundo jurídico, sólo se dejará de aplicar al gobernado que la impugnó y obtuvo el amparo; la ley tildada de inconstitucional sigue conservado su vigencia y fuerza material, por lo tanto se seguirá aplicando al grueso de la población, a los destinatarios de la norma, que no la combatieron, o que si lo hicieron, el juicio de garantías les fue sobreesido o negado³⁹.

Sin embargo, sí existe una vía para expulsar, con efectos generales, una norma del ordenamiento jurídico mexicano: la *acción de inconstitucionalidad*. Desde luego, este documento no pretende ser una exposición exhaustiva, erudita, de derecho procesal constitucional mexicano. Por tanto, es suficiente mencionar, que la *acción de inconstitucionalidad* es el mecanismo jurisdiccional

³⁸ Véase, CAMPUZANO GALLEGOS, Adriana, *Manual para entender el Juicio de Amparo*, 3ª ed., México, Thomson Reuters, 2017, pp. 135-137; *cf.*, BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *El Juicio de Amparo*, 20ª ed., México, Porrúa, 1983, p. 532.

³⁹ ELÍAS MUSSI, Edmundo & SILVA RAMÍREZ, Luciano, La Fórmula Otero y la declaratoria general de inconstitucionalidad en el Juicio de Amparo contra normas, en GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel & FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *El Juicio de Amparo. A 160 años de la primera sentencia*, México, UNAM-IIJ, tomo I, 2009, p. 27. El texto se encuentra disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3066/4.pdf>

por medio del cual, algunos órganos del Estado mexicano que se encuentran legitimados para ello, pueden denunciar la incongruencia de una norma con el bloque de constitucionalidad, para que ésta sea expulsada del ordenamiento jurídico con efectos generales⁴⁰.

Si la sentencia 9/2018 de la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no deriva de una *acción de inconstitucionalidad* sino de un juicio de amparo directo, esto es, si sus efectos no son *erga omnes* de acuerdo con la Fórmula Otero ¿de qué manera se supone que la declaratoria de inconstitucionalidad, expresada en este fallo, respecto a la facultad potestativa de los patrones para inscribir en el régimen obligatorio del IMSS a las trabajadoras domésticas, surtirá efectos generales?

En otras palabras, ¿esta resolución realmente podrá garantizar el acceso efectivo a la seguridad social de *todas* las empleadas domésticas mexicanas como se enuncia en su sumario? Tal parece que no; en consecuencia, dicha afirmación no es más que un recurso emotivo, estridente, llamativo o pretencioso de la sentencia 9/2018.

d) Revictimización de la empleada doméstica impetrante

A pesar de todos los razonamientos anteriores, el aspecto más grave de esta sentencia, el punto que mayor vergüenza causa, el elemento más infame y deleznable de este fallo, es la revictimización de la impetrante. Sin duda alguna, la trabajadora doméstica (Quejosa) es una víctima, tanto de sus patronas como del propio Estado mexicano.

Víctima en tanto que sus patronas, desde el 11 de enero de 1959, evitaron inscribirla en el sistema de seguridad social mexicano. En otras palabras, la “trabajadora” doméstica estuvo reducida a un estado de semi-esclavitud, debido a su pobreza, ignorancia y género. Durante mucho tiempo estuvo sin seguridad social: 57 años (desde 1959 hasta 2016). ¡Qué hecho tan vergonzoso para las instituciones y población mexicana!; Normalización de la semi-esclavitud!

Víctima en tanto que el Estado mexicano no hizo justicia en este fallo. Por una parte, y como se ha visto en líneas superiores, la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación desprecia el propio andamiaje constitucional y legal, cuando y como quiere (“programas piloto” y demás directrices sin sustento constitucional o legal), desprecia el andamiaje jurídico mexicano para aparentar ser un tribunal constitucional de avanzada a la altura de la Corte Constitucional de Colombia o Tribunal Constitucional de España. Lo que importa es la forma, la apariencia sobre el fondo, aparentar es ser.

La sentencia 9/2018 absuelve a las codemandadas, así como al Estado mexicano, a la inscripción retroactiva ante el Instituto Mexicano del Seguro Social e Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores porque, cuando surgió la relación de trabajo y mientras existió, el derecho vigente no hacía obligatoria la inscripción de las trabajadoras domésticas al régimen obligatorio ante el Instituto Mexicano del Seguro Social. De acuerdo con el “razonamiento” (?) de la segunda sala de la Corte, fallar de otro modo sería faltar al principio de seguridad jurídica en favor de los gobernados. ¿Cómo? ¿Por una parte desprecia las disposiciones constitucionales y legales al indicar ciertas “directrices” (“programa piloto”) a las instituciones jurídicas nacionales pero, por la otra, respeta en sentido “estricto” la legalidad?

El fallo puede ser expresado en otros términos: “a pesar de haber trabajado durante 57 años al margen de la ley, a pesar de haber sido reducida durante 57 años a una condición de semi-esclavitud, a pesar de haber invertido tiempo, dinero y esfuerzo en dos juicios (el natural y el juicio de amparo), a pesar de acudir a este tribunal reclamando aquello que por derecho te pertenece: Justicia, lamentamos informarte que no maximizaremos tu derecho humano a la seguridad social y

⁴⁰ Véase, BARRERA GARZA, Óscar, *Compendio de amparo*, 2ª ed., México, Porrúa, 2017, p. 54.

vivienda, no tienes derecho a ninguna pensión por edad avanzada, no tienes derecho a una vivienda digna, pero no te preocupes, toma, aquí está tu carta de buenos deseos, gracias y mejor suerte para la próxima”. Estos son algunos extractos en donde se “dirime” la controversia:

[...] ésta Corte Constitucional considera que no resulta posible condenar, ni a la parte patronal, ni al Instituto Mexicano del Seguro Social, al pago retroactivo de las cuotas de seguridad social respectivas, ni otras prestaciones que se encuentran previstas en el régimen obligatorio de tal Instituto.

Lo anterior, ya que resulta inconcuso que la norma impugnada, al establecer que las trabajadoras domésticas pertenecen al régimen voluntario -y, por ende, que no existía obligación alguna del patrón de inscribirlas ante el Instituto Mexicano del Seguro Social-, gozaba de la plena presunción de constitucionalidad y, por ende, previo a la interposición del presente juicio de amparo, no existía obligación jurídica alguna que pudiese serle reclamada al patrón respecto a la “omisión” de inscribir a la quejosa ante el Instituto Mexicano del Seguro Social y a la de pagar las cuotas de seguridad social respectivas, ni tampoco débito alguno que pudiese serle legalmente reprochable a ese Instituto.

En efecto, la aceptación del Estado de Derecho, como un principio constitucional, requiere que un ciudadano, antes de comprometerse con una determinada línea de acción, sepa por adelantado cuáles son los principios y obligaciones legales que derivan de ésta.

[...]

En ese sentido, condenar retroactivamente a la parte patronal o al Instituto Mexicano del Seguro Social, a que enteren las cuotas concernientes de seguridad social o que se otorguen ciertas prestaciones sociales, implicaría una clara violación al principio de legalidad y seguridad jurídica, al pretender dotar de efectividad en el pasado una obligación que, conforme a las normas vigentes y bajo la presunción de constitucionalidad de las leyes, no era exigible para sujeto de derecho alguno.

Sin embargo, lo anteriormente expuesto no implica que el vicio de inconstitucionalidad detectado no depare ningún efecto práctico. [...] esta Corte Constitucional [...] se encuentra obligado (sic) a emitir directrices que orienten a las autoridades estatales competentes, respecto a la necesidad y el deber que tienen de cumplimentar, de manera efectiva, con la protección y goce del derecho humano a la seguridad social de las trabajadoras domésticas⁴¹.

La sentencia 9/2018 es un desastre pues confunde los efectos que tiene la norma, por una parte, hacia los gobernados y, por la otra, hacia las autoridades, también es incapaz de distinguir entre la obligación estatal de reparación del daño y la garantía de no repetición. En efecto, es correcto, cuando menos jurídicamente, que la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación absolviese a las codemandadas del pago de las cuotas al Instituto Mexicano del Seguro Social porque sería darle un efecto retroactivo negativo a una norma individualizada (sentencia) en su perjuicio. Cabe destacar, al respecto, que la Constitución mexicana prohíbe terminantemente esta clase de operaciones en los artículos 14 y 16.

Sin embargo, los efectos de la norma hacia las autoridades estatales son totalmente diferentes. En el Estado de Derecho Constitucional, el Estado es una suerte de dique entre el gobernado⁴² y cualquier poder salvaje⁴³. En el Estado de Derecho Constitucional la responsabilidad del Estado es única e indivisible, trasciende a través del tiempo. De esta forma, una arbitrariedad estatal puede ser cometida en cierta época y no ser sancionada de manera inmediata por diferentes causas (complicidad de políticos y autoridades, corrupción, dictaduras, etcétera); sin embargo, mutadas las condiciones, el Estado debe reparar, de diferentes maneras, todas aquellas violaciones en materia de DDHH. Actuar

⁴¹ SCJN, 9/2018, pp. 50-51. Énfasis añadido.

⁴² Cfr. UPRIMNY, Rodrigo, Estado de Derecho, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, no. 5, 2013, pp. 168-175.

⁴³ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Manifiesto por la igualdad*, Madrid, Trotta, trad. de IBAÑEZ, Perfecto Andrés, 2019, pp. 13-40, 109-128.

de manera contraria significaría solapar leyes injustas solo porque eran derecho vigente, conduciría a justificar cualquier clase de injusticia extrema. Sin embargo, es un principio ampliamente reconocido que en el Estado de Derecho Constitucional la injusticia extrema no es derecho⁴⁴.

En la especie, si bien es cierto el ordenamiento jurídico no contemplaba a las trabajadoras domésticas dentro del régimen obligatorio ante el Instituto Mexicano del Seguro Social, esta diferenciación jamás persiguió un fin constitucionalmente válido. Más aún, dicha excepción estuvo sostenida en prejuicios de género por medio de los cuales el trabajo doméstico era, y es, considerado una actividad inferior, indigna. De ahí que, al no condenar al Instituto Mexicano del Seguro Social, en tanto órgano constitutivo del Estado, al otorgamiento, en favor de la Quejosa, de una pensión por cesantía y edad avanzada, esta sentencia de la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en realidad, entraña un perverso efecto revictimizante.

Efectivamente, la trabajadora doméstica, durante 57 años estuvo privada de seguridad social por su condición económica, ignorancia y género, por si fuera poco, tuvo que soportar la carga económica y psicológica de dos juicios (natural y juicio de amparo) para no recibir la garantía, la certidumbre, de una pensión por cesantía y edad avanzada que le permitiera gozar de cierta estabilidad económica durante las postrimerías de su existencia.

En ese sentido, resulta totalmente paradójico, surrealista y absurdo que, por una parte, la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación busque asegurar la protección de “todas” las trabajadoras de México pero, por la otra, no pueda maximizar el derecho humano a la seguridad social y vivienda digna de la impetrante, de una sola persona. Es decir, con su sentencia “protegió” a todas las trabajadoras domésticas y, a la vez, a nadie.

El temor de la segunda sala a distorsionar el presupuesto del Estado mexicano no se encuentra justificado porque su sentencia no tiene efectos generales, sino particulares. Es decir, mediante su fallo no está constriñendo al Estado mexicano al pago de millones de pesos en favor de todas las trabajadoras domésticas porque una sentencia de amparo no tiene efectos generales. Además, vista la situación desde una perspectiva estrictamente utilitaria, una pensión en favor de la trabajadora no significaba una erogación estratosférica para el Estado mexicano si se considera la esperanza de vida de mujeres y hombres en el país.

Si algo pudiera rescatarse de este lamentable fallo sería la intención, por parte de la segunda sala de la Corte, de crear una suerte de garantía de no repetición al tratar de constreñir en lo futuro, mediante sus directrices, tanto a los patrones como a las autoridades de seguridad social, a inscribir obligatoriamente a todas las trabajadoras domésticas. Empero, estas directrices expresadas en el cuerpo de su sentencia, así como su “programa piloto”, debido a su ineficacia, terminan convirtiéndose en una broma de mal gusto para las trabajadoras domésticas de México. Por si fuera poco, a diferencia de la Corte Constitucional de Colombia, la Corte mexicana no da seguimiento a sus propios fallos.

4. Consideraciones finales

Recientemente, los artículos 338 a 340 de la Ley Federal del Trabajo fueron derogados; estos artículos excluían del régimen obligatorio de seguridad social a las trabajadoras domésticas mexicanas. Para no faltar a la verdad, cabe precisar que esta derogación fue, hasta cierto punto, un eco de la sentencia 9/2018 de la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En efecto, fue tan

⁴⁴ Véase, RADBRUCH, Gustav, “Five Minutes of Legal Philosophy (1945)”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, no. 1, 2006, pp. 13-15.

solo un eco, porque el fallo no vinculaba estrictamente ni al Congreso de la Unión ni al Instituto Mexicano del Seguro Social. Estos artículos fueron derogados, más bien como una deuda política, como una estrategia para mantener una posición en las encuestas en un contexto electoral, más que como un acto auténtico por mejorar las condiciones de las trabajadoras de México.

Hace casi dos años que feneció el plazo indicado por la Corte mexicana; hasta la fecha no existe programa piloto alguno en favor de las empleadas domésticas mexicanas ni se ha sancionado al referido instituto por su “incumplimiento”. Más aún, ya transcurrieron los tres años indicados en la sentencia para que todas las trabajadoras gozaran de seguridad social. Sin embargo, la mayoría de ellas aún carecen de seguridad social.

La sentencia 9/2018 de la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es irrespetuosa con las trabajadoras domésticas mexicanas en general, así como la impetrante en particular porque, más allá de la apariencia, no se tutelan de manera efectiva sus derechos sociales. Esta sentencia hace a un lado un cúmulo amplio de preceptos constitucionales y legales con el propósito de dar la apariencia de ser un fallo innovador, de avanzada, a la vanguardia de lo que hacen otros tribunales constitucionales de Iberoamérica como la Corte Constitucional de Colombia o el Tribunal Constitucional de España.

Podría decirse que, en cierta medida, constituye una muestra de irresponsabilidad institucional y falta de compromiso, tanto moral como real, de los juzgadores federales porque se encuentra desconectada de las condiciones y necesidades reales de la población mexicana. La sentencia podría ser considerada como una falta de empatía hacia uno de los sectores más vulnerables de la población, las empleadas domésticas, porque ellas no viven de buenas intenciones, así como los ministros y secretarios de la Suprema Corte de “Justicia” de la Nación no desempeñan sus cargos de manera honorífica.

5. Fuentes de consulta

- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, trad. de ATIENZA, Manuel y ESPEJO, Isabel, 2014.
- ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM-IIJ, 2005.
- “El derecho como argumentación”, *Isegoría*, No. 21, 1999.
- BARRERA GARZA, Óscar, *Compendio de amparo*, 2ª ed., México, Porrúa, 2017.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *El Juicio de Amparo*, 20ª ed., México, Porrúa, 1983.
- CARRILLO SALGADO, Augusto Fernando, Panorama de la protección de los derechos de las trabajadoras en España y México, *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 1, No. 3, 2020.
- CAMPUZANO GALLEGOS, Adriana, *Manual para entender el Juicio de Amparo*, 3ª ed., México, Thomson Reuters, 2017.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.
- FERRAJOLI, Luigi, *Manifiesto por la igualdad*, Madrid, Trotta, trad. de IBAÑEZ, Perfecto Andrés, 2019.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel & FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *El Juicio de Amparo. A 160 años de la primera sentencia*, México, UNAM-IIJ, tomo I, 2009.
- GARCIA AMADO, Juan Antonio, Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho, *Anuario de Filosofía del Derecho*, VIII, 1991.

- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana. Exposición crítica*, México, ediciones Coyoacán, 2011.
- GUASTINI, Riccardo, Gerarchie normative, *Revis. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 21, 2013.
- KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2008
- *Teoría Pura del Derecho*, 16ª ed., México, Porrúa, traducción de Roberto J. Vernengo, 2009.
- *Derecho y lógica*, 2ª ed., México, ediciones Coyoacán, trad. de SCHMILL ORDOÑEZ, Ulises Schmill Ordoñez y CASTRO VALLE, Jorge, 2016.
- RADBRUCH, Gustav, Five Minutes of Legal Philosophy (1945), *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, no. 1, 2006.
- UPRIMNY, Rodrigo, Estado de Derecho, *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, no 5, 2013.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 10ª ed., Madrid, Trotta, 2011.
- CPEUM
S.A., *Nueva Ley Federal del Trabajo*, México, Gallardo Ediciones, 2020.
SCJN 8/2018.
SCJN 9/2018.
SCJN 1464/2013

DEBATES

Last trends on collective bargaining decentralization: the case of Southern Europe

Últimas tendencias en la descentralización de la negociación colectiva: el caso del sur de Europa

Daniel Perez del Prado*

PhD. Associate Professor at the Department of Social and International Law

Carlos III University of Madrid

ORCID ID: 0000-0001-7106-6769

Recibido: 21/7/2021

Aceptado: 7/10/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6492>

Abstract: Decentralisation of collective bargaining has been one of the key trends concerning labour market regulation of the last decades. Most of European countries have developed – with different breath and scope – procedures and reforms to strengthen the company level of bargaining. The Great Recession has stressed this orientation, particularly in those countries which were under financial pressure. This paper focuses on the cases of four Mediterranean countries – France, Italy, Spain, and Portugal – in order to assess how decentralisation has been carried out and, most importantly, what kind of practical results have been achieved. On the base of these outcomes, it highlights how the debate concerning the structure of collective bargaining is changing from a black or white perspective to a new one in which mixed models are possible if the whole system is coordinated, taking into consideration the type of collective bargaining model set in the country.

Keywords: collective bargaining, social dialogue, decentralisation.

Abstract: La descentralización de la negociación colectiva ha sido una de las tendencias clave en la regulación del mercado laboral de las últimas décadas. La mayoría de los países europeos han desarrollado, con diferente alcance y profundidad, procedimientos y reformas para fortalecer el nivel empresarial de negociación. La Gran Recesión ha acentuado esta orientación, particularmente en aquellos países que estaban bajo presión financiera.

Este artículo se centra en los casos de cuatro países mediterráneos –Francia, Italia, España y Portugal– con el fin de evaluar cómo se ha llevado a cabo la descentralización y, lo más importante, qué tipo de resultados prácticos se han logrado. Sobre la base de estos resultados, destaca cómo el debate sobre la estructura de la negociación colectiva está cambiando de una perspectiva en blanco o negro a una nueva en la que los modelos mixtos son posibles si se coordina todo el sistema, teniendo en cuenta el tipo modelo de negociación colectiva establecido en el país.

Palabras clave: negociación colectiva, diálogo social, descentralización.

*daniel.perez.delprado@uc3m.es

1. Introduction. Collective Bargaining Decentralisation in Four Mediterranean Countries.

Decentralisation of collective bargaining has been one of the key trends concerning labour market regulation these last decades. Most European countries have developed – with different breath and scope – procedures and reforms to strengthen the company level of bargaining¹. The Great Recession has reinforced this trend, particularly in those which were under financial pressure. One of the motives is that European institutions (both the Commission and the Council), through the European Semester, have been systematically promoting decentralisation of collective bargaining as one of the main measures to modernise European labour markets².

The reasons have their roots in very different aspects. Economic theory clearly describes connections between collective bargaining, salaries, and prices. On the one hand, if trade union bargaining power is exercised in an attempt to set aggregate wages at a level that is too high relative to overall productivity, collective bargaining can increase unemployment³. On the other hand, a policy of propelling wage increases without considering productivity can produce an outbreak of inflationary pressures⁴ which ends up deteriorating the overall country's competitiveness.

From this approach, countries with an intermediate degree of centralisation can achieve better employment and inflation results by pursuing greater decentralisation of salary setting (through collective bargaining) which serves wage moderation. Additionally, in presence of productivity differentials across industries and regions, decentralisation can make wages responsive to these differences. This is due to the fact that company level bargaining better accommodates incentives to achieve higher levels of efficiency, for example, by productivity-related pay. «Hence, by decentralising collective bargaining, it is possible to achieve more efficient outcomes, potentially involving higher employment and wages»⁵. In other words, decentralisation would better serve the needs of companies, job seekers, and labour markets alike.

On the other hand, centralisation could also show quite relevant results, especially from a macroeconomic point of view. In particular, centralised wage agreements can take into account the effects on inflation associated with excessive wage claims⁶; and internalise aggregate demand externalities associated with consumer price inflation⁷. Moreover, in imperfectly competitive labour markets, higher bargaining power and higher wage floors can increase employment. This would be the case in the presence of monopsony power, which enables firms to offer wages below the market wage, for example because workers have limited opportunities to change their employer or would incur high costs if they did so⁸.

¹ LEONARDI, S.; PEDERSINI, R. (EDS.), *Multi-employer bargaining under pressure: decentralisation trends in five European countries*, ETUI, Brussels (Belgium), 2018; MÜLLER, T.; VANDAELE, K.; WADDINGTON, J. (EDS.), *Collective bargaining in Europe: towards an endgame*, ETUI-REHS, 2019.

² BONGELLI, K., "The impact of the European Semester on collective bargaining and wages in recent years", en Leonardi, S., Pedersini, R. (eds.) *Multi-employer bargaining under pressure: decentralisation trends in five European countries*, ETUI, Brussels, 2018; PÉREZ DEL PRADO, D., *El impacto social de la Gobernanza económica europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.²

³ S. NICKELL; L. NUNZIATA; W. OCHEL, "Unemployment in the OECD since the 1960s. What Do We Know?", *The Economic Journal*, vol. 115, 500, 2005, [Royal Economic Society, Wiley].

⁴ R. J. FLANAGAN, "Macroeconomic Performance and Collective Bargaining: An International Perspective", *Journal of Economic Literature*, vol. 37, 3, 1999, American Economic Association, p. 11501175.

⁵ BOERI, T.; VAN OURS, J., *The economics of imperfect labour markets*, Princeton University press., Princeton, New Jersey, 2008, p. 85.

⁶ CALMFORS, L., "Centralisation of wage bargaining and macroeconomic performance: a survey", *OECD Economic Studies*, vol. 21, 1993, pp. 161-191; CALMFORS, L.; DRIFFILL, J., "Bargaining Structure, Corporatism and Macroeconomic Performance", *Economic Policy*, vol. 3, 6, 1988, [Center for Economic Studies, Maison des Sciences de l'Homme, Centre for Economic Policy Research, Wiley], pp. 14-61.

⁷ ALESINA, A.; PEROTTI, R., "Fiscal Adjustments in OECD Countries: Composition and Macroeconomic Effects", *IMF Staff Papers*, vol. 44, 2, 1997, Palgrave Macmillan, pp. 210-248; SOSKICE, D.; IVERSEN, T., "The Nonneutrality of Monetary Policy with Large Price or Wage Setters", *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 115, 1, 2000, Oxford University Press, pp. 265-284.

⁸ OECD, *Negotiating our way up: collective bargaining in a changing world of work.*, 2019.

Table 1 summarises all these characteristics of these two extreme options as alternative features, that is, the strengths of centralised collective bargaining are the weakness of decentralised option and vice versa.

	Centralisation Pros		Decentralisation Pros
Decentralisation Cons	Take into account inflation	Centralisation Cons	Make wages responsive to differences
	Internalise externalities		Incentive to efficiency

Table 1. **(De)Centralisation Pros and Cons.**

Source: own elaboration.

In conclusion, whereas decentralised collective bargaining could better fit companies' needs, centralised bargaining could respond more effectively to the necessities of the whole economy. From this perspective, answering the question about what the most efficient structure is would not only depend on choosing which option is the most appropriate for a specific labour market but also if there exists a perfect combination of both.

To answer these questions, this paper focuses on four Mediterranean countries – France, Italy, Spain and Portugal – in order to assess how decentralisation has been carried out and, most importantly, what results have been achieved. The interest in these cases is based on the idea that, even though they are all EU Member States whose labour market regulations share enough similarities to be englobed under the same group⁹, they also include relevant differences, as well as developing collective bargaining decentralisation from diverse perspectives, intensities and aims.

Additionally, one must keep in mind that these countries represent about one third of the EU's GDP. Even in the case of Portugal, the smallest economy in our analysis, it is now under the scrutiny of experts from all around the world after achieving an extraordinary recovery from the terrible context of its financial bailout and austerity programs which followed¹⁰.

Within this framework and with these targets, this paper is structured as follows. Firstly, it briefly analyses their industrial relations systems, highlighting both their points in common and their differences. Secondly, it pays attention to the way in which decentralisation has been carried out. Thirdly, it summarises the main results of that changed so far. Finally, it highlights the main results and how the current debate on collective bargaining decentralisation is progressing.

2. Collective bargaining systems: main features

Despite differences, the four analysed systems of industrial relations can be characterised as regulatory frameworks which provide a high coverage, low unionisation and a predominantly centralised but weakly coordinated bargaining structure.

Concerning the first two features, on the one hand, the following graph shows the collective bargaining coverage for the four countries and for the whole OECD. This is usually computed as the number of employees whose working conditions are regulated by collective agreements, divided by the total number of wage and salary-earners.

As can be seen, more than 70% of employees are covered by collective bargaining agreements in these countries, which is notably higher the OECD mean and, additionally, it is in line or slight

⁹ G. ESPING-ANDERSEN, *The three worlds of welfare capitalism*, Princeton University Press, Princeton, N.J., 1990.

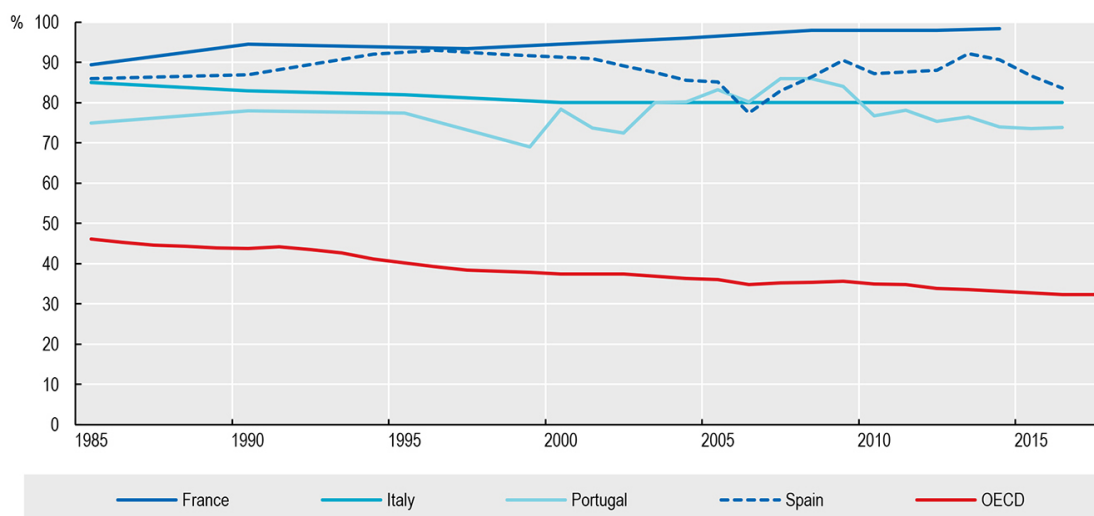
¹⁰ REIS, R., "Looking for a Success in the Euro Crisis Adjustment Programs: The Case of Portugal", *Brookings Papers on Economic Activity*, vol. 2015, 2, 2015, Brookings Institution Press, pp. 433-458.

above the European average – and Belgium. According to Eurofound, about 60% of employees are covered by collective bargaining in the EU, but this ranges from 80% or more in some countries to less than 10% in others¹¹. Therefore, all analysed countries provide high or very high coverage compared to the rest of the Member States. Actually, some studies have classified them within the same group, the one with the highest coverage rates¹².

Additionally, the trend of the coverage rates is quite stable, except for Spain and, especially, Portugal. In the first case, the line shows the blockage of partners' negotiation and the beginning of the financial crisis, which it seems to be overcome after that. In the second, the explanation is a little more complicated. Despite the economic context, which is without a doubt one of the factors explaining this situation, it is neither the main one nor the only one.

In particular, three main reasons can be observed: a political decision taken in 2004 of blocking extensions as a form of pressure on social partners; the economic crisis and the financial bailout which blocked negotiations; and the introduction of stricter criteria for the extension of collective agreements (which were eliminated by two reforms in 2014 and 2017)¹³.

The last one seems to be the most relevant taking into account that their real impact on employees' coverage is still under debate¹⁴ and that its effects have not been compensated yet¹⁵. All in all, this also stresses the importance of extension mechanisms to achieve collective bargaining agreements covering most of employees.



Graph 1. Coverage rate.

Source: OECD, 2019.

Concretely, the following table shows the mechanism of extension for each country and the frequency of use. Taking this into consideration, countries can be classified in two groups. On the one hand, those in which the extension depends on administrative or legal procedures based on the idea of fulfilling certain requirements. Whereas in the case of France and Portugal (with the difficulties ex-

¹¹ EUROFOUND (ED.), *Collective bargaining in Europe in the 21st century*, Publ. Off. of the Europ. Union, Luxembourg, 2015.

¹² CRUZ VILLALÓN, J. (ED.), *La negociación colectiva en Europa. Una perspectiva transversal*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Madrid, 2019.

¹³ CAMPOS LIMA, M. P., "Portugal: reforms and the turn to neoliberal austerity", en Müller, T., Vandaele, K., Waddington, J. (eds.) *Collective bargaining in Europe: towards an endgame*, vol. III, ETUI-REHS, Brussels (Belgium), 2019; ILO, *Decent work in Portugal 2008-18: From crisis to recovery*, 2018.

¹⁴ OECD, *Negotiating our way up*, cit.

¹⁵ ILO, *Decent work in Portugal 2008-18*, cit.

plained above and overcome nowadays) this control is developed under an administrative procedure which finishes with an authority's resolution; in the case of Spain, they are set by law and no explicit extension resolution is required. Therefore, if the agreement fulfils the criteria, it will be published in the official gazette becoming binding *erga omnes*¹⁶ –henceforth or from the date set by the agreement.

On the other hand, Italy is theoretically the most different system, despite few distinctions in practice. In theory, collective bargaining depends on mutual recognition by the social partners. This means that collective agreements are not legally binding except for the signatories' parties. The Italian legal system does not include a formal extension mechanisms, so their contents can't be applied among workers employed in the same branch, territory or even company.

The problem has been partially solved by case law. In order to guarantee equal payment, labour courts have considered that this rule is inserted automatically into employment contracts. As a consequence, the collectively agreed base wage must be paid to all workers under that agreement, impeding eventual derogations. In this way, the system achieves the double objective of having a 'constitutional' minimum wage and preserves trade union sovereignty over wage bargaining¹⁷. Additionally, employers can apply a collective agreement, even though they are not a member of the employers' association that signed it and employers' associations and trade unions can join a collective agreement even though they have not agreed upon it. All these elements explain the high Italian coverage rate.

Country	Mechanism for extension	Frequency of use
France	The extension mechanisms involve the services of the Ministry of Labour that controls the legitimacy of the agreement to be extended (in reference to laws, decrees, etc.). Then the National Commission for Collective Bargaining (CNNC) involving social partners, provides validation of the extension, before the Ministry of Labour takes the extension decree.	Very frequently used.
Italy	No extension mechanism is regulated but it is applied <i>de facto</i> .	
Spain	The process of extending of a collective agreement Very frequently used is automatic – principle <i>erga omnes</i> . Collective agreements are extended by law to all the workers affected, regardless of whether they are unionised or not.	Very frequently used
Portugal	By decree from Ministry of the Economy and Employment on request of one of the signing parties.	Very frequently used, at least until 2004.

Table 2. **Extension mechanisms.**

Source: (Eurofound 2011)

One of the main consequences of this relatively high coverage is a low level of unionisation except for Italy. Whereas union density is below 20% in the other three countries, in Italy it increases up to around 40%. The historical trend, as in the majority of the countries, is a continuous reduction. In any case, one must keep in mind that this type of regulatory frameworks – in which the coverage is high, and employees do not obtain any special service or benefit by being member – may have weakened the incentives to join a union, as non-union members enjoy the same rights as union members. Accordingly, unionisation wastes value as indicator of the features and robustness of the system. Actually, in cases such as the Italian one, affiliation to employer associations may have greater effects than unionisation in explaining the high coverage, at least in SMEs¹⁸.

¹⁶ *Erga omnes*: literally in Latin, "towards everybody". In Labour Law it refers to the extension of agreements for all workers and employers, not only for members of signatories unions and business associations.

¹⁷ LEONARDI, S.; CONCETTA, M.; CLARINI, A., "Italian Collective Bargaining at Turning Point", en Leonardi, S., Pedersini, R. (eds.) *Multi-employer bargaining under pressure: decentralisation trends in five European countries*, ETUI, Brussels (Belgium), 2018.

¹⁸ PEDERSINI, R., "Italy: institutionalisation and resilience in a changing economic and political environment", en Müller, T., Vandaele, K., Waddington, J. (eds.) *Collective bargaining in Europe: towards an endgame*, vol. II, ETUI-REHS, Brussels (Belgium), 2019.

Finally, the last characteristic which shape the model of these three countries is referred to the structure of their collective bargaining systems. In all cases and despite the governmental support to companies' bargaining level, sectoral agreements are still the keystone of the whole system. As a result of these two contradictory factors, the strength of sectoral bargaining and decentralisation, all negotiation systems are becoming less coordinated, as the following table shows.

Surprisingly though, labour market reforms introduced in the last years seem to have no effects on collective bargaining taxonomy. In the case of Spain, the only country which shows changes from “predominantly coordinated” to “weakly coordinated” and vice versa, these alterations are more connected to the achievement of an inter-confederal agreements by social partners – setting the whole structure and indications for the rest of levels for the following years – than the labour market reforms in 2010, 2011 and 2012.

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
France	PCW	PCW	PCW	PCW	PCW	PCW	PCW	PCW	PCW	PCW	PCW	PCW	PCW	PCW	PCW	PCW
Italy	PCW	PCW	PCW	PCW	PCW	PCW	PCW	PCW	PCW	PCW	PCW	PCW	PCW	PCW	PCW	PCW
Portugal	PCW	PCW	PCW	PCW	PCW	PCW	PCW	PCW	PCW	PCW	PCW	PCW	PCW	PCW	PCW	PCW
Spain	PCW	PCW	PCC	PCC	PCC	PCC	PCC	PCC	PCC	PCW	PCW	PCW	PCW	PCW	PCW	PCW

Table 3. **Taxonomy of collective bargaining.**

Source: OCDE, 2019. Note: Acronyms in the Table refer to the following country groupings: PCW. Predominantly Centralised and Weakly co-ordinated; PCC. Predominantly Centralised and Co-ordinated.

Despite the similarities, structures of collective bargaining also show clear differences. Whereas France, Portugal and Italy mainly focus on economic activity, determining two main areas of bargaining – the sectoral and company levels – the way in which they articulate them differ notably. In the case of Spain, its preference for sectoral bargaining is inclined to intermediate levels of negotiation and, particularly, the provincial one. This feature points out a clear particularity of the Spanish regulation compared to the previous ones.

Starting with France, although French collective bargaining can legally take place at three levels – the multi-industry level, sectoral level (which can involve national, regional, or local bargaining) and company level –, industry-wide bargaining is the most common level at which collective agreements are negotiated; even considering the large efforts to decentralise to the company level¹⁹. Actually, 75% of all collective agreements (*accords* and *conventions*) are negotiated at national level²⁰.

In Italy, there is a strong connection between the two main levels of negotiation²¹. In spite of that the pivotal role in regulating the employment relationship is traditionally played by sectoral agreements, secondary-level agreements, notably at company level, complement it by different ways: through an integrative role, represented mainly by negotiations on performance-related pay and, lately, by deals on the financial health of the company/company welfare, and a normative one, for implementing industrial provisions and adapting them to local circumstance (notably regarding

¹⁹ REHFELDT, L.; VICENT, C., “The decentralisation of collective bargaining in France: an escalating process”, en Leonardi, S., Pedersini, R. (eds.) *Multi-employer bargaining under pressure: decentralisation trends in five European countries*, ETUI, Brussels (Belgium), 2018.

²⁰ MINISTÈRE DU TRAVAIL, *La négociation collective en 2018. Édition 2019*, Ministère du Travail, Paris, 2019, at https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/bnc_2018.pdf.

²¹ The Italian interconfederal level (*livello interconfederale*) does not address individual employment relationship but defines the rules governing collective bargaining and some general issues, such as apprenticeships. It provides the rules on the coordination between the sectoral and the decentralised bargaining levels, and it establishes the general reference criteria for wage bargaining, including for the protection of the purchasing power of wages.

the various dimensions of work flexibility, such as working hours and schedules, tasks and job classifications, as well as the use of non-standard work)²².

For its part, Portuguese legislation provides for industry level agreements (*contrato coletivo de trabalho*) which can be signed at national, regional, or local level; company agreements (*acordo de empresa*) for a single company; and agreements covering several companies (*acordo coletivo de trabalho*). Traditionally industry level agreements have been more important, covering large numbers of workers and explaining the country's relatively high level of collective bargaining coverage. Particularly, there is a clear predominance of national agreements (71% in 2019) over regional and local agreements²³.

Finally, Spain also mixes the productive and geographical approaches, but resulting a structure significantly different²⁴. Despite, traditionally, provincial sectoral collective bargaining have been the most relevant one, in 1994, it received a boost which stopped its decline and maintained its influence²⁵. This situation has remained stable, even considering later reforms to strengthen company level bargaining and the fact that the purpose at that time was not improving provincial negotiation. Indeed, the labour market reform in 1994 aimed at the development of two main levels, the sectoral and company ones. Nevertheless, an amendment introduced by the Basque nationalist group in the Senate with the objective of promoting agreements at regional level (or Autonomous Communities level, more technically) had an unforeseen result, the reinforcement of another intermediate level, the provincial one. So, nowadays, Spanish collective bargaining can be described as a trilevel system, in which the intermediate one is the most relevant from the perspective of number of employees covered.

Country	Levels of Negotiation
France	Multi-Sectoral/National or Regional Sectoral/ National , Regional or Local bargaining Company
Italy	Intersectoral/National Sectoral/National , Decentralised level: Regional or Provincial/Company
Portugal	Sectoral/National , Regional or Local Company/Group of companies
Spain	Intersectoral/National Sectoral/ National/Regional/Interprovincial/Provincial Company/Group of companies

Table 4. Levels of negotiation

Source: own elaboration

3. Types of decentralisation strategy

As was mentioned before, the four countries analysed here have been under decentralisation procedures. Although the strategy, the intensity, and the techniques have been different, it is nevertheless

²² PEDERSINI, R., "Italy", cit.

²³ CENTRO DE RELAÇÕES LABORAIS, *Relatório anual sobre a evolução da negociação coletiva em 2019*, Ministério de Trabalho, Solidariedade e Asegurança Social, Lisboa, 2020, at <https://www.crlaborais.pt/documents/10182/0/Relat%C3%B3rio+2019/14aca909-8e5a-4d2e-b122-2217d252d8e9>.

²⁴ Spanish regulation includes the possibility of interprofessional agreements which carry out a role quite similar to the Italian ones.

²⁵ MERCADER UGUINA, J. R., "Estructura de la negociación colectiva y concurrencia de convenios en el RDL 7/2011", en García-Perrote Escartín, I., Mercader Uguina, J. R. (eds.) *La reforma de la negociación colectiva: real decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio*, 1a edición, Lex Nova, Valladolid, 2011 (Monografías jurídicas).

possible to see some common patterns which point to the main instruments from which can strengthen company level collective negotiation.

Firstly, decentralisation is usually connected to the derogation of the so-called favourability principle. This is based on the idea of a hierarchical relation among rules, so it is possible to improve conditions, not only among collective agreements, but among any other labour standard, such as the law. Hence, it means departing from the regulations laid down in higher-ranking sources by improving on them in the employee's favour. This rule has been criticised because it is an obstacle for the adaptation of labour costs to companies' circumstances, reducing the room for manoeuvre²⁶. Derogating it permits companies to reduce costs when needed, breaking free of its restrictions.

Secondly, decentralisation has also been developed by setting lists of issues or topics which are distributed between sectoral and company's bargaining. The Law, as superior rule, is used to decide which areas remain on sectoral bargaining's hands and what are transferred to the firm level negotiation. Additionally, it is also frequent to use it in combination with the previous one. As a result, those topics which are regulated by lower levels (company bargaining) may be *in peius*, that is, restricting working conditions. This technique is possible in countries such these²⁷, whose legal systems are characterised by an intense intervention of the State on social partner's issues. Within this strategy, however, the particular way in which it has been applied differs from country to country.

Overall, decentralisation introduces the possibility of setting less favourable standards for the workers involved than those guaranteed at superior levels as a way to adapt costs to companies' needs. Particularly, it is possible to distinguish two main options. On the one hand, the derogation of the favourability principle as rule, including some possible exceptions. On the other hand, the maintenance of the principle, but including some exclusion, for which it is not applied and, consequently, the derogation is possible.

The first option is represented by France, which combines both techniques. In this regard, the most recent legislative keystones are the 2004 and 2017 reforms. Whereas the first one meant a partial but profound derogation of the favourability principle, the second replaced it with a compulsory division of topics among levels.

The 2004 Law on lifelong vocational training and social dialogue (*Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social*) stated that company level agreements could derogate from higher-level bargaining agreements, even with regard to less favourable provisions for workers, except for four areas: agreed minimum wages, job classifications, multi-employer vocational training funds and supplementary social protection. At the same time, three provisions made it possible to limit resorting to such derogations. Firstly, industry level negotiators could preserve other topics, excluding them from company level derogations. This has been called the "lock up" faculty²⁸. Secondly, an industry level joint committee could, in some instances, cancel derogations. Finally, the law granted majority union federations the right to challenge the validity of derogating agreements signed in their enterprise.

In practice, the use of derogations at company level have remained limited. Neither unions nor companies have shown an active interest in pursuing negotiated derogations to higher level bargaining. Three reasons have been given to explain the lack of success of derogations at company level²⁹. First, since otherwise union federations would have refused to sign them, almost all

²⁶ VISSER, J., *Wage Bargaining Institutions – from crisis to crisis*, Directorate General Economic and Financial Affairs (DG ECFIN), European Commission, 2013, at <https://ideas.repec.org/p/euf/ecopap/0488.html>.

²⁷ The main exception would be Italy, where industrial relations have been traditionally governed by social partners. Nevertheless, even this basic principle has been contradicted recently.

²⁸ VINCENT, C., "France: the rush towards prioritising the enterprise level", en Müller, T., Vandaele, K., Waddington, J. (eds.) *Collective bargaining in Europe: towards an endgame*, vol. I, ETUI-REHS, Brussels (Belgium), 2019.

²⁹ *Ibid.*

industry-level agreements blocked derogations. Second, the standards imposed at industry level are already the result of minimal compromises and leave little room for less favourable agreements. Last but not least, derogation agreements are not relevant tools for management. In large companies, as long as economic survival is not at stake, opening negotiations on derogation clauses sends a very negative message both for unions and employees. SMEs are less likely to sign their own agreements, whether or not they include derogations, because maintaining the reference to industry-level agreements seems less time-consuming and risky.

The new collective bargaining architecture provided in the 2017 Ordinances³⁰ meant a further step in this trend. As a consequence, these competencies are divided as follows: (i) the primacy of company agreements concerns everything that does not fall into the exceptions, keeping the rule that company level agreements could derogate from higher-level bargaining agreements; (ii) issues where the law states that sectoral level agreements take precedence – in other words, company agreements cannot set terms which are less favourable to employees – are extended to 13 topics, most of them previously regulated by law. This list includes minimum salaries, job classifications, equal opportunities, the minimum length of part-time work, overtime rates, rules on renewing probation periods, health insurance, rules on temporary contracts and the number of hours required to be worked to be defined as a night-worker; (iii) the industry level ‘lock up’ faculty, unlimited under the 2004 Law, has now been reduced to four areas, concerning the prevention of occupational risks, the employment of disabled workers, the arrangements for trade union representation – including their number – and supplements for dangerous or hazardous work. Summing up, the 2017 Ordinances meant a clear further step towards decentralisation, eliminating the restriction observed in the previous reform.

On the other hand, Spain uses the same techniques but from the opposite perspective: principle of favourability is kept but derogations are admitted. This means that company level bargaining can set less favourable working conditions in the areas assigned by law, but the rest remains at sectoral level and, consequently, protected by the favourability principle. Particularly, this new model was set in two stages formalised by two different labour market reforms³¹.

The 2011 reform was the first one in promoting company level bargaining, but keeping some safeguards. As mentioned before, the law kept the general rule based on the favourability principle, but setting two important exceptions. On the one hand, it created a derogation list which comprehends for which company agreements regulation is prioritised over sectoral regulation, without considering whether it improves or restricts working conditions. This list includes the following matters: the amount of the basic wage and wage supplements, including those linked to the company’s situation and results; payment or compensation for overtime and specific remuneration of shift work; the schedule and distribution of working time, work regime shifts and annual holiday planning; adaptation of the job classification system to company level; adaptation of contracts listed in this law to company-level agreements; and measures to promote reconciliation of working life and family and personal life. On the other hand, it permits sectoral collective bargaining to both enlarge the list of derogations (or competences attributed to companies) and limit it. As a consequence, this priority was enforced unless an agreement or collective agreement at state or regional level establishes different rules on the structure of collective bargaining. In other words,

³⁰ In order to avoid long parliamentary debates and possible protests, a framework law (*loi d’habilitation*) was passed in the parliament authorising the government to execute its reform through governmental decrees (*ordonnances*)

³¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. J.; IBÁÑEZ ROJO, R.; MARTÍNEZ LUCIO, M., “Spain: challenges to legitimacy and representation in a context of fragmentation and neoliberal reform”, en Müller, T., Vandaele, K., Waddington, J. (eds.) *Collective bargaining in Europe: towards an endgame*, vol. III, ETUI-REHS, Brussels (Belgium), 2019; ROCHA, F., “Strengthening the decentralisation of collective bargaining in Spain. Between the legal changes and real developments..”, en Leonardi, S., Pedersini, R. (eds.) *Multi-employer bargaining under pressure: decentralisation trends in five European countries*, ETUI, Brussels (Belgium), 2018.

social partners at sectoral level had the last word, deciding whether they want to keep, increase, or even eliminate the issues for which company's level were prioritised.

The next reform, introduced in 2012, was aimed at strengthening the decentralisation of the collective bargaining system by establishing the absolute priority of company-level collective agreements over sectoral ones with regard to the matters mentioned above, by suppressing the exceptions included in the previous reform of 2011. As a consequence, the current regulation keeps the favourability principle except for the list of issues for which company negotiation has priority.

Italy can be included in this second group owed to it keeps the principle of favourability whereas some issues are decentralised to lower levels. Nevertheless, it must be highlighted that a sort of confrontation between social partners and State's intervention had taken place. As explained above, traditionally, the rules for collective bargaining were largely determined by the unions and employers themselves and the role of government was limited. However, important interventions took place in the last years, leading to a kind of parallel regulations.

Hence, in 2011, the parliament introduced a new law on "support for proximity collective bargaining" (*sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità*), which allowed the possibility for "specific agreements" signed at company or territorial level to deviate from the law and from national sectoral collective agreements. Such derogating agreements must be formally justified in terms of the following causes: increasing employment; managing industrial and economic crisis; improving the quality of employment contracts; increasing productivity, competitiveness and pay; encouraging new investments and starting new activities; enhancing workers' participation; or limiting illegal labour. Fulfilling this requirement, as in previous cases, the law permits derogation in some specific issues including working time, the introduction of new technologies, changes in work organisation, job classification and tasks, fixed-term and part-time contracts, temporary work agency, transformation and conversion of employment contracts, hiring and firing procedures, and the consequences of the termination of the employment relationship.

The legislator's intervention was not welcomed by the social partners³². The very same year, Confindustria and the three main union confederations signed an inter-confederal agreement in order to compensate its effects and strengthen coordination among levels. Among other things, they aimed to enhance collective bargaining decentralisation, with the possibility of opening clauses at company level (see below), but in the framework established by the sectoral national level. Concretely, the primacy of sectoral bargaining is explicitly confirmed (as reaction to legislative intervention), although there is a possibility to negotiate "modifying agreements" at company level. However, these are subjected to coordination and have to be in accordance with parameters and procedural limits laid down in the national agreement. Collective bargaining at company level may take place with regard to matters delegated, and in the manner defined by, the national collective agreement in the sector or by law. Except for those cases admitted by law, derogations from statutory norms are not permitted.

Finally, in the case of Portugal, the two above mentioned measures were also applied but, without a doubt, with less intensity than in previous cases. Concerning the favourability principle, it was derogated in the 2003 reform, but partially re-introduced by the 2009 one. It allowed collective agreements to deviate *in peius* from statutory regulation, so it can be considered more a flexibility than a decentralisation clause.

Regarding the distribution of competences among levels, while the possibility of containing clauses of articulation between levels had already been legally possible, the 2012 reform specified that sectoral agreements could contain clauses enabling such matters as functional and geographi-

³² The same reaction took place in 2015 with Jobs Act, which entrusts all bargaining levels with the same prerogatives to complement or specify legislative provisions.

cal mobility, the organisation of working time and compensation to be regulated by agreements at lower level. Nevertheless, the law neither configures it as an obligation nor determines the level which must regulate these issues.

Thirdly, another way of decentralising is through opening clauses, which are of special interest as they permit the setting of less favourable wages and working conditions at the company level than were fixed under higher-level agreements — typically at the sectoral level. These include not only hardship agreements which are exceptional, temporary, and designed to avert impending insolvency or major job loss; but also opening clauses or opt-out arrangements that, while also seeking to apply contracts in ways less favourable than what has been agreed to at a higher level, are more general in the sense that they are no longer tied to exceptional circumstances and not necessarily reversible in the next contract period³³. Such opt-out clauses have in practice been both conditional on approval by the collective bargaining parties or applied without such a condition³⁴. From both perspectives, there is no doubt that they are a form of decentralisation. But how have they been applied in the four analysed countries?

In the case of France, these clauses were part of the tripartite negotiations of the Social Conference 2012 and the “National Inter-sectoral Agreement” (ANI) on competitiveness and job security of 2013. As promised, the government transposed the ANI into a ‘Law on securing employment’ (*loi relative à la sécurisation de l’emploi*) the same year. The content of the agreement was very complex and comprised a large number of subjects. However, the main element was the possibility of bargaining workplace agreements in order to secure employment which may temporarily (for a maximum of two years) derogate from sectoral agreements on wages and working time. To be valid, these workplace agreements must be signed by trade unions representing more than 50 per cent of the employees in the workplace elections. From a practical perspective, very few companies took advantage of this opportunity for derogation; only ten agreements of this new type were signed by the end of 2016³⁵.

In Italy, the tripartite agreement of 2009 adopted changes implying the unprecedented possibility to introduce opening clauses, allowing deviations from national agreements. This was probably the most controversial aspect of the new system and the reason why one of the most important unions, CGIL, refused to sign. Until then, derogations *in peius* were allowed only exceptionally in territorial pacts in order to cope with economic underdevelopment and/or a high level of undeclared work. In any case, they were hardly ever put into practice³⁶. In 2011, the next inter-confederal agreements permitted external unions to be involved in managing situations of crisis and restructuring, where some deviations from the higher level of bargaining might be required temporarily.

The Spanish regulation also adopted this instrument. Particularly, the labour market reform of 2012 promotes a widening of companies’ options with regard to the temporary suspension of sectoral or company-level collective bargaining agreements (*descuelgues*). The main innovations are: (i) easing the derogation of company collective agreements; (ii) a significant relaxation of conditions and widening the range of issues subject to derogation; and (iii) imposing binding arbitration when the parties are unable to reach an agreement within a particular period of time³⁷. Despite this wide flexibilization, the use of opt-out classes did not change comparatively. According to Government’s data, before the reform, when this tool was applied only to salaries and the requirements were

³³ Note that here there is not an attribution of competences to levels, but simply the possibility of not applying the sectoral agreement as the most beneficial level.

³⁴ ADDISON, J. T., “Collective bargaining systems and macroeconomic and microeconomic flexibility: the quest for appropriate institutional forms in advanced economies”, *IZA Journal of Labor Policy*, vol. 5, 1, 2016.

³⁵ REHFELDT, L.; VICENT, C., “The decentralisation of collective bargaining in France: an escalating process”, cit.

³⁶ LEONARDI, S.; PEDERSINI, R. (EDS.), *Multi-employer bargaining under pressure: decentralisation trends in five European countries*, cit.

³⁷ ROCHA, F., “Strengthening the decentralisation of collective bargaining in Spain. Between the legal changes and real developments..”, cit.

stricter, around 600 agreements were signed per year. After the reform, it increases up to around 1,000³⁸. Nevertheless, in terms of employees affected, this means only 1% of total³⁹. CCOO, one of the most important Spanish trade unions, complains that 70% of these agreements are signed by non-unionised or elected representation⁴⁰ (see below).

Fourthly, the last type of decentralisation is allowing to bargain without union representatives. This aims to extend company negotiation to SMEs, avoiding the recourse to sectoral agreements and overcoming the limits derived from the lack of employees' representation, so typical in this type of companies. Again, this tool has been widely used. Except for Italy, the rest of countries have implemented measures concerning it.

In the case of France, this is not a new issue. In 1995, an ANI signed by the employers' organisations and CFDT, CGC and CFTC (but not CGT and FO)⁴¹ allowed company agreements to be signed in the absence of union delegates by employees specifically mandated by unions, or by elected employee representatives, such as works council members or employee delegates. Since the early 2000s, successive legislation has extended the possibilities for non-union representatives to negotiate in non-unionised workplaces. Nevertheless, the 2017 ordinances have drastically extended its scope. Three different regimes have been introduced, depending on the size of the non-unionised workplace. Firstly, where there are 20 or fewer employees and no employee representatives: the employer can propose an 'agreement' drafted unilaterally that must be approved by at least two-thirds of the workforce. Secondly, between 20 and 49 employees: two possibilities are open without priority. Elected representatives can sign the agreement if they represent the majority of votes or it can be signed by employees mandated by a union. Finally, workplaces with 50 or more employees: the agreement can be signed by elected representatives, otherwise by mandated employees⁴².

In Portugal, the 2009 reform introduced the possibility of non-union structures of workers' representation negotiating collective agreements in companies with at least 500 workers, a threshold that was later reduced to 150 by the 2012 reform. However, the bargaining competence of these structures was still dependent of trade union authorisation⁴³.

Finally, in the case of Spain, this form of employees' representation was introduced by the 2010 reform, but as a form of internal flexibility, then extended to collective dismissal. In other words, when there is no elected or union representation (something common in small companies) the law allows employees to elect the so-called "ad hoc committee" (*comisiones ad hoc*) in order to deal with the negotiation on reduction of working time, suspension of the contract, modification of working conditions or collective dismissal. As a consequence, so far, this form of representation does not have competences on collective bargaining.

4. Main results: not enough advances after all

Despite these long and profound efforts to develop a real and robust company bargaining level, none of these countries have experienced significant advances. As mentioned above (see Table 2), their OECD's classification has not changed over the years, remaining as four cases of the centralised weakly-coordinated model. Additionally, available data seems to point in the same direction.

³⁸ Except for 2013, in which around 2,000 agreements were signed.

³⁹ CÉSAR RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, C.; CANAL DOMÍNGUEZ, J. F., "Análisis de las inaplicaciones de convenios tras la reforma laboral", *Revista de Economía Laboral*, vol. 13, 2, 2016, Asociación Española de Economía del Trabajo.

⁴⁰ SORDO, U., "Los descuelgues de la reforma laboral: una invitación al fraude", *El blog de Unai Sordo*.

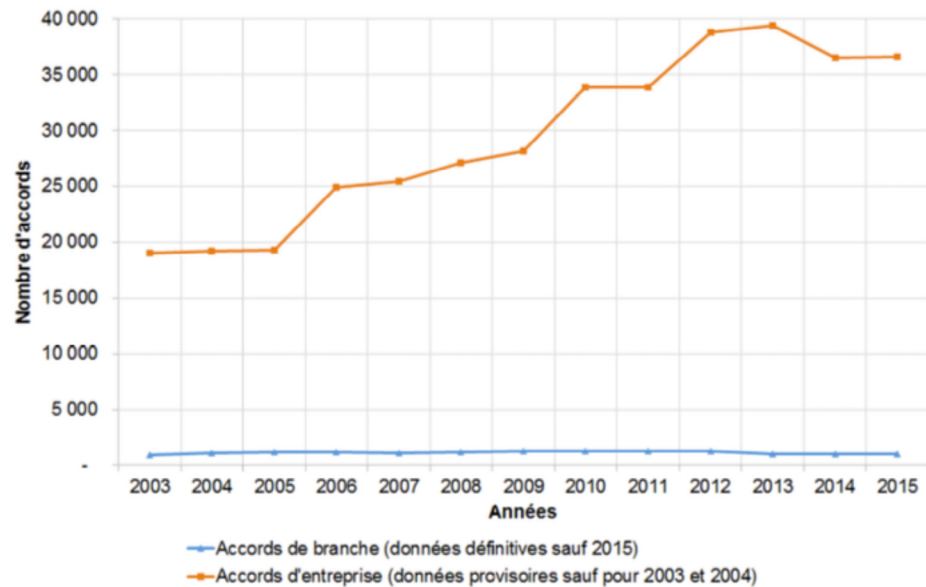
⁴¹ The five confederations recognized by the state as negotiating partners.

⁴² VINCENT, C., "France", cit.

⁴³ ILO, *Decent work in Portugal 2008–18*, cit.

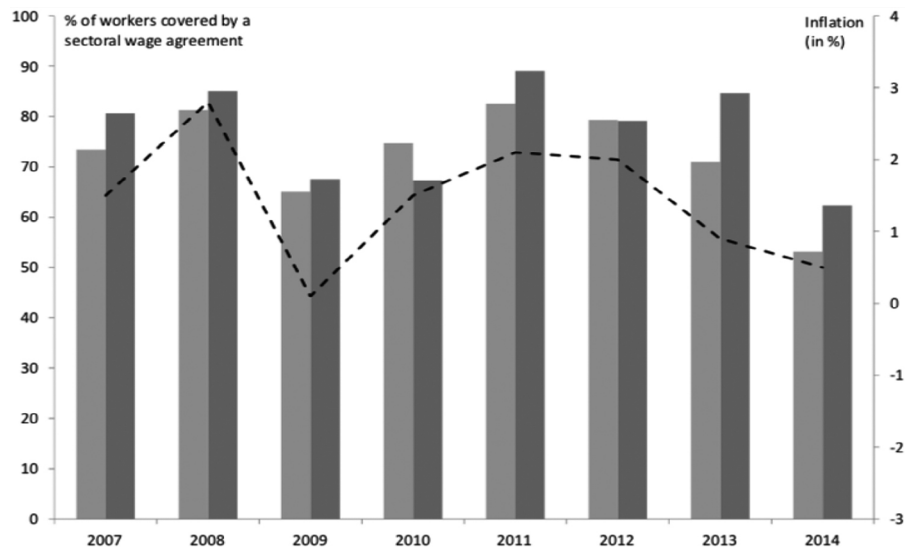
Hence, despite the increase in the number of company level agreements (which is constant and permanent in the case of France and Portugal and punctual – after the 2012 reform – for Spain), as Graph 2, Graph 4 and Graph 7 show, the percentage of employees covered by each kind of agreement does not change significantly in most cases (see below). This is considered one of the most appropriate indicator to assess the application of collective bargaining structure⁴⁴.

Graph 2. **France:**
Evolution of the number of company and sectoral collective agreements
Source: (Rambert, L. 2017)



Graph 3. **France:**
Percentage of workers covered by a new industry-level wage agreement in a given year

Source: (Fougere, D., Gautier, E., y Roux, S. 2016). Notes: The light grey histogram is the percentage of industries (weighted by the number of employees) which sign a wage agreement in a given year. The dark grey histogram is the percentage of industries (weighted by the number of employees) in which wage agreements are implemented in the given year. The dotted line is the annual average inflation rate in France.



In the case of France, the following graphs shows that the percentage of employees covered by sectoral wage agreements⁴⁵ remains stable along the period. Nevertheless, it does not show the effect of the 2017 Ordinances. According to the latest evaluation of this reform, it seems that it could be producing an increase in the number of company agreements, from around 25,000 in the period 2015-2017 up to 66,000 in

⁴⁴ OECD, *Negotiating our way up*, cit.

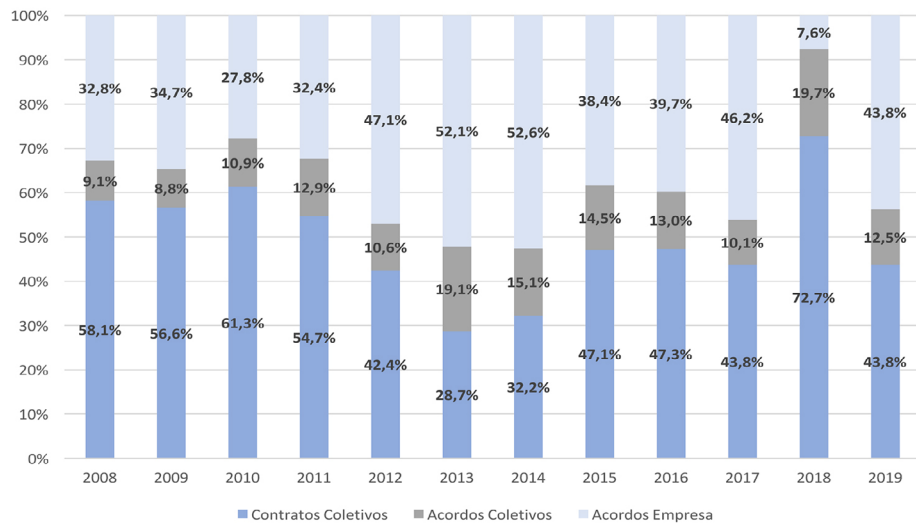
⁴⁵ Note that it is referred only to this kind of agreement.

2019 (France Stratégie 2020). Unfortunately, this study does not offer the number of employees affected by these new texts.

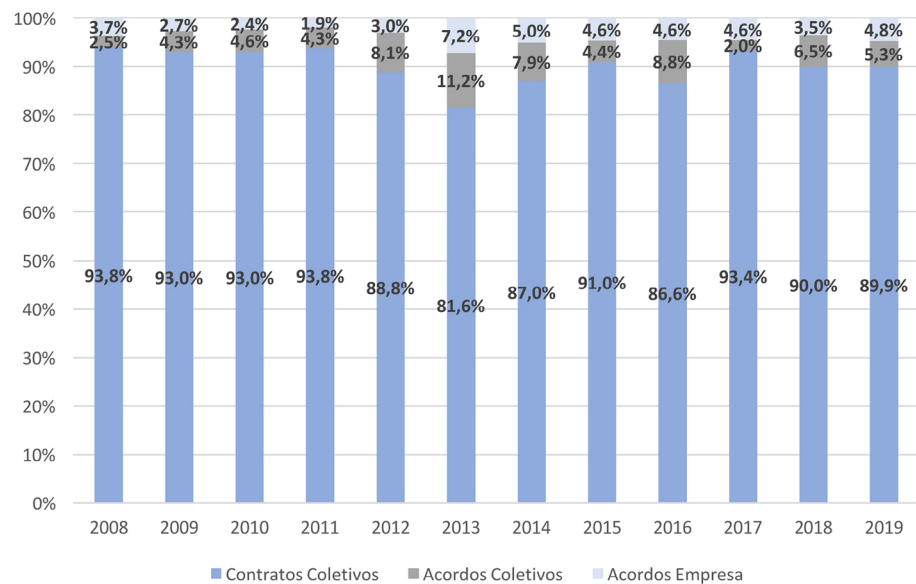
Concerning the Portuguese labour market, the advance in the number of collective agreements signed at firm level is crystal clear as well. As the following graph shows, now it means around 30% of all new agreements – with a peak during the crisis, moving from 40% to 50% –, whereas it was around 20% before 2010.

Nevertheless, if one focuses on the percentage of workers covered by each type of agreement (Graph 5), the position of company bargaining scarcely changes, being stable or increasing slightly up to around 4%.

Graph 4. Portugal: Agreements signed per year (%)
Source: DGERT



Graph 5. Portugal: Employees covered by type of agreement (%)
Source: DGERT



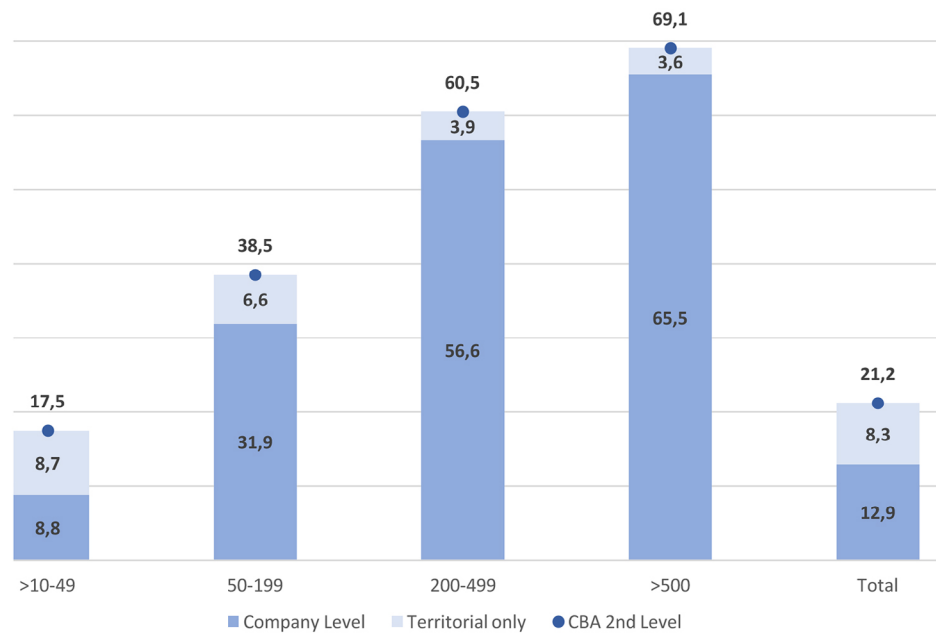
Italy is, without a doubt, the country which shows the greatest difficulties to be evaluated due to the shortage of data. Nevertheless, several research studies conclude that sectoral bargaining remains the most relevant level⁴⁶. Moreover, the importance of company level, measured as the

⁴⁶ EUROPEAN COMMISSION, *The recent reform of the labour market in Italy: a review.*, European Commission, Directorate-General for Economic and Financial Affairs, Brussels, 2017, at http://publications.europa.eu/publication/manifestation_identifier/PUB_KCBD17072ENN.

percentage of companies covered by it, would be 10-15%, going up to 20% if the whole secondary level of bargaining is considered⁴⁷.

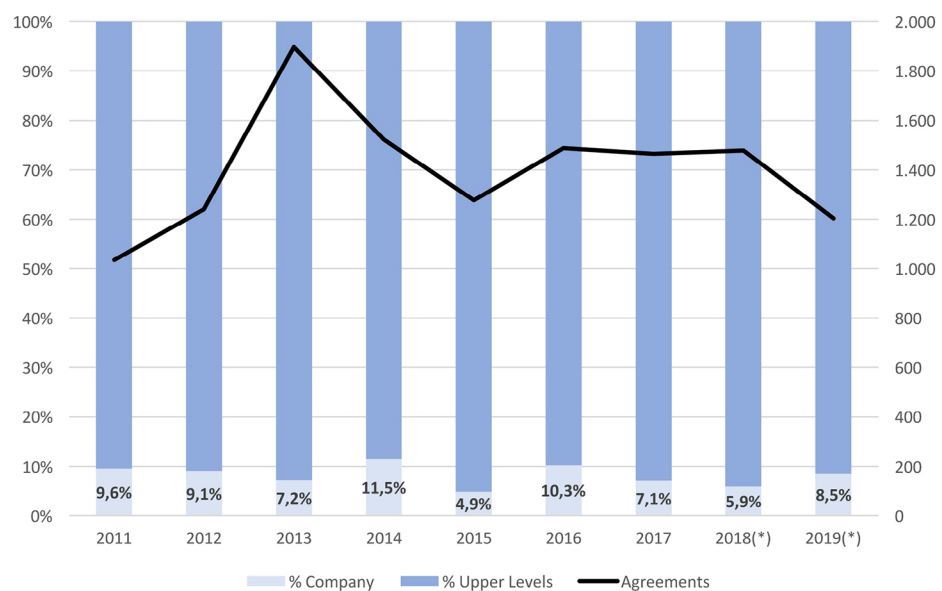
Graph 6. Italy:
Companies covered by secondary level of collective bargaining

Source: (Birindelli, L. 2016). Data for period 2011-2012.



Finally, the following graph shows the evolution for Spain. Despite the clear effect of the 2011 and 2012 reforms, increasing the number of company agreements, it seems they ended up to failing in changing the structure of collective negotiation⁴⁸. Hence, around 90% of employees are covered by sectoral collective agreements (particularly, the provincial ones⁴⁹), while company agreements scarcely cover 10%.

Graph 7. Spain:
Number of companies' agreement and percentage of employees covered over total.
Source: own elaboration based on Ministry of Labour Database.
* provisional data.



⁴⁷ BIRINDELLI, L., *Contrattazione integrativa e retribuzioni nel settore privato*, Fondazione Giuseppe Di Vittorio, 2016.

⁴⁸ MUÑOZ RUIZ, A. B.; PÉREZ DEL PRADO, D., “Negociación colectiva de empresa: ¿hacia la recuperación económica o aún en crisis?”, *Revista de información laboral*, 10, 2014, pp. 15-40.

⁴⁹ They mean around 64% of sectoral agreements and cover 34% of employees, the same level as national sector agreements. Source: Ministerio de Trabajo y Economía Social. Data: July 2020.

5. Some possible reasons

Whereas decentralisation of collective bargaining has been one of the most important and common objectives concerning labour market regulation among Western economies⁵⁰, the results have been very poor, as the cases of these four Mediterranean countries show. What are the reasons of these contradictory outcomes?

The first one is connected to the productive economic structure. Despite the differences of productive structure, all countries share economies that are mainly formed by small and medium-sized companies. This is a clear obstacle to the development of a decentralised negotiation owed to both legal and practical reasons. On the one hand, most legal systems do not include employee representation for all types of companies. For example, in the case of Spain, no representation is required for companies employing less than ten employees (between six and ten is merely voluntary). On the other hand, even when there are representatives, it is possible that the company does not have a culture of negotiation at all beyond minor issues. Additionally, in this case, even when negotiation is possible, it may affect the coordination of the whole system when multi-employer connections are not strong enough⁵¹.

Secondly, the political and economic contexts also have a clear influence. As analysed before, most of the reforms adopted during the financial crisis were imposed by governments unilaterally (and, in some cases, by the European institutions to governments previously). This can affect the effectiveness of the reforms themselves, taking into consideration that those who are mainly called to implement them were not involved in their adoption. Moreover, even though a crisis can work as a lever for change, putting pressure to adopt measures which have not been considered before. However, it is also true that it produces difficulties to make arrangements or, simply to introduce changes in a context of shifting sands.

The final reason is the strategic behaviour of social partners. Resistance to decentralise collective bargaining has often been attributed to trade unions because it means a clear reduction of their bargaining or political power. However, employers can also be reluctant to this type of changes owed to a number of reasons: decentralising collective bargaining reduces the influence of employer associations and affects the incentives to be associated; thus weakening its position before the Government and trade unions; and affecting competitiveness within the same market by eliminating a common regulatory framework for a specific sector or activity. As a consequence, social partners can develop a strategic behaviour in order to prevent the practical implementation of decentralisation, reducing or, even impeding its effectiveness.

6. Conclusions. Last trends on collective bargaining decentralisation: black and white or greyscale?

As shown above, despite the huge efforts in decentralising collective bargaining, few advances have been achieved. This can be explained by several factors that have just explained: firstly, productive structure can limit the impact of this reforms in terms of covered workers; secondly, the reforms were imposed, excluding those who have to implement them; finally, social partners could have frequently

⁵⁰ OECD, *Collective bargaining in a changing world of work*, OECD, Geneva, 2017, pp. 125-186, at https://www.oecd-ilibrary.org/employment/oecd-employment-outlook-2017/collective-bargaining-in-a-changing-world-of-work_empl_outlook-2017-8-en.

⁵¹ ILO, *Collective bargaining and the Decent Work Agenda*, Committee on Employment and Social Policy, Geneva, 2006.

adopted a strategic behaviour, opposing measures promoted by governments, especially when they were conceived as an invasion of their competences or adopted without their consent.

On the other hand, the scientific approach to this issue is changing in the recent period. After decades in which most of analysis pointed to the direction of decentralization, according to the recent literature, it seems there is no single answer for the question what the most appropriate structure of collective bargaining is. Hence, some studies have reinvigorated the debate by suggesting that “two-tier” bargaining systems (i.e., where firm-level bargaining can only top up sectoral bargaining) are worse than fully centralised and fully decentralised systems, as they are not able to respond appropriately either to a microeconomic shock or a macroeconomic one⁵². However, others have suggested that an intermediate position would be possible if a high level of coordination is achieved.

Particularly, recent OECD’s research studies show that, on the one hand, co-ordinated systems may be associated with higher employment, lower unemployment, a better integration of vulnerable groups, and less wage inequality than fully decentralised systems. On the other hand, weakly co-ordinated, centralised systems and largely decentralised systems hold an intermediate position – see graphs below –, performing similarly in terms of unemployment to fully decentralised systems, but sharing many of the positive effects on other outcomes with co-ordinated systems⁵³.

From this perspective, it would be possible to benefit, in the case of the countries analysed here, from any form of decentralisation⁵⁴. The key aspect is keeping or strengthening coordination. For the same reason, a decentralised model would improve the efficiency of its collective bargaining system by reinforcing the coordination⁵⁵. In other words, recent developments show that the structure of collective bargaining seems to be a “greyscale” debate rather than a “black or white” opposed alternatives.

If this is true, a strategy of decentralisation should be focused on guaranteeing an efficient coordination, answering four main questions⁵⁶. Firstly, what functions and tasks should coordinated collective bargaining perform? Clarifying this question helps to specify the meaning of coordination with regard to the problem in question. Secondly, what are the structural preconditions for bargaining coordination? This refers to the question of what characteristics a bargaining system must meet, when it comes to co-ordinating collective bargaining. Thirdly, what guidelines for the coordination activities should be adopted? These must be referred to both substantial and procedural issues and only focused on the fields which were previously considered to be coordinated. Finally, what coordination mechanisms are needed to implement these guidelines? In other words, it is necessary to include automatic mechanisms of evaluation, control and correction depending on the evolution of the variables to be coordinated.

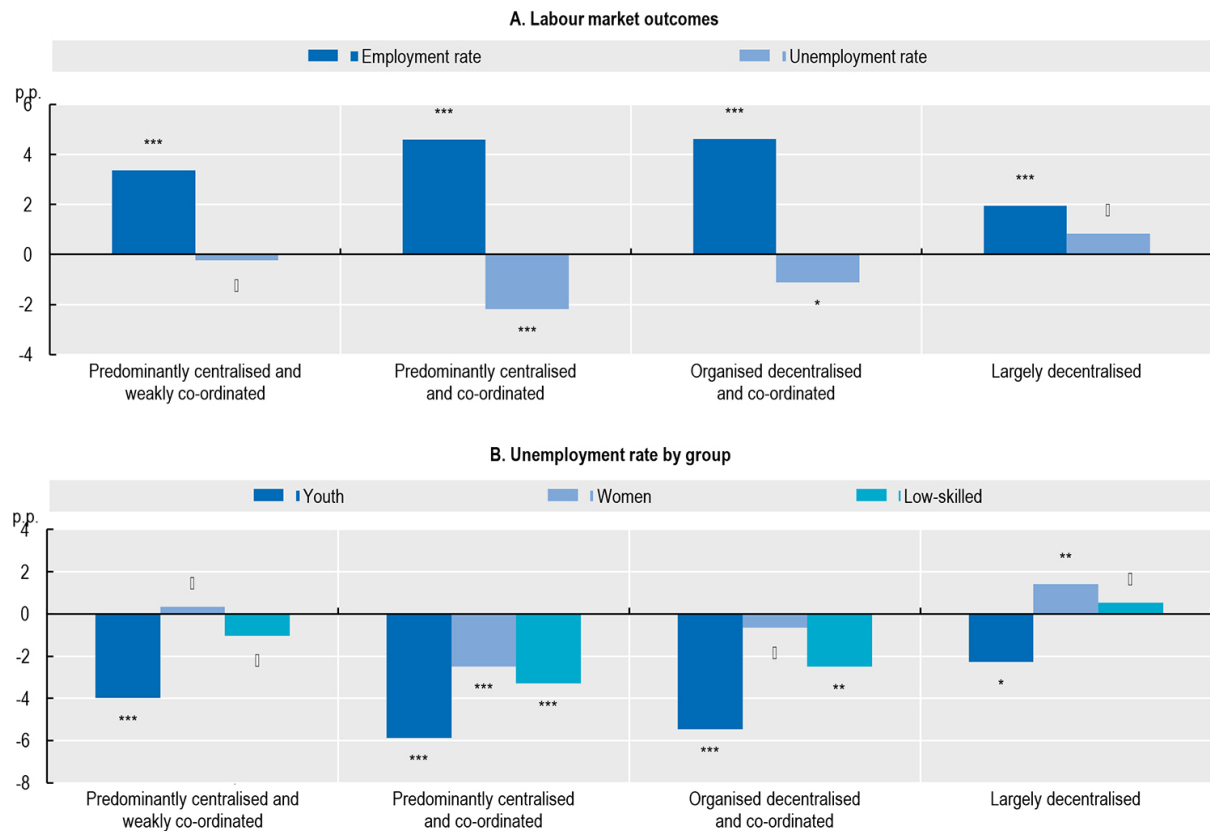
⁵² BOERI, T., “Perverse effects of two-tier wage bargaining structures”, *IZA World of Labor*, 2015, at <https://wol.iza.org/articles/perverse-effects-of-two-tier-wage-bargaining-structures/long>.

⁵³ OECD, *Negotiating our way up*, cit.

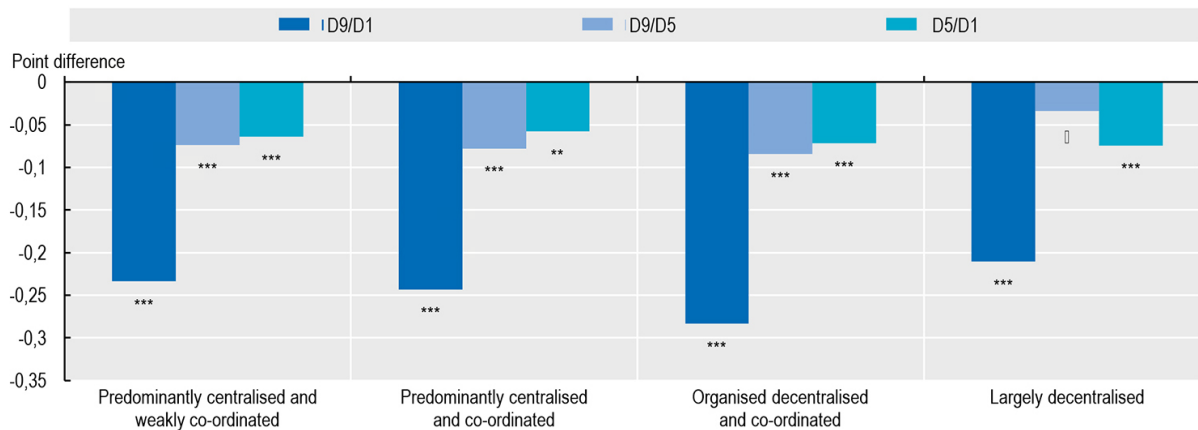
⁵⁴ PÉREZ DEL PRADO, D., “Nuevas tendencias en materia de clasificación profesional en Europa y EE.UU”, en *Perspectivas de evolución de la negociación colectiva en el marco comparado europeo: XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Cinca, Madrid, 2015, pp. 365-366.

⁵⁵ ILO, *Collective bargaining and the Decent Work Agenda*, cit.

⁵⁶ F. TRAXLER; E. MERMET, “Coordination of collective bargaining: the case of Europe”, *Transfer: European Review of Labour and Research*, vol. 9, 2, 2003, SAGE Publications Ltd.



Graph 8. **Collective bargaining systems and employment outcomes**
 Difference in percentage points with respect to fully decentralised systems



Graph 9. **Collective bargaining and wage dispersion**
 Point difference with respect to fully decentralised systems

From this perspective, the key aspect is not centralizing or decentralizing collective bargaining but keeping or strengthening bargaining coordination. Achieving a coordinated collective bargaining system, in other words, answer the mentioned questions depend on the model adopted by the country. Hence, coordinate collective bargaining would be different in a fully decentralized system, such as the British or the American ones, than in a centralized model, as in France, Italy, Portugal, or Spain. In system such as ours, coordination is only possible by sectoral and intersectoral

collective agreements. This does not mean that company agreements can play an important role, but this would be carried out within the limits required for the coordination of the whole system.

Furthermore, for coordinated bargaining decentralisation to prove effective, the analysis of recent European reforms in Southern countries shows the necessity, not only of appropriate macroeconomic and institutional conditions, but also of the buy-in from the bargaining agents. Decentralisation never works by decree.

7. Bibliography

- ADDISON, J. T. 2016. «Collective Bargaining Systems and Macroeconomic and Microeconomic Flexibility: The Quest for Appropriate Institutional Forms in Advanced Economies». *IZA Journal of Labor Policy* 5 (1): 19. <https://doi.org/10.1186/s40173-016-0075-8>.
- ALESINA, A., y PEROTTI, R. 1997. «Fiscal Adjustments in OECD Countries: Composition and Macroeconomic Effects». *IMF Staff Papers* 44 (2): 210-48.
- BIRINDELLI, L. 2016. «Contrattazione integrativa e retribuzioni nel settore privato». Bozza Revista. Fondazione Giuseppe Di Vittorio.
- BOERI, T. 2015. «Perverse Effects of Two-Tier Wage Bargaining Structures». *IZA World of Labor*, enero. <https://doi.org/10.15185/izawol.101>.
- BOERI, T., y VAN OURS, J. 2008. *The economics of imperfect labour markets*. Princeton, New Jersey: Princeton University press.
- BONGELLI, K. 2018. «The Impact of the European Semester on Collective Bargaining and Wages in Recent Years». En *Multi-Employer Bargaining under Pressure: Decentralisation Trends in Five European Countries*, edited by Leonardi, S. y Pedersini, R., ETUI. Brussels.
- CALMFORS, L. 1993. «Centralisation of wage bargaining and macroeconomic performance: a survey». *OECD Economic Studies* 21: 161-91.
- CALMFORS, L., y DRIFFIL, J. 1988. «Bargaining structure, corporatism and macroeconomic performance». *Economic Policy* 6: 14-61.
- CAMPOS LIMA, M. P. 2019. «Portugal: Reforms and the Turn to Neoliberal Austerity». En *Collective Bargaining in Europe: Towards an Endgame*, edited by Müller, T., Vandaele, K., y Waddington, J., III:563-82. Brussels (Belgium): ETUI-REHS.
- CENTRO DE RELAÇÕES LABORAIS. 2020. «Relatório anual sobre a evolução da negociação coletiva em 2019». Lisboa: Ministério de Trabalho, Solidaridade e Asegurança Social. <https://www.crlaborais.pt/documents/10182/0/Relat%C3%B3rio+2019/14aca909-8e5a-4d2e-b122-2217d252d8e9>.
- CÉSAR RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, C., y CANAL DOMÍNGUEZ, J. F. 2016. «Análisis de las inaplicaciones de convenios tras la reforma laboral». *Revista de Economía Laboral* 13 (2): 65-91.
- CRUZ VILLALÓN, J., ed. 2019. *La negociación colectiva en Europa. Una perspectiva transversal*. Informes y estudios. Relaciones laborales 115. Madrid: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.
- ESPING-ANDERSEN, GOSTA. 1990. *The three worlds of welfare capitalism*. Princeton, N.J.: Princeton University Press.
- EUROFOUND. 2011. «Extension of collective bargaining agreements in the EU». Background paper. Dublin: Eurofound. https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1154en.pdf.
- ed. 2015. *Collective Bargaining in Europe in the 21st Century*. Luxembourg: Publ. Off. of the Europ. Union.

- EUROPEAN COMMISSION. 2017. *The Recent Reform of the Labour Market in Italy: A Review*. Brussels: European Commission, Directorate-General for Economic and Financial Affairs. http://publications.europa.eu/publication/manifestation_identifier/PUB_KCBD17072ENN.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. J., IBÁÑEZ ROJO, R., y MARTÍNEZ LUCIO, M. 2019. «Spain: Challenges to Legitimacy and Representation in a Context of Fragmentation and Neoliberal Reform». En *Collective Bargaining in Europe: Towards an Endgame*, edited by Müller, T., Vandaele, K., y Waddington, J., III:563-82. Brussels (Belgium): ETUI-REHS.
- FLANAGAN, R. J. 1999. «Macroeconomic Performance and Collective Bargaining: An International Perspective». *Journal of Economic Literature* 37 (3): 1150-75.
- FOUGERE, D., GAUTIER, E., y ROUX, S. 2016. «The Impact of the National Minimum Wage on Industry-Level Wage Bargaining in France». 587. *Sciences Po Publications*. Sciences Po Publications. Sciences Po.
- FRANCE STRATÉGIE. 2020. «Évaluation des ordonnances du 22 septembre 2017 relatives au dialogue social et aux relations de travail. Rapport intermédiaire du comité d'évaluation». Paris: France Stratégie.
- LO. 2006. «Collective bargaining and the Decent Work Agenda». Geneva: Committee on Employment and Social Policy.
— 2018. «Decent Work in Portugal 2008–18: From Crisis to Recovery». Report.
- LEONARDI, S., CONCETTA, M., y CLARINI, A. 2018. «Italian Collective Bargaining at Turning Point». *Multi-employer bargaining under pressure: decentralisation trends in five European countries*, edited by Leonardi, S. y Pedersini, R. Brussels (Belgium): ETUI.
- LEONARDI, S., y PEDERSINI, R., eds. 2018. *Multi-employer bargaining under pressure: decentralisation trends in five European countries*. Brussels (Belgium): ETUI.
- MERCADER UGUINA, J. R. 2011. «Estructura de la negociación colectiva y concurrencia de convenios en el RDL 7/2011». *La reforma de la negociación colectiva: real decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio*, edited by García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J. R., 1a. edición. Monografías jurídicas. Valladolid: Lex Nova.
- MINISTÈRE DU TRAVAIL. 2019. «La négociation collective en 2018. Édition 2019». Paris: Ministère du Travail. https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/bnc_2018.pdf.
- MÜLLER, T., VANDAELE, K., y WADDINGTON, J., eds. 2019. *Collective Bargaining in Europe: Towards an Endgame*. ETUI-REHS.
- NICKELL, S., LUCA N., y WOLFGANG, O. 2005. «Unemployment in the OECD since the 1960s. What Do We Know?» *The Economic Journal* 115 (500): 1-27.
- OECD. 2019. *Negotiating Our Way up: Collective Bargaining in a Changing World of Work*.
- PEDERSINI, R. 2019. «Italy: Institutionalisation and Resilience in a Changing Economic and Political Environment». *Collective Bargaining in Europe: Towards an Endgame*, edited by Müller, T., Vandaele, K., y Waddington, J., II:337-60. Brussels (Belgium): ETUI-REHS.
- PÉREZ DEL PRADO, D. 2015. «Nuevas tendencias en materia de clasificación profesional en Europa y EE.UU». *Perspectivas de evolución de la negociación colectiva en el marco comparado europeo: XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 365-66. Madrid: Cinca.
- PÉREZ DEL PRADO, D. 2020. *El impacto social de la Gobernanza económica europea*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PÉREZ DEL PRADO, D., & MUÑOZ RUÍZ, A. B. 2014. «Negociación colectiva de empresa: ¿hacia la recuperación económica o aún en crisis?» *Revista de información laboral*, n.o 10: 15-40.

- RAMBERT, L. 2017. «Dialogue social sectoriel et décentralisation des négociations : étude comparée France/Allemagne». Paris: Ministère de l'économie et des finances. Direction Générale du Trésor. <https://www.tresor.economie.gouv.fr/Ressources/File/432938>.
- REHFELDT, L., y VICENT, C. 2018. «The decentralisation of collective bargaining in France: an escalating process». *Multi-employer bargaining under pressure: decentralisation trends in five European countries*, edited by Leonardi, S. y Pedersini, R. Brussels (Belgium): ETUI.
- REIS, R. 2015. «Looking for a Success in the Euro Crisis Adjustment Programs: The Case of Portugal». *Brookings Papers on Economic Activity* 2015 (2): 433-58. <https://doi.org/10.1353/eca.2015.0010>.
- ROCHA, F. 2018. «Strengthening the decentralisation of collective bargaining in Spain. Between the legal changes and real developments..» En *Multi-employer bargaining under pressure: decentralisation trends in five European countries*, edited by Leonardi, S. y Pedersini, R. Brussels (Belgium): ETUI.
- SORDO, U. 2019. «Los descuelgues de la reforma laboral: una invitación al fraude». *El blog de Unai Sordo* (blog). 2019. <http://unaisordo.com/los-descuelgues-de-la-reforma-laboral-una-invitation-al-fraude>.
- SOSKICE, D., y IVERSEN, T. 2000. «The Nonneutrality of Monetary Policy with Large Price or Wage Setters». *The Quarterly Journal of Economics* 115 (1): 265-84.
- TRAXLER, F., y EMMANUEL M. 2003. «Coordination of Collective Bargaining: The Case of Europe». *Transfer: European Review of Labour and Research* 9 (2): 229-46.
- VINCENT, C. 2019. «France: The Rush towards Prioritising the Enterprise Level». En *Collective Bargaining in Europe: Towards an Endgame*, edited by Müller, T., Vandaele, K., y Waddington, J., I:217-38. Brussels (Belgium): ETUI-REHS.
- VISSER, J. 2013. «Wage Bargaining Institutions – from Crisis to Crisis». 488. *European Economy - Economic Papers 2008 - 2015*. European Economy - Economic Papers 2008 - 2015. Directorate General Economic and Financial Affairs (DG ECFIN), European Commission. <https://ideas.repec.org/p/euf/ecopap/0488.html>.

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Pérez del Prado, D. *El impacto social de la gobernanza económica europea*. Tirant lo Blanch, 2021, 278 págs.

DOI: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6493>

Después de haber presentado en calidad de autor único “La compatibilidad del trabajo con la protección por desempleo”, Tirant lo Blanch, 2015, Daniel Pérez del Prado, profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Carlos III de Madrid, vuelve entre las novedades monográficas más destacadas para el 2021 con la publicación de su última obra titulada “El impacto social de la gobernanza económica europea”, Tirant lo Blanch, 2021.

Antes de adentrarse en las 278 páginas que componen esta nueva monografía, merece la pena detenerse en el prólogo escrito de la mano de María Emilia Casas Baamonde, una de las mayores eminencias y mejores juristas en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en tanto en cuanto aporta sugerentes reflexiones para abordar las páginas siguientes.

Las políticas económicas y sociales de los Estados miembros de la Unión Europea han venido siendo determinadas y condicionadas de forma muy significativa por la gobernanza económica europea. Dicha influencia ha sido particularmente relevante durante el periodo de crisis financiera de 2008 y la Gran Recesión, sobre todo para aquellos países afectados con mayor intensidad, como es el caso de España. Ello ha provocado importantes cambios en el marco regulatorio sociolaboral y en particular, en la regulación de las condiciones de trabajo y de protección social de los Estados miembros. No obstante, la introducción de esta profunda transformación no se ha realizado median-

te instrumentos normativos clásicos como son las Directivas o los Reglamentos o a través de los representantes políticos elegidos democráticamente por los ciudadanos, sino a través de una proliferación indigestible de documentos, informes con un alto componente técnico y elaborados por expertos de las instituciones europeas. Ello ha supuesto una ampliación sin precedentes de la influencia de la Unión Europea en la configuración de las políticas nacionales reguladoras de los mercados de trabajo y de los sistemas de protección social de los Estados.

En este sentido, la presente monografía reseñada tiene como objetivo, expuesto explícitamente, adentrarse en esta particular forma de gobierno de los Gobiernos y en la documentación emanada de la gobernanza económica europea durante el periodo 2011-2019, tratando de descifrar en qué medida dichos documentos han influido en las reformas laborales y sociales que se han producido en España, qué grado de concreción han revestido y de qué forma determinarán las del periodo post-COVID-19. Para alcanzar este objetivo, el libro se divide en cuatro capítulos que se completan con una relación de la bibliografía y un anexo.

En el capítulo I titulado “crisis que lo cambian todo para que nadie cambie” que sirve de capítulo introductorio y de contextualización, el profesor Pérez del Prado pone de manifiesto la especial relación existente entre el Derecho Social y la crisis económica de 2008. Una crisis de la que aún muchos países sufren los

efectos y a los que hemos de sumar los de la crisis derivada de la COVID-19. Durante la crisis financiera el papel de la Unión Europea en materia económica se ha visto reforzado y las instituciones europeas trataron de combatir sus efectos con la adopción de unas políticas de austeridad. Esta política ortodoxa tuvo un considerable impacto sobre los sistemas integrantes del Estado del Bienestar y en particular en las políticas laborales (salarios, negociación colectiva) y de protección social (desempleo y pensiones) debido a su peso en los gastos públicos. Una opción política criticada por el autor y que constituye “una situación ciertamente paradójica pues, justo en el momento en el que las políticas de protección social eran más necesarias, ya que debían actuar como mecanismos amortiguadores de los efectos de la crisis, sufrieron drásticos recortes”. Durante los años de crisis y el periodo de recesión los Estados miembros de la Unión Europea no tuvieron completa libertad para desplegar su propia política económica, sino que ésta estuvo supeditada al cumplimiento de las exigencias impuestas por las políticas económicas y presupuestarias ejercidas por las instituciones europeas. Con estas premisas la Unión Europea se convierte en un agente fundamental que ha de tenerse en cuenta para entender las reformas nacionales puesto que ya no solo influye en los mercados financieros, sino que extiende su capacidad de influencia “hasta los ámbitos más insospechados” como podría ser la regulación del mercado laboral y sistemas de protección social que, como es sabido por todos, tradicionalmente han sido competencia de los Estados miembros. Como acertadamente apunta el autor, “el BOE no solamente se escribe desde España, sino también desde Europa”. Una intromisión que ha sido duramente criticada por el déficit democrático que presenta esta nueva gobernanza económica “por imponer determinadas medidas no refrendadas por el pueblo destinatario de esta o sus representantes” y que se ha manifestado mediante “el auge de los populismos y movimientos de tipo totalitario en muchos países”. En este sentido, el *Brexit* constituye una máxima manifestación de estas tensiones. La última parte del capítulo se centra en la crisis sanitaria,

social y económica derivada de la COVID-19. Como reacción ante esta triple crisis, la Unión Europea ha desplegado una serie de medidas como el Plan de Recuperación para Europa, el fondo “*Next Generation EU*” o el Instrumento Europeo de Apoyo Temporal para mitigar los Riesgos de Desempleo en una Emergencia. No obstante, debido a la experiencia vivida con la anterior crisis el autor se pregunta si “¿corremos el riesgo de que se repita la historia? ¿nos veremos obligados a aplicar de nuevo dolorosos recortes cuando aún no nos habíamos recuperado completamente de los anteriores? ¿Hemos aprendido algo de la dura experiencia de la Gran Recesión?”. Si bien es cierto que por el momento no se han aplicado políticas de austeridad, la liberación de fondos a través del programa “*Next Generation EU*” venía condicionada a la elaboración de planes de reformas por parte de los países beneficiarios y supeditados a la aprobación de la Comisión. Queda por ver una vez “transcurrida la tormenta” “en qué términos se exigirá la vuelta a las exigencias del Pacto de Estabilidad”.

El capítulo II titulado “los cambios en la gobernanza económica europea” se divide en dos partes. En la primera parte el profesor Pérez del Prado se detiene en clarificar en qué consiste la gobernanza económica y trata de demostrar como ésta ha cambiado durante la crisis económica. En efecto, la crisis financiera de 2008 puso de relieve como las instituciones y los procedimientos para lograr los objetivos económicos de la Unión Europea “no eran lo suficientemente robustos” y como la política económica mostraba carencias. Para tratar de aportar una solución, la Unión Europea tomó importantes medidas tales como la adopción del Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad, los paquetes de medidas del *Six Pack* y *Two Pack*, el Pacto por el Euro Plus, con el fin de reforzar su gobernanza económica que supuso un cambio trascendente en las reformas del mercado laboral y los sistemas de protección social. La segunda parte del capítulo pone el foco sobre el Semestre Europeo, mecanismo puesto en marcha en 2011 por las instituciones europeas para encauzar la gobernanza económica europea. El Semestre Europeo produce

una cantidad importante de documentos (Estudio Prospectivo Anual, Informe sobre el Mecanismo de Alerta, las Recomendaciones para la zona euro, el Dictamen sobre los proyectos de presupuestos, Recomendación del Consejo relativa al Programa Nacional de Reformas, etc.) sobre los que el académico se detiene con el fin de que el lector sepa quién los emite, en qué momento y entienda la finalidad que cada uno persigue. A continuación, se exponen los diferentes procedimientos que se encauzan a través del Semestre Europeo y que son: el procedimiento de supervisión multilateral o de coordinación de las políticas económicas y presupuestarias; el procedimiento de desequilibrio macroeconómico; el procedimiento de déficit excesivo y el procedimiento de coordinación de políticas de empleo.

En el capítulo III “la incidencia de la gobernanza económica europea en el Derecho Social español”, el autor se detiene en las principales áreas que han sido centro de atención de la gobernanza económica dentro del ámbito socio-laboral, entre las que destacan el binomio salarios-negociación colectiva y la protección social para el conjunto de la Unión Europea y para España y trata de resaltar cuales han sido las líneas maestras de actuación propuestas. Para ello el capítulo se divide en dos partes. En primer lugar, se realiza un análisis del marco teórico y del conjunto de medidas sugeridas para el conjunto de la Unión Europa y la zona euro. Para ello procede a un estudio exhaustivo de los documentos emanados del Semestre Europeo, centrándose particularmente en los Estudios Prospectivos Anuales en los que se marcan las líneas maestras propuestas para el conjunto de la Unión Europea para el año siguiente. En esta parte se plasma también el punto de vista de los agentes sociales europeos que desde el Semestre Europeo del año 2015 participan activamente en la gobernanza económica de la Unión Europea mediante la elaboración de unos informes particularmente críticos con los Estudios Prospectivos de la Comisión debido a la inobservancia del impacto social de las medidas económicas preconizadas. En segundo lugar, se pone el foco sobre las orientaciones específicas formuladas para España en el ámbi-

to de las condiciones de trabajo y en materia de protección social. Para ello el profesor Pérez del Prado recoge las Recomendaciones del Consejo desde el año 2011 y hasta el 2019 con el objetivo marcado de analizar hasta qué punto el modelo marcado por la Comisión y el Consejo se ha trasladado a España y en qué medida las dificultades que ha atravesado nuestro país han podido modular su aplicación a nuestro caso concreto. Pues bien, a lo largo de estas páginas el autor demuestra que tanto los análisis como las propuestas que se formulan desde la gobernanza económica se sustentan sobre un único modelo teórico, obviando otras posibles alternativas de análisis, llegando a la conclusión de que “en el ámbito de las condiciones laborales y de protección social, los análisis y propuestas de las instituciones europeas descansan sobre tesis ortodoxas y que, metodológicamente, se muestran como únicas e irrefutables”.

Sobre la base de última afirmación, la monografía concluye con el capítulo IV titulado “un modelo (oculto) para Europa y para España”, en el que el profesor Pérez del Prado trata de sintetizar cual es el modelo teórico que se sustenta desde los documentos que emanan de la gobernanza económica entre 2011 y 2019 y cual ha sido su incidencia en tres planos diferentes: el modelo de derecho, el modelo económico y el modelo de regulación laboral y social.

En definitiva, esta nueva monografía de Daniel Pérez del Prado constituye un brillante análisis y estudio crítico sobre la gobernanza económica europea y su impacto social. Tenemos que resaltar la precisión y claridad expositiva del autor, así como la presencia de diversas figuras, tablas y gráficos que facilita la comprensión de un tema tan técnico y complejo. Sin lugar a duda, el libro constituye un avance en la investigación jurídica en tanto en cuanto aporta un mayor y mejor conocimiento sobre el funcionamiento, los instrumentos y las herramientas de las instituciones europeas y sobre como la gobernanza económica ha venido determinando las políticas económicas y sociales de los Estados miembros y, por ende, la vida cotidiana de millones de personas. Esta obra completa y rigurosa es de obligatoria lectura para cualquier ciudadano, estudiante, profesional o investigador que quiere adentrarse en la

gobernanza económica europea y su incidencia sobre las últimas reformas en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social acaecidas en nuestro país, así como las próximas contenidas en el Plan de Recuperación, Transformación y

Resiliencia que España ha acordado adoptar con las instituciones de la Unión Europea.

Matthieu Chabannes
Universidad Complutense de Madrid