

Labos

Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social

Marzo 2022
Volumen 3 - Número 1

Editorial	Algunas tendencias del sistema de fuentes. Manifestaciones recientes en el ámbito jurídico-laboral <i>Some tendencies of the source system. Recent manifestations in the legal-labor field</i> José María Goerlich Peset*	4
Artículos doctrinales	Control tecnológico empresarial y nuevos problemas aplicativos tras la L.O. 3/2018. Una mirada desde el deber de información previa <i>Business technological control and new application problems after the L.O. 3/2018. A look from the duty of previous information</i> María Amparo García Rubio	21
	La libre circulación tras (??) la Covid-19. Retos en materia de restricciones, nuevos modelos familiares y digitalización <i>Free movement after (?) Covid-19. Challenges concerning restrictions, new family models and digitalisation</i> José María Miranda Boto	47
	Aplicaciones informáticas (app) para el registro diario de la jornada laboral. Condiciones de licitud <i>Application programs (app) for the daily working time register. Conditions of legality</i> Julen Llorens Espada	70
Artículos jurisprudenciales	El concepto de grupo público de empresas: extensión de la responsabilidad laboral <i>The concept of a public groups of companies: extension of labor liability</i> Alfonso Esteban Miguel	96
	Inseguridad jurídica en los contratos de duración determinada en la alta dirección. Las causas de temporalidad y la indemnización debida al alto directivo tras la extinción de la relación por expiración del tiempo convenido <i>Legal uncertainty in senior management fixed-term contracts. The causes of temporality work and the severance pay due to the senior manager after termination of the employment relationship due to the expiration of the agreed time</i> Gabriela Rizzo Lorenzo	121

Debate	El impacto de la reforma laboral de 2021 sobre la negociación colectiva <i>The impact of the 2021 labour reform on collective bargaining</i> Jesús Cruz Villalón	134
	La reforma laboral de 2022 en perspectiva económica <i>The 2022 labour market reform in economic perspective</i> Santos M. Ruesga / Ana Viñas	153
	Seis tesis generales sobre la reforma de los contratos formativos de 2022 <i>Six general theses on the reform of the training contracts of 2022</i> Óscar Fernández Márquez	180

Reseña bibliográfica	Fundamentos del Estado social en el pensamiento de Otto von Gierke María Eugenia Aguirrezabal	189
---------------------------------	---	-----

Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social
EISSN: 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

EDITORIAL

Algunas tendencias del sistema de fuentes. Manifestaciones recientes en el ámbito jurídico-laboral

Some tendencies of the source system.
Recent manifestations in the legal-labor field

José María Goerlich Peset*
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universitat de València
ORCID ID: 0000-0002-2910-2153

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6844>

1. Introducción

Hace algo menos de dos años, en el editorial de esta misma Revista, Jesús Mercader reflexionaba sobre la conmoción que la pandemia había producido en las fuentes del Derecho del trabajo¹. Bajo la rúbrica “la incertidumbre se instala en el ordenamiento laboral”, recogía diferentes episodios de los primeros meses de la crisis sanitaria que venían designados como “avalancha” o “motorización” normativa y respecto los que se destacaba la inseguridad jurídica que producían, bien por la rápida sucesión entre las fuentes bien por sus defectos desde la perspectiva de la técnica legislativa.

Sin embargo, estos fenómenos no han sido privativos de los peores momentos de la crisis sanitaria. Aunque esta los haya llevado al paroxismo, estaban presentes con anterioridad a la primavera de 2020, los vemos ahora cuando los peores momentos parecen haber pasado y se recupera la normalidad de la vida económica y social y, si no ponemos remedio, los seguiremos viendo en el futuro. En efecto, aunque a continuación procederé a ejemplificar sobre acontecimientos normativos recientes, responden a tendencias anteriores, incluso mucho más antiguas. Constituyen verdaderos clásicos en el tratamiento de las fuentes tanto en el ámbito jurídico-laboral como más allá de él. Desde una perspectiva general, se ha señalado, en efecto, que se vinculan a los cambios del papel del Estado a lo largo de la Edad Contemporánea: si en el momento inicial asumía la función de “estado garante”, con posterioridad se ha convertido en un “estado gestor y protec-

* jose.m.goerlich@uv.es

¹ MERCADER UGUINA, J.R. 2020, “Derecho del Trabajo y Covid-19: tiempos inciertos”, *Labos*, Vol. 1, No. 2, pp. 4-15

tor”. El incremento de las tareas correspondientes a la legislación como consecuencia de este cambio tendría efectos, de un lado, en el diferente protagonismo de los poderes del Estado en su generación y, en concreto, en el creciente incremento de las facultades normativas del Gobierno. De otro, tendría como consecuencia una clara hipertrofia normativa en la medida en que aumentan exponencialmente las cuestiones a regular y las situaciones afectadas evolucionan a gran velocidad. En un momento posterior, el “nuevo estado regulador”, a estos fenómenos se le añadirían otros, relacionados con la creciente dificultad de las normas tradicionales para afrontar la multiplicidad de situaciones que generan las sociedades avanzadas².

Las consideraciones que siguen llaman la atención sobre acontecimientos normativos recientes que ponen de manifiesto estos tres fenómenos. Se aborda, en primer lugar, la absoluta prevalencia del poder ejecutivo sobre el legislativo en el proceso de creación normativa que muestra una creciente insuficiencia de los controles establecidos para garantizar la sujeción del Gobierno al Parlamento. Se analizan, en segundo término, las igualmente crecientes desaparición o pérdida de la racionalidad jurídica heredada del ideal codificador del XIX. Se reflexiona finalmente sobre la transformación de la textura de las normas legales, que parecen tener un poder prescriptivo cada vez menor, bien por ser un cascarón vacío bien por las dificultades que presenta su puesta en práctica.

Por supuesto, el trabajo que sigue no agota las transformaciones recientes del sistema de fuentes, que haría necesario considerar otros aspectos. Ni tampoco aspira a ofrecer soluciones a los problemas que se plantean. El propósito es fundamentalmente descriptivo. Y, si al final hubiera que sacar alguna moraleja, esta incluiría la necesidad de separar los problemas que se describen de una determinada coyuntura. Se trata, en efecto, de separar las anomalías que estamos viviendo de la tormenta que ha supuesto la COVID-19 y de señalar su carácter estructural. Seguramente, la pandemia las ha incrementado y acelerado de forma transitoria; pero con toda probabilidad la disrupción tecnológica producirá este mismo efecto de forma sostenida en el futuro. De este modo, las transformaciones 4.0 no afectarían solo al contenido de las reglas jurídico-laborales sino también a la teoría de las fuentes. Creo que ser conscientes de ello es de suma importancia toda vez que esta, tal y como ha sido configurada tradicionalmente, da cobertura a determinados valores cuya importancia no puede ponerse en cuestión.

2. El creciente, y discutible, recurso al decreto-ley

Si se hace un análisis formal de la legislación laboral de los últimos años, se observa una clara alteración del proceso de creación normativa que tiene una precisa valencia político-jurídica. Se advierte, en este sentido, una clarísima prevalencia del poder ejecutivo. Desde la perspectiva de las fuentes, el decreto-ley ha sido, desde luego, la estrella de la

² Por todos, LAPORTA, F.J., “Teoría y realidad de la legislación: una introducción general”, en MENÉNDEZ, A., (dir.), *La proliferación legislativa, un desafío para el Estado de Derecho*, pp. 33 ss.

pandemia: 2020 (36) y 2021 (32) han batido los récords de aprobación de decretos-leyes, en relación con años anteriores. No cabe, sin embargo, culpabilizar únicamente a la crisis sanitaria: hemos asistido a un crecimiento sostenido del recurso a esta figura desde tiempo atrás, que se ha acelerado como consecuencia de la crisis económica que arrancó en 2007/2008³. A la postre, en las cuatro décadas largas de vigencia de nuestra Constitución se ha producido un proceso de normalización de la intervención del Gobierno en la creación de normas con rango de ley con la paralela pérdida de protagonismo de los procedimientos parlamentarios. Los presupuestos que habilitan al Gobierno para el recurso a esta peculiar fuente normativa –la “extraordinaria y urgente necesidad” a la que se refiere el art. 86.1 CE– son cada día más difíciles de reconocer en su uso.

Valen como ejemplos claros los decretos-leyes que han aprobado en los últimos tiempos normas de carácter estructural en materia laboral. Me refiero a los RRDDL 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, y 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. Los tres justifican, incluso extensamente, las razones que posibilitan el concreto recurso del Gobierno a la legislación de urgencia. Sin embargo, los procedimientos de elaboración de estas tres normas, así como algunas de sus características, permiten cuestionarlas, sobre todo desde el punto de vista de la “urgente” necesidad a la que alude el art. 86.1 CE.

Si atendemos a la tramitación, se observa su difícil relación con ella. La intervención normativa sobre el trabajo a distancia fue, por ejemplo, precedida de un trámite de audiencia pública, a principios de verano de 2020, y se solicitó el dictamen del Consejo Económico y Social (dictamen 2/2020 aprobado el 22 de julio). Simultáneamente, el proyecto era objeto “de un dilatado proceso de reflexión y debate compartidos que, tras más tres meses, ha conseguido culminar en el Acuerdo de Trabajo a Distancia (ATD)” (apartado IV, preámbulo RDL 28/2020). Fue este “fruto de la concertación social” el que se convirtió finalmente en el RDL 28/2020. Lo mismo cabe decir del RDL 9/2021 sobre los *riders* y del RDL 32/2021, de reforma del mercado de trabajo. El primero se reconoce “fruto del Acuerdo adoptado, el pasado 10 de marzo de 2021, entre el Gobierno, CC. OO., UGT, CEOE y CEPYME, tras el trabajo desarrollado por la Mesa de Diálogo constituida, a tal efecto, el 28 de octubre de 2020” –o sea, cuatro meses largos de diálogo social–. En cuanto al segundo, se limita a hacer referencia a que ha sido aprobado “tras un largo proceso negociador”: no da más detalles seguramente porque recurriendo a la hemeroteca veremos que, tras la interrupción derivada de la crisis sanitaria, el diálogo se retomó en marzo de 2021.

³ Al respecto, GOERLICH PESET, J.M., “Ley y Reglamento en el Derecho del Trabajo”, en SEMPERE, A.V. (dir.), *El modelo social en la Constitución Española*, Madrid (MTAS), 2003, pp. 159 ss. Un análisis jurimétrico del fenómeno en SANZ GÓMEZ, R.J. y SANZ GÓMEZ, S., “Análisis cuantitativo del uso del decreto ley en España (1979-2018)”, *Revista de estudios políticos*, 188 (2020), pp. 127 ss.

No ha habido, pues, mucha prisa en aprobar estas medidas. Pero, sobre todo, tampoco parece haberla habido en ponerlas efectivamente en marcha. Las normas intertemporales de estas y otras normas fundadas en la extraordinaria y urgente necesidad son, como mínimo, sorprendentes. Es posible traer a colación ya las previsiones del RDL 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, que trazaba un horizonte temporal para su entrada en vigor que alcanzaba, en algunos casos, hasta tres años después y que, en la práctica, se ha prolongado incluso más⁴. Por su parte, la regulación del trabajo a distancia se justificada directamente por las exigencias de la pandemia en la que se había tenido que recurrir de forma masiva a este tipo de prestación. Se aludía a ella ¡once! veces en los dos primeros apartados del preámbulo –a las que habría que sumar tres referencias a “COVID-19” y dos a “crisis sanitaria”–. Sin embargo, el RDL 28/2020 también demoró su entrada en vigor y, sobre todo, excluyó la aplicación de sus reglas al trabajo a distancia desarrollado por causa covid⁵. El RDL 9/2021 presenta perfiles diferentes, aunque no por ello menos sorprendentes. Tras el oportuno episodio de diálogo social, se anunció el acuerdo con los interlocutores el 10 de marzo. Dos meses después no se había publicado: permaneció en un cajón hasta su aprobación, el 11 de mayo. Y aunque se publicó al día siguiente, solo entró en vigor a los tres meses de su publicación, el 12 de agosto. Todo esto es llamativo; pero todavía lo es más si tenemos en cuenta que solo mes y medio después el BOE publicaba la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, resultado de su tramitación parlamentaria como proyecto de ley. Hemos visto recientemente,

⁴ Aunque en su preámbulo se aludía a la existencia de una “situación de desigualdad” que exigiría “una actuación urgente y necesaria por parte del Estado, puesto que la mitad de la población está sufriendo una fuerte discriminación y está viendo afectados sus derechos fundamentales”, varias de las medidas dirigidas a paliarla se postergaban en las normas transitorias que se introducían: para la entrada en vigor de las nuevas reglas en relación con el permiso de nacimiento y cuidado de hijo se preveía una secuencia temporal que se prolongaba hasta 31 de diciembre de 2020 (disp. trans. 3ª ET; disp. trans. 9ª EBEP); las previsiones transitorias para la aprobación de los planes de igualdad alcanzaban hasta tres años (disp. trans. 12ª LOI); varias normas clave requerían un desarrollo reglamentario para el que se preveía un plazo de seis meses (disp. final 1ª), que fue incumplido; y, por si fuera poco, cuando se publicaron los RRDD 901/2020 y 902/2020, 13 octubre, abrieron sendos plazos de tres y seis meses (disps. final 3ª y 4ª) para su entrada en vigor –que, en el primer caso, iba acompañado de un plazo de doce meses desde entonces para adaptar la realidad existente en las empresas–.

⁵ Ya fue llamativa la aplicación de una *vacatio legis* de veinte días (disp. final 16ª.1): aunque esta sea la regla general establecida por el Código Civil, no es en modo alguno usual en este tipo de normas. De hecho, una parte de los contenidos –ninguno, por cierto, de los relacionados con el trabajo a distancia– hubo de ser excluido de su ámbito de aplicación (disp. final 16ª.2). Por otro lado, las reglas transitorias abrieron plazos relativamente dilatados para la adaptación de las situaciones anteriores a las nuevas reglas (disp. trans. 1ª). Por último, pero no por ello menos importante, la nueva norma nunca resulta aplicable al trabajo a distancia impuesto por la COVID-19, al que le seguirá siendo aplicable la normativa laboral ordinaria y las dos confusas reglas que se establecen en la disp. trans. 3ª. Vivir para ver: ¡justo el problema que explicaría el recurso al decreto-ley no queda resuelto!

Las críticas al RDL 28/2020 desde esta perspectiva, de mayor o menor intensidad, han sido un lugar común entre sus comentaristas. Referencias en GOERLICH PESET, J.M., “La regulación del trabajo a distancia. Una reflexión general”, en RORÍGUEZ-PINERO, M. y TODOLÍ, A., *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Thomson Reuters/Aranzadi, 2021, pp. 33 ss.

en fin, como el RDL 32/2021 tampoco ha tenido mucha prisa en poner en marcha sus “medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo”. La entrada en vigor de la mayor parte de las reglas estatutarias modificadas se aplaza tres meses respecto de su publicación (disp. final 8ª.2). Por su parte, la supresión de la preferencia de los convenios de empresa ha de aguardar a la pérdida de vigencia expresa de los que la tengan a la entrada en vigor del RDL 32/2021, con el límite de un año –plazos estos a los que se añaden los seis meses de adaptación– (disp. trans. 6ª).

Es posible que no funcionen correctamente los específicos controles constitucionales para garantizar un uso adecuado del decreto-ley. Por un lado, aunque la concurrencia de los presupuestos requeridos por el art. 86.1 CE puede ser verificada por el Tribunal Constitucional, su jurisprudencia ha sido bastante generosa con el criterio del Gobierno respecto a la valoración de tales circunstancias. Es verdad que se admite el control de las causas del recurso al decreto-ley, tanto por lo que se refiere a su carácter extraordinario como a su urgencia⁶. Sin embargo, en el marco del principio de autocontención, el TC ha partido, en efecto, de que el “peso... en la apreciación de lo que haya de considerarse como caso de extraordinaria y urgente necesidad” corresponde “al juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección del Estado”, de este modo las decisiones gubernamentales quedan sujetas a un “control externo, en el sentido de que debe verificar, pero no sustituir, el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno”. Ni siquiera la urgencia resulta muy verificable puesto que “no debe confundirse eficacia inmediata de la norma provisional con la ejecución instantánea de la misma”. Solo la primera es exigible en el momento de su aprobación, pues “la celeridad de la completa ejecución estará en función de la naturaleza y complejidad de las propias medidas adoptadas en cada decreto-ley para hacer frente a la situación de urgencia”⁷.

Es verdad que dos pronunciamientos de mediados del año pasado parecen apuntar a una exigencia algo mayor en relación con el control de los presupuestos habilitantes: las sentencias 110 y 111/2021, de 13 de mayo. Esta última, en relación con la reforma de la gestión de las clases pasivas incluida en el RDL 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, ha insistido en la necesidad de explicitar una razón constitucional para acudir a la legislación de urgencia antes que a otros instrumentos normativos, lo que obliga a justificar “cómo podría haberse visto perjudicada la misma de haberse contenido en un proyecto de ley sometido a la correspondiente tramitación parlamentaria” sin que “el mero deseo o interés del Gobierno en la inmediata

⁶ Se admite, en efecto, que “pueda cuestionarse ante este Tribunal la veracidad de los datos o afirmaciones efectuadas por el Gobierno para justificar la existencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad”; y se requiere, además, verificar la existencia una “conexión de sentido” entre las motivaciones expresadas y las normas establecidas en la norma de urgencia, entendida como “relación de adecuación entre la situación definida que constituye el presupuesto habilitante y las medidas que en el Decreto-ley se adoptan..., de manera que estas últimas guarden una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar” (STC 35/2017, de 1 de marzo).

⁷ STC 14/2020, de 28 de enero, con cita de otros muchos pronunciamientos anteriores.

entrada en vigor de la reforma” constituya “una justificación de su extraordinaria y urgente necesidad (...) por muy legítimos que sean los objetivos que se tratan de alcanzar”. Y es que “este interés gubernamental puede ser todo lo respetable que se quiera, pero no justifica, como es obvio, el desplazamiento de la potestad legislativa de las Cortes Generales (art. 66.2 CE) y, con ello, de la intervención de las minorías en el procedimiento legislativo parlamentario”. Habrá que ver cómo evoluciona la interpretación del TC en el futuro inmediato que, en todo caso, tendrá que ser muy cautelosa, como lo ha sido hasta ahora, so pena de suplantarse al Gobierno en su función de apreciación de las circunstancias.

Si esto es así, las únicas garantías reales del adecuado uso de la legislación de urgencia son de carácter político, vinculadas a la adecuada valoración de sus requisitos por el poder ejecutivo y, después, por el legislativo en el trámite de convalidación. Sin embargo, los actores políticos llamados a intervenir en el proceso de control de los presupuestos habilitantes no parecen en absoluto preocupados por ellos. De un lado, el gobierno parece movido por el «desprecio» de las exigencias de rango. Como hemos visto, con independencia de que aquellos concurren o no, o del posible desconocimiento de otros principios constitucionales, se recurre al decreto-ley cuando se considera conveniente, sin mayor problema. Aquellos son incluso objeto de banalización en las declaraciones públicas de sus componentes como hemos visto en relación con la solución del problema planteado por la anulación definitiva de las reglas del impuesto de plusvalía municipal por la STC 182/2021. El sábado, en una arenga en un congreso regional de su partido, la Ministra de Hacienda nos decía que “el lunes arreglo lo de la plusvalía, hombre, claro; lo llevo al Consejo de Ministros, dicho y hecho”; y, efectivamente, el BOE del martes 9 de noviembre publicó el RDL 26/2021 del día anterior que, según su título, “adapta el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana”. No tengo claro qué causa más sonrojo, si la afirmación de la Ministra en el fragor del congreso o que el título y el preámbulo del decreto-ley se remitan a la “reciente jurisprudencia”, cuando la inconstitucionalidad de las reglas había sido declarada varios años antes (sentencias 59/2017, 11 de mayo, y 126/2019, 31 de octubre).

Por lo que se refiere al control parlamentario, de otro lado, difícilmente viene cumpliendo su papel en la medida en que se desenvuelve en un tacticismo cortoplacista de las fuerzas políticas que intervienen. Desemboca, en efecto, en situaciones sorprendentes que incluyen desde amplísimas mayorías, insólitas en atención al clima político general, hasta en convalidaciones alcanzadas por los pelos incluyendo ocasionalmente algún supuesto de rechazo. En el primer sentido, hemos asistido a la aparición de una “legitimidad alternativa del decreto-ley en materia social”, en el sentido de que, más que basarse en una real “extraordinaria y urgente necesidad”, como exige el art. 86.1 CE, se fundamenta en un previo proceso de diálogo social en el que se ha alcanzado acuerdo —o que, a falta de él, posibilita una suerte de intervención arbitral del ejecutivo—⁸. Esta

⁸ Más detalles en GOERLICH, “La regulación del teletrabajo” cit., pp. 37 ss.

suerte de mutación constitucional hunde sus raíces en las experiencias de legislación negociada de finales de los 90, si bien ha alcanzado una dimensión inusitada en los últimos tiempos: a varias de las normas de urgencia a las que me he referido en el apartado anterior (RRDDL 28/2020, 9/2021 y 32/2021), podemos añadir la serie de normas de coyuntura en relación con los especialidades en la regulación temporal de empleo y de la protección social durante la pandemia, precedidos de sendos Acuerdos Sociales de Defensa del Empleo (RRDDL 18/2020, 24/2020, 30/2020, 2/2021, 11/2021, 18/2021 y 2/2022). Pero esta legitimidad alternativa implica de hecho una ampliación de las facultades normativas del gobierno y la paralela restricción de las del poder legislativo, a pesar de este quien ostenta la legitimidad democrática plena. En efecto, en muchos de los casos citados, las reglas aprobadas por el Gobierno cristalizan de forma definitiva sin que la tramitación parlamentaria implique modificación alguna, ni siquiera de carácter técnico. Las leyes 10/2021 y 12/2021, resultado respectivamente de la tramitación como proyecto de ley de los RRDDL 28/2020 y 9/2021, son clarísimos ejemplos de ello: la segunda no incorpora modificación alguna; en la primera, relativa al trabajo a distancia, solo se añade una disp. adic. 8ª sobre el “profesorado de formación profesional”.

En el otro extremo, cabe traer a colación el episodio de la convalidación de la reforma laboral. Al margen la valoración que cada uno tenga de las medidas establecidas, lo cierto es que el debate no parece haberse centrado en ellas ni, menos aún, en la concurrencia de los presupuestos habilitantes. Las diferentes posturas parecen haber respondido más bien a consideraciones de orden táctico ajenas a ello. Como en episodios anteriores en los que se ha desautorizado la decisión del Gobierno de recurrir al decreto-ley, la recuperación de la supremacía del legislativo en la creación de normas legales parece más bien un accidente: con alguna salvedad, no habría respondido a un intento real de controlar esta forma de legiferar sino a intereses más bien relacionados con el posicionamiento electoral de las diferentes fuerzas que apoyan o se oponen al Gobierno.

3. Racionalidad y sistematización decreciente en las normas legales

Tampoco es un fenómeno enteramente nuevo que las normas legales vayan perdiendo los atributos que, al menos idealmente, las deben caracterizar. La proyección de la racionalidad de la Ilustración sobre el Derecho ha alumbrado un ideal normativo, la codificación, entendida como “un sistema de cuerpos normativos sistemáticos, que ordenarían en un orden lógico perfecto los grandes sectores de la vida social, encuadrando ésta en un marco definitivo, cierto y seguro y tendencialmente estable”. En el ideario ilustrado, si la primacía de la ley es garantía de las libertades, su carácter general, su sencillez y organización sistemática y su permanencia lo son de un marco de seguridad jurídica para el desenvolvimiento de la autonomía de personas y organizaciones. Aunque la forma en que abordamos el estudio y el conocimiento del derecho continúa basándose en gran medida en aquel ideal, hace tiempo que la producción normativa ha dejado de adecuarse a él. Se remonta a los años 40 la expresión “legislación motorizada”, que ha hecho fortu-

na para describir un panorama de “leyes desbocadas” en el que las normas se multiplican de forma “incontenible”; y en el que, no solo no son estables, sino que se encuentran “en estado de perpetua ebullición y de cambio frenético”⁹. Es posible que, en las sociedades avanzadas, la pulverización del ideal codificador no ponga en peligro las libertades de las personas que disponen de otras garantías en el ámbito constitucional o en el plano internacional. Pero sí que se pone en riesgo la seguridad jurídica que probablemente es un elemento esencial para el desarrollo ordenado de las relaciones económicas y sociales.

Dos son, al menos, las conexiones entre hiperinflación normativa e inseguridad jurídica: la falta de estabilidad y la falta de sistemática. Por lo que se refiere a la primera, las normas legales adquieren una fugacidad que resulta sorprendente. Durante los momentos más duros de la pandemia hemos asistido a algún episodio muy vistoso: las tres redacciones que tuvo la disp. trans. 1ª RDL 8/2020 en menos de tres semanas¹⁰. Pero no parece que, en esta fase de superación de la crisis sanitaria, las cosas hayan mejorado mucho. Fuera de nuestro campo de observación es espectacular el caso de la disp. final 3ª Uno de la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, ¡derogada por el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, publicada en el BOE del día siguiente! Por supuesto, no se trata de pura arbitrariedad pues la cosa tiene explicación. Pero, con independencia de ella, es un magnífico ejemplo de los fenómenos que venimos considerando –al mostrar los límites del lento y rígido procedimiento parlamentario para dar solución a los problemas sociales¹¹; y, además, ilustrar los problemas de inseguridad jurídica que se suscitan en supuestos como estos¹²–. Por lo demás, en nuestro sector del ordenamiento, encontramos ejemplos que no se quedan muy rezagados: una norma tan importante como el RDL 32/2021, de reforma laboral, publicada en el BOE de 30 de diciembre, fue

⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, 1999, pp. 32 ss. y 47 y 48. Véase también LAPORTA, “Teoría y realidad” cit., pp. 63 ss.

¹⁰ Es el ejemplo que usa MERCADER, “Derecho del trabajo y Covid-19” cit., p. 7.

¹¹ La regla derogada se refiere a la extensión del período de restricción de los desahucios durante la pandemia. El art. 1 RDL 11/2020, de 31 de marzo, lo había fijado en seis meses desde su entrada en vigor, si bien fue objeto de ampliación en sucesivas normas de urgencia hasta llegar al RDL 21/2021, que lo establecía hasta 28 de febrero. Es esta la redacción que se incorporó durante la tramitación parlamentaria a lo que finalmente ha sido la Ley 4/2022. Sin embargo, el día anterior a su sanción se había publicado en el BOE el RDL 2/2022, de 22 de febrero, por el que se adoptan medidas urgentes para la protección de los trabajadores autónomos, para la transición hacia los mecanismos estructurales de defensa del empleo, y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma, y se prorrogan determinadas medidas para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica. Su disp. final 2ª amplió este período hasta el próximo 30 de septiembre. La derogación por el RDL 3/2022 mira pues a evitar que esta nueva prórroga no produzca efectos.

¹² Después de todo, este aspecto de la Ley 4/2022 entró en vigor al día siguiente de su publicación (2 de marzo) sustituyendo la redacción entonces vigente del art. 1 RDL 11/2020 por la nueva. La nueva redacción del RDL 2/2022 (prórroga hasta 30 de septiembre) habría perdido sus efectos, siendo sustituida por la nueva (prórroga hasta el 28 de febrero). Sabemos que la derogación de una norma no implica el regreso de las disposiciones que esta derogó. Por eso, la sola derogación del pasaje correspondiente no garantiza el regreso de la solución del RDL 2/2022. Quien esté entre bambalinas es consciente de ello y, para evitar el problema, hace que el RDL 3/2022 entre en vigor el mismo día de la publicación en el BOE. Sobran comentarios adicionales, creo.

reformada ¡veinte días después!, por el RDL 1/2022, de 18 de enero. Y no se puede dejar de traer a colación la normativa sobre ingreso mínimo vital: a lo largo de su vigencia de algo más de año y medio, entre su publicación el 1 de junio de 2020 y su sustitución con efectos de 1 de enero de 2022, el RDL 20/2020 ha sufrido nueve modificaciones; y la disp. adic. 5ª de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, que ha venido a sustituirlo ha sido modificada por Ley 22/2021, de 28 de diciembre, antes de su entrada en vigor que, como se ha dicho, estaba prevista para el 1 de enero siguiente.

Por lo que se refiere a la falta de sistemática, la inserción de las nuevas normas en el ordenamiento tampoco es objeto de especial atención por nuestro legislador. Uno tiene la sensación que, en ocasiones, las normas se dejan caer sobre el sistema preexistente sin atender especialmente al lugar en el que van a parar. Hasta la corrección de errores del RDL 32/2021, la LGSS tuvo varias disposiciones adicionales duplicadas. Por su parte, aunque llega hasta la letra h), el listado del art. 3 LRJS se ha quedado sin f) como consecuencia de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, que procede a reordenar incorrectamente sus apartados para introducir un nuevo supuesto excluido del conocimiento de los tribunales del orden social. Se me puede tachar de perfeccionista: ambos ejemplos, sin perjuicio de lo que luego diré respecto del segundo, no parecen tener otra importancia que la formal. Creo, sin embargo, que, en Derecho, las formas son importantes porque protegen intereses valores sustantivos que, en muchos casos, no son de importancia menor. Desde este punto de vista, este tipo de frivolidades resultan ser síntomas de la creciente falta de respeto a su significado profundo. Estas se perciben, en efecto, más como ritos vacíos de sentido que como encarnación de determinados valores relacionados con la estructura democrática del Estado y con las expectativas de los ciudadanos. Desde este punto de vista, la exigencia de un determinado rango no resulta ser más que un “fastidio” al que se le encuentra poco sentido pero que debe ser cumplimentado. Esta idea es la que está detrás de las extraordinarias anomalías sistemáticas que detectamos en la normativa más reciente y que se relacionan con el aprovechamiento de todas las oportunidades normativas que permiten sortear tan molesta exigencia. Proliferan con ello las llamadas normas ómnibus.

No se trata, por supuesto, de algo novedoso. Aparecieron tiempo atrás, habiendo producido incluso un limitado rechazo de uno de sus ejemplos más conspicuos, las llamadas leyes de acompañamiento, erradicadas del ámbito estatal. Con todo, la pandemia las ha hecho resurgir con fuerza. En efecto, en su mayor parte los decretos-leyes de medidas urgentes desde la primavera de 2020 pueden ser catalogados como normas ómnibus, en la medida en que han agrupado disposiciones aisladas referidas a variopintas materias. Es claro que la urgencia de afrontar las múltiples facetas afectadas por la crisis sanitaria lo explica suficientemente. Pero ello no puede impedirnos observar que el *modus operandi* parece haberse instalado de forma permanente. Es frecuente que las normas de urgencia de carácter estructural se han aprovechado para introducir medidas completamente ajenas a la temática regulada. El ejemplo más claro es la regulación del teletrabajo por el RDL 28/2020 que contenía contenidos adicionales de amplio espectro¹³. La sensación

¹³ Aparte la nueva regulación del trabajo a distancia, el RDL ley incluía otras medidas laborales o de

de falta de sistematicidad se incrementa si observamos que una parte de estos contenidos procedía de la fallida convalidación parlamentaria del Real Decreto-ley 27/2020, de 4 de agosto, de medidas financieras, de carácter extraordinario y urgente, aplicables a las entidades locales; y si además tomamos en consideración que el régimen del trabajo a distancia se separaba en dos normas diferentes, separadas por una semana: a la siguiente se aprobó el RDL 29/2020, que lo regula en el ámbito público –junto con otras medidas urgentes “de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19” a las que aludía su título–.

No es un episodio aislado. Por poner dos ejemplos más, llamo la atención, de un lado, sobre la nueva forma de incorporar a nuestro ordenamiento las directivas comunitarias, decididamente alineada con la tendencia¹⁴. De otro, como Eduardo Rojo ha señalado hace unos días en su blog¹⁵, tras la reforma laboral siguen aprobándose normas laborales, aunque “hay que saber buscarlas en aquellas de contenido no específicamente laboral”. Y es que en las primeras semanas de este año hemos visto que, en rincones de normas dedicadas a otras materias, se han introducido modificaciones en determinadas materias sociales, a veces de suma trascendencia. Así, aprovechando el RDL 1/2022, en materia de reestructuración de entidades de crédito, se ha introducido una modificación del RDL 32/2021, de reforma laboral, aprobado días antes. Por su lado, el RDL 2/2022, norma ómnibus relacionada con varios aspectos laborales de la covid, incluye algunas reformas estructurales en materia de protección social de la regulación temporal de em-

protección social relacionadas con la pandemia (prórroga del plan MECUIDA –disp. adic. 3ª–, cuestiones vinculadas a la protección por incapacidad temporal –disp. adic. 4ª; disp. final 10ª–, reforma relativamente extensa del ingreso mínimo vital –disp. final 12ª; véase también disp. trans. 4ª–) pero también otras cuestiones de materias diferentes, vinculadas (modificación de tipos impositivos del IVA en bienes necesarios para combatirla –disp. adic. 7ª–; otros aspectos incluidos en las normas de urgencia aprobadas en los últimos meses –disp. final 12ª–) o no tanto con ella–desde el régimen fiscal aplicable a la final de la *UEFA women's champions league 2020* (disp. adic. 6ª) hasta determinadas facetas del transporte ferroviario (disp. final 8ª)–, pasando por determinados aspectos de la regulación de los convenios de colaboración en materia de IT (disp. adic. 5ª), en materia de firma electrónica (disp. final 5ª), procedimiento administrativo (disp. final 9ª) o las competencias administrativas en relación con el juego (disp. final 6ª y 7ª)–.

¹⁴ Me refiero a los extraordinarios RRDDL 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores, y 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes. Trasponen respectivamente siete ¡y ocho! directivas que, como puede verse por sus respectivos títulos, guardan una relación bastante limitada entre ellas.

¹⁵ ROJO TORRECILLA, E., “Tras el RDL 32/2021, siguen aprobándose normas laborales... y hay que saber buscarlas en aquellas de contenido no específicamente laboral. A propósito de los RDL 1, 2 y 3 de 2022 y la Ley 4/2022”, *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 6 marzo 2022 (<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/03/tras-el-rdl-322021-siguen-aprobandose.html>; acceso 8 de marzo de 2022).

pleo y el RDL 3/2022, incluye importantes modificaciones laborales que trascienden los temas a los que se refiere su título y el RDL 4/2022, dedicado a los efectos de la sequía, contiene el desarrollo del Mecanismo RED. En fin, la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica ha incluido en su disposición final 1ª una modificación de la Ley 14/1994 de empresas de trabajo temporal.

No parece fácil, sin embargo, poner coto a este tipo de fenómenos. A pesar de que existe un fuerte rechazo doctrinal frente al creciente caos en la producción normativa, no existen mecanismos que posibiliten el control externo de la actividad legislativa por esta razón. Recientemente, en el marco de la macro transposición de directivas protagonizada por el citado RDL 24/2021, el “severo rapapolvo” que el Consejo de Estado habría dirigido al Gobierno se ha fundado en el derecho a una buena administración, consagrado en el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Sin embargo, la crítica del alto órgano consultivo se relaciona con los retrasos habidos en el abordaje de la incorporación de las directivas, sin entrar a considerar la variopinta acumulación de contenidos en su interior¹⁶.

Por otro lado, sabemos que la jurisprudencia constitucional ha rechazado el control de este tipo de normas con amparo en el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE. Lo hemos visto en relación con episodios anteriores de nuestra historia normativa. Me refiero a las llamadas leyes de acompañamiento de la ley anual de presupuestos. Como es sabido, el origen de este tipo de normas se encuentra en la inflación del contenido de la ley anual de presupuestos, pues a lo largo de la década de los 80 comenzó a aprovecharse desde el Gobierno para introducir innovaciones normativas pendientes, carentes de vinculación directa con su contenido constitucionalmente delimitado y de relación entre ellas. Aunque la doctrina del TC había advertido con anterioridad de estos límites, la STC 76/1992, de 14 de mayo –apoyándose en la doctrina anterior– declaró por vez primera la inconstitucionalidad de un precepto de la Ley de Presupuestos con base en aquellas razones. La reacción del legislador, en línea con otras experiencias comparadas, fue la invención de estas leyes de acompañamiento a las que se trasladó este contenido variopinto: tramitada y aprobada simultáneamente con aquella, este nuevo tipo de leyes paso a recoger los contenidos que resultaban poco adecuados a su contenido constitucional.

La aparición y consolidación de las Leyes de acompañamiento ha sido objetada también desde la perspectiva constitucional, con base, de un lado, en que su vinculación con la ley anual de presupuestos implica de hecho la existencia de especialidades en la tramitación que resultan contrarias a la Constitución; y, de otro, en los problemas que plantean desde la perspectiva de la seguridad jurídica¹⁷. En este último sentido, la falta

¹⁶ Tomo la expresión de IBÁÑEZ GARCÍA, I., “La transposición de Directivas europeas mediante Decreto-Ley (Severo rapapolvo del Consejo de Estado)”, *Diario La Ley*, sección Tribuna, 23 de diciembre de 2021, en el que pueden encontrarse otras críticas doctrinales al respecto. El dictamen del Consejo de Estado es el núm. 878/2021, aprobado el 28 de octubre de 2021.

¹⁷ Para más detalles, DELGADO RAMOS, D., “Técnica legislativa y crisis económica: leyes ómnibus y de medidas en el Estado y las Comunidades Autónomas”, *Revista de las Cortes Generales*, 97-99 (2016), pp.

de conexión entre los contenidos de estas normas ómnibus dificulta, de un lado, el acceso de los ciudadanos a los mismos, y afecta, de otro, a la correcta reconstrucción de los mandatos legales, al disgregarlos en diferentes textos. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha rechazado de forma reiterada que este tipo de normas legales contravenga el principio de seguridad jurídica. Aunque esta práctica puede ser “muy desaconsejable” desde una perspectiva técnica, la “deseable homogeneidad de un texto legislativo” no es más que un “dogma” que no afecta a la constitucionalidad de los que no se adecúan a él pues no existe en la Constitución “precepto alguno, expreso o implícito, que impida que las leyes tengan un contenido heterogéneo” ni la heterogeneidad modifica la naturaleza la ley ni altera su relación con las demás normas que integran el ordenamiento jurídico, conforme a las reglas establecidas en la constitución¹⁸. Por supuesto, no es posible descartar que, en aspectos concretos, este tipo de normas puedan incurrir en inconstitucionalidad¹⁹. Pero fuera de estos casos, en los que la norma ómnibus desconoce, en alguno de sus preceptos, alguno de los condicionantes constitucionales del vehículo formal en el que se integra, no resulta posible controlar su contenido²⁰.

4. Cambios en la textura normativa

La última tendencia a la que me gustaría dedicar mi atención no se relaciona con los cambios en las formas de creación de normas legales sino que se centra en su posterior aplicación. La puesta en práctica de las nuevas normas es progresivamente más difícil a

239 ss. o GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., “Las leyes de acompañamiento y el problema de las leyes ómnibus”, *Teoría y realidad constitucional*, 22, 2008.

¹⁸ Véase, últimamente, STC 161/2019, de 12 de diciembre, que recoge otros pronunciamientos anteriores sobre el mismo tema.

¹⁹ Lo hemos visto ya en relación con alguno de los preceptos incluidos en el RDL 8/2020, que aprovechó la aprobación del conjunto de “medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19” a las que se refería su título para modificar la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia. La STC 110/2021, de 13 de mayo ha declarado la inconstitucionalidad de su disp. final 2ª, dedicada a esta cuestión, tras comprobar su falta de “conexión de sentido” con las circunstancias que motivaron la aprobación del decreto ley, ni desde un punto de vista general ni desde una perspectiva específica. Consideraciones de este tipo se encuentran también en la inmediata STC 111/2021, sobre la reforma de clases pasivas, a la que he hecho referencia más arriba. Este tipo de razonamientos podría extenderse a otras normas contenidas en decretos-leyes: recuérdese, sin ir más lejos, el abigarrado contenido que tenía el RDL 28/2020 sobre trabajo a distancia, al que me he referido más arriba. Y valdría para algún otro tema diferente que ha sido objeto de referencia en páginas anteriores, pues ¿qué tiene que ver con la materia propia de la ley de presupuestos la competencia del orden contencioso sobre “los actos administrativos dictados en las fases preparatorias, previas a la contratación de personal laboral para el ingreso por acceso libre” que se introduce en la LRJS por la Ley 22/2021, de presupuestos generales del estado para 2022?

²⁰ Sobre este tema, y en relación con la posibilidad de extender el control de constitucionalidad a aspectos relacionadas con la calidad de la ley, véanse CRUZ VILLALÓN, P., “Control de la calidad de la Ley y calidad del control de la Ley”, en MENÉNDEZ, A., *La proliferación legislativa* cit., pp. 113 ss. y, más recientemente, VIDAL MARÍN, T., “Técnica legislativa, inserción de la norma en el ordenamiento jurídico y Tribunal Constitucional”, UNED. *Teoría y realidad constitucional*, 31(2013), pp. 323 ss.

medida en que se separan del modelo de la racionalidad ilustrada. En este las normas legales habían de ser mandatos sencillos, completos y eficaces. Los consejos que da Montesquieu sobre el “modo de componer las leyes”²¹ son bien ilustrativos de ello: su estilo debe ser “conciso” y “simple”, siendo “muy esencial que las palabras de las leyes inspiren a todos los hombres las mismas ideas”; por otro lado, “toda ley debe producir su efecto”, que es explicitado por ella y que no debe poder ser eludido mediante artificios. Las normas legales que se promulgan en la actualidad quedan lejos de estos ideales.

Repasando siempre la experiencia normativa reciente, creo que es posible observar dos tipos. Ambos se alejan del indicado ideal, aunque por razones diferentes. Por una parte, encontramos lo que se denominaba, en un conocido trabajo del tristemente desaparecido Aurelio Desdentado, “legislación simbólica, retórica o semántica”. Este tipo de legislación admite múltiples variantes todas aunadas por un elemento común: la falta de eficacia real. A veces, esta deriva de que la norma se limita a reiterar un mandato anterior; y, en otras ocasiones, de que únicamente prevé actuaciones futuras del propio legislador o del gobierno, normativas o de otro tipo y guiadas, o no según los casos, por determinados principios o criterios generales cuya proyección sobre la realidad solo se concretará en una intermediación posterior²². Por otra, asistimos a la aparición de normas legales con vocación de regulación de la realidad pero que se alejan de los requisitos que impone el ideal de racionalidad. En unos casos, las normas recogen principios o criterios genéricos, con lo que su estructura lógica se desdibuja: el supuesto de hecho se configura vagamente, el mandato no se explicita con claridad y la consecuencia jurídica de su vulneración, tampoco. En otros, se alejan del ideal de sencillez e imponen al intérprete tareas de reconstrucción hipercomplejas.

El reiteradamente citado RDL 28/2020 que, posteriormente, ha dado lugar a la Ley 10/2021 suministra buenos ejemplos de todo ello. De entrada, la regulación del trabajo a distancia es una anomalía por razón de su extensión por cuanto que es muy superior a la establecida para otras modalidades contractuales o con las propias relaciones especiales. Este efecto se consigue gracias a normas cuyo contenido es redundante, dentro de la propia regulación especial o reiterando contenidos de otras que están fuera de ella. En otro orden de consideraciones, la regulación del teletrabajo contiene preceptos relativamente vacíos de contenido: contienen más bien principios generales que han de ser objeto de posterior integración, sea en vía de negociación colectiva sea a través de la contratación individual. Finalmente, plantea a los operadores jurídicos problemas, como la armonización del horario flexible (art. 13) con el derecho al registro horario (art. 14), que parecen tener tan difícil solución como el de la cuadratura del círculo²³. De estos últimos, también ofrecen ejemplos las restantes normas sobre las que estamos ejemplificando

²¹ *El espíritu de las leyes*, Libro XXIX. Del modo de componer las leyes. Cap. XVI.

²² DESDENTADO BONETE, A., “«El traje nuevo del emperador». Sobre la legislación simbólica en el estatuto del trabajo autónomo”, *Revista de Derecho Social* 44(2008), pp. 13 ss. Una recreación de este y otros igualmente sugerentes trabajos en MERCADER, J., “El derecho como metáfora: reflexiones sobre el método de construcción jurídica en la obra de Aurelio Desdentado”, en prensa.

²³ Para detalles, GOERLICH, “La regulación del trabajo a distancia” cit., apartado 3.1.

reiteradamente. Valen al respecto la peculiar estructura de la disp. adic. 23ª ET añadida por el RDL 9/2021 –como presunción de laboralidad de los *riders*– o algunos enigmas interpretativos que ha abierto la reciente reforma estatutaria por el RDL 32/2021 –la configuración causal del nuevo contrato por circunstancias de la producción, el convenio sectorial aplicable a la subcontratación o los aspectos transitorios relacionados con la desaparición de la preferencia aplicativa del convenio de empresa en materia salarial–.

Si nos preguntamos qué hay detrás de este fenómeno, encontramos una respuesta inmediata, si bien es muy posible que existan otros factores más profundos que las expliquen. Desde el primer punto de vista, es claro que el procedimiento legislativo tiene que ver con la textura normativa de las normas que hemos considerado. En los tres casos que hemos considerado, los preceptos han sido frutos de largos períodos de negociación que han acabado con acuerdo. La necesidad de alcanzar equilibrios adecuados para los intereses confrontados en la mesa de diálogo social conduce a soluciones de compromiso en las que las normas pierden contundencia o claridad. Lo primero como ocurre con varias de las previsiones establecidas en la regulación del trabajo a distancia; lo segundo es lo que detectamos en algunas reglas de la reforma laboral de 2021.

Pero, más allá de esta conexión con el clima favorable al diálogo social que ha existido en los últimos tiempos, es posible que existan explicaciones más profundas para los cambios que estamos comentando. En el ya citado trabajo de Aurelio Desdentado se hace una valoración muy crítica de la legislación simbólica, que aparecería como “una forma degradada de propaganda” dirigida a “dar la sensación de que se está haciendo algo importante en relación con determinadas cuestiones de actualidad cuando en realidad no se hace nada o se hace muy poco”²⁴. No puedo descartar que, en las formas más burdas, esto sea así. Pero es también probable que no se trate solo de un intento de aparentar, sino que haya algo ligeramente diferente: la necesidad de dar cobertura jurídica a nuevas realidades que, precisamente por que en la vida aparecen sumamente diversificadas y cambiantes, no pueden ser reconducidas a reglas generales de corte tradicional. Estamos, más bien, ante una suerte de impotencia legislativa para dar respuesta completa y definitiva a los problemas que se plantean en nuestro tiempo que obliga a recurrir a normas abiertas, que consagran principios o criterios generales y/o procedimientos de integración.

No hace falta un gran esfuerzo argumentativo para demostrar que muchas de las normas que estamos considerando se mueven en esta línea. Podemos remontarnos ya a los derechos digitales en el ámbito laboral, consagrados en la LO 3/2018, de 5 de diciembre (arts. 87 ss.). A pesar de su denominación, que se reitera en todas las rúbricas de los preceptos dedicados a ellos, más que “derechos” parecen ser expectativas, cuyo alcance y tutela depende de formulaciones generales que admiten excepciones y limitaciones y que, por tanto, han de ser concretadas con posterioridad, a través de convenios o acuerdos colectivos y/o de protocolos unilateralmente aprobados por el empresario. Este mismo esquema lo encontramos en dos preceptos del Estatuto de los Trabajadores modificados en las postrimerías de la legislatura anterior: los arts. 34.8 ET, cuya redacción vigente se debe

²⁴ DESDENTADO, “«El traje nuevo del emperador»” cit., p. 15.

al RDL 6/2019, de 1 de marzo, y 34.9 ET, que fue introducido la semana siguiente por el RDL 8/2019, de 8 de marzo. El primero reconoce el “derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral”. Pero este derecho ha de ejercerse en los términos que se hayan podido pactar en la negociación colectiva o, en su ausencia, a través de un procedimiento individual de consultas que permite verificar las expectativas de las partes al respecto. En cuanto al segundo, la garantía del registro diario de jornada se ha de concretar, en la línea que hemos visto, “mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa”.

Creo, por otro lado, que es posible establecer una asociación entre la innovación tecnológica y la proliferación de este tipo de normas más abiertas que las tradicionales. Desde una perspectiva teórica, se ha señalado que la evolución tecnológica impacta también sobre el sistema de fuentes, haciendo aparecer un Derecho “líquido”²⁵ en el que desplaza la creación normativa hacia terrenos diferentes a los tradicionales²⁶. Y seguramente la generalización de esta forma de afrontar los problemas sociales y económicos, en el que la ley cede protagonismo a otros poderes diferentes, confiando en la autoregulación por los privados, es una manifestación de ello. Vale alguno de los ejemplos que acaban de ser expuestos que podría ser completado con otros dos, a los que se ha hecho constante referencia en estas páginas. El primero es la regulación del trabajo a distancia en la que, como ya hemos visto, existen muchos preceptos de carácter abierto, en los que, como máximo, se enuncian principios generales y cuyo alcance ha de ser concretado después. En cuanto al segundo, creo que la laboralización de los *riders* mediante una presunción (disp. adic. 23ª ET, añadida por RDL 9/2021, sustituido por Ley 12/2021) es también un ejemplo de las dificultades existentes en relación con el cierre definitivo del problema de la calificación de este tipo de servicios. Incluso en un espacio tan restringido como el que se regula –el de “las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía”– el legislador ha preferido dejar espacio para la valoración de las concretas circunstancias presentes. Y esta es el modelo que se consolidará con toda probabilidad para afrontar este problema con carácter general, a juzgar por la propuesta de Directiva que está en marcha.

Ni que decir tiene que la expansión de este tipo de normas legales más abiertas tiene importantes ventajas, pero no es posible desconocer que también presenta inconvenientes. Entre las primeras, cabe señalar que, al no ofrecer soluciones rígidas de carácter general, abren la posibilidad de adaptar los principios o criterios generales que previenen

²⁵ MERCADER, J., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, València (Tirant), 2017, pp. 51 ss.

²⁶ Para un análisis sobre como la evolución tecnológica lleva el sistema de fuentes hacia terrenos con menos legitimidad democrática, dentro de los poderes públicos, o desde los poderes públicos al exterior, en SÁNCHEZ BARILAO, J.F., “Tecnología, democracia y fuentes del derecho”, en *Constitución y democracia: 25 años de Constitución democrática en España*, vol. I, Madrid (CEPC), 2005, pp. 467 ss.

a las especialidades sectoriales o de cada empresa. Sin embargo, adaptabilidad y flexibilidad solo pueden funcionar correctamente en el caso de que los sistemas de integración contemplados funcionen correctamente. En caso contrario, se transforman en desregulación, al individualizar la concreción de los genéricos mandatos y hacerla depender, por tanto, de la voluntad unilateral empresarial; o generan inseguridad, si conducen al aumento de la conflictividad y a la intervención judicial.

ARTÍCULOS DOCTRINALES

Control tecnológico empresarial y nuevos problemas aplicativos tras la L.O. 3/2018. Una mirada desde el deber de información previa

Business technological control and new application problems after the L.O. 3/2018. A look from the duty of previous information

María Amparo García Rubio*

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

Recibido: 15/2/2022

Aceptado: 10/3/2022

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6845>

Resumen: La aprobación de la L.O. 3/2018, de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, ha puesto fin a la situación previa de ausencia de regulación legal específica en materia de control tecnológico en la relación laboral. No obstante, la llegada de esta Ley no ha acabado con todos los interrogantes que la cuestión plantea, no sólo por las dudas interpretativas que generan algunas de sus previsiones, sino también porque ahora es necesario determinar la relación entre ese nuevo parámetro de legalidad y el canon de constitucionalidad. Estas controversias se están haciendo visibles en la práctica judicial, de ahí que el presente estudio se dirija a profundizar en esos nuevos conflictos suscitados, con especial atención a los vinculados al deber empresarial de información.

Palabras clave: dispositivos digitales, geolocalización, videovigilancia, derechos fundamentales, relación laboral

Abstract: The approval of the L.O. 3/2018, Protection of personal data and guarantee of digital rights, has ended the previous situation of absence of specific legal regulation on technological control in the labour relation. However, the arrival of this Law has not eliminated all the questions that the matter raises, not only because of the interpretative doubts generated by some of its provisions, but also because it is now necessary to determine the relationship between this new parameter of legality

*amparo.garcia-rubio@uv.es

and the constitutional canon. These controversies are becoming visible in judicial practice, hence the present study is aimed at delving into these new conflicts, with special attention to those linked to the corporate duty of information.

Keywords: digital devices, geolocation, video surveillance, fundamental rights, labour relation.

1. Control tecnológico y derechos fundamentales: el conflicto como punto de partida

El objeto del presente estudio es el de realizar una reflexión general sobre los parámetros actuales –normativos y jurisprudenciales– a los que debe sujetarse el control que las empresas pueden realizar sobre la actividad laboral mediante medios tecnológicos, en virtud de sus facultades de dirección y vigilancia vinculadas a derechos constitucionales como la propiedad y la libertad de empresa (arts. 33 y 38 CE)¹. Más en concreto, y como suele ser habitual, el propósito final es el de ahondar en los límites a los que ese control debe someterse en el marco vigente, en aras a salvaguardar los derechos fundamentales de las personas trabajadoras con los que dichas facultades empresariales entran en conflicto: básicamente, su derecho a la intimidad; en su caso, el derecho al secreto de las comunicaciones; y prácticamente en todos los casos, el derecho a la protección de datos personales, que, por la amplitud dada a su objeto, se ha convertido en el gran protagonista a considerar (art 18 CE).

Estamos ante una cuestión que en los últimos años se ha visto afectada por sucesivas novedades, tanto jurisprudenciales como normativas. En este último terreno, el hito más relevante ha sido la aprobación de los arts. 87 a 91 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPD) –norma legal mediante la que se pretende la adaptación al Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE–. Estos preceptos legales han reconocido la facultad empresarial de realizar el control de la actividad laboral a través de dispositivos digitales, geolocalización y videovigilancia. Directamente, por tanto, el legislador ha admitido posibles limitaciones a los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. Sin embargo, lo que ya no ha acabado de concretar con precisión son los parámetros a aplicar para determinar si esas restricciones son conformes a Derecho.

Precisamente, sobre este último aspecto se centrará el análisis que sigue. En él, con carácter transversal para los diversos medios tecnológicos de vigilancia, tratará de determinarse cuál es en la actualidad el canon de enjuiciamiento común a aplicar a ese control empresarial a efectos de decidir si es o no legítimo, esto es, si es o no respetuoso con los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, y en consecuencia, si la

¹ SSTC 92/1992, de 11 de junio, FJ 3; 57/1999, de 12 de abril, FJ 8; 107/2000, de 5 de mayo, FJ 7; 241/2012, de 17 de diciembre, FJ 4; 39/2016, de 3 de marzo, FJ 4.

prueba que de él derive podrá o no ser válida para acreditar eventuales incumplimientos laborales que pudieran detectarse (arts. 11.1 LOPJ y 90.2 LJS). Para ello, a partir de los problemas previos, la pretensión principal es reflexionar sobre las nuevas controversias interpretativas que la llegada de la LOPD y su aplicación judicial están suscitando en el conflicto de derechos señalado, con particular atención a la incidencia que sobre la validez de esa vigilancia ejercen las deficiencias en la previa información de dicho control.

2. El canon de enjuiciamiento sobre el control tecnológico empresarial

A día de hoy, dado el valor interpretativo que los pronunciamientos de los Tribunales supranacionales tienen sobre nuestros derechos fundamentales (art. 10.2 CE), el canon de enjuiciamiento sobre la “tecnovigilancia” empresarial viene determinado, no sólo por lo establecido a nivel interno y, en particular, por nuestro Tribunal Constitucional, sino también, entre otros, por las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya doctrina al respecto se ha establecido en los últimos años, fundamentalmente, a través de dos conocidos pronunciamientos: por un lado, la STEDH Bărbulescu II, de 5 de septiembre de 2017, dictada en materia de monitorización de ordenadores, y por otro, como complemento de la anterior, la STEDH López Ribalda II, de 17 de octubre de 2019, emitida en un supuesto de videovigilancia. A partir de este bloque jurisprudencial es posible dejar sentadas dos ideas iniciales que resultan básicas en el análisis.

2.1. Irrelevancia de la finalidad inicial del medio de control

La primera idea es que, tras la STEDH Bărbulescu II, queda confirmado que el canon de enjuiciamiento a aplicar es el mismo con independencia de la finalidad originaria del instrumento de control.

Obviamente, ese canon se aplica cuando la fiscalización se realiza a través de instrumentos instalados directamente para vigilar: es el caso de las videocámaras, y por lo general, aunque pueda tener otras prestaciones, también de los geolocalizadores.

Pero, además, ese mismo canon de enjuiciamiento se va a aplicar al control que recae sobre instrumentos que en principio se proporcionan por los empresarios como meras herramientas de trabajo: es el caso de los dispositivos digitales –ordenadores y análogos–. También la vigilancia empresarial sobre ellos queda sujeta a límites. De este modo, restricciones que el empresario no tiene para inspeccionar otro tipo de maquinaria o para inspeccionar documentación elaborada por los trabajadores en formato papel, sin embargo, cuando esa misma documentación está en un ordenador, entonces el empresario ve recortada su facultad de control. Necesariamente cabe preguntarse por la razón de esta diferencia. Pues bien, seguramente, esto es así porque se presume que los trabajadores pueden utilizar estas herramientas de trabajo con fines privados, de modo que en el espacio del ordenador no sólo se halle información laboral, sino también perso-

nal. En ocasiones, ese uso privado será lícito porque así se haya tolerado o admitido por la empresa. Pero incluso aunque haya mediado una prohibición expresa de uso privado y este sea por tanto ilícito, también ahí el control empresarial queda sujeto a restricciones.

Esta es una conclusión derivada de la STEDH *Bărbulescu II*, que en su momento resultó fundamental a nivel interno, dado que venía a corregir o matizar de forma considerable lo hasta entonces dicho por nuestro Tribunal Constitucional en sus SSTC 241/2012, de 17 de diciembre, y 170/2013, de 7 de octubre. En estos pronunciamientos se había mantenido que si en la empresa regía una prohibición expresa de uso privado de los dispositivos digitales, los trabajadores carecían de una expectativa de privacidad y de confidencialidad sobre la información allí contenida, pues esa prohibición llevaba implícita la facultad del empresario de controlar la utilización de tales herramientas, de ahí que se considerara un ámbito que quedaba fuera de la protección del derecho a la intimidad y, también, del derecho al secreto de las comunicaciones, pues se entendía que ese canal de comunicación no era cerrado, sino abierto a la posible fiscalización empresarial. Esta idea, sin embargo, pese a que se sigue deslizando en algunas sentencias de nuestros tribunales ordinarios², parece difícil de mantener tras la STEDH *Bărbulescu II*. En esta Sentencia, el Tribunal Europeo señaló que las instrucciones de la empresa no anulan estos derechos de las personas trabajadoras y que, aunque hubiera habido prohibición de uso personal de los ordenadores de la empresa, el control empresarial se hallaba limitado y sólo sería legítimo si superaba una serie de garantías y exigencias.

En consecuencia, y como se ha apuntado al inicio, esta aportación jurisprudencial implica que, a día de hoy, el canon de enjuiciamiento resulte común, con independencia de la finalidad inicial del instrumento mediante el que se materialice el control tecnológico empresarial –esto es, sea o no una herramienta de trabajo–.

2.2. *Parámetros integrantes*

Con relación a esas garantías y exigencias que actúan como límite, la segunda idea que se confirma tras la STEDH *Bărbulescu II* es que el canon de enjuiciamiento a aplicar al control tecnológico empresarial para medir si es o no legítimo queda configurado o compuesto por dos elementos.

a) El primero es el clásico principio de proporcionalidad, que desde siempre ha sido el criterio utilizado por nuestro Tribunal Constitucional, y que se integra por diversos ítems que, con independencia de cómo los sistematice y denomine el TEDH, en esencia vienen a coincidir con los mismos juicios tradicionalmente exigidos por la jurisprudencia constitucional interna para estimar que una medida de control empresarial, limitativa de derechos fundamentales de los trabajadores, resulta legítima: esto es, que esa medida empresarial esté justificada por un interés legítimo; que sea idónea para

² SSTS de 8 de febrero de 2018 (Rº. 1121/2015, Sala de lo Social); de 15 de septiembre de 2020 (Rº. 528/2018, Sala de lo Social); STSJ de C. Valenciana, de 3 de febrero de 2021 (Rº. 2159/2020).

conseguir el objetivo propuesto; que supere el juicio de necesidad, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para conseguir el propósito buscado con igual eficacia; y, finalmente, que la medida sea ponderada o equilibrada, es decir, que el grado de intrusión o restricción del derecho fundamental no haya ido objetiva y temporalmente más allá de lo estrictamente necesario en atención a la razón que motivó el control –básicamente, que no se acceda a más contenidos o datos de los imprescindibles, o no se extienda el control durante más tiempo del indispensable–³.

Curiosamente, a salvo de una mínima mención realizada respecto a la grabación de sonidos, los arts. 87, 89 y 90 LOPD no hacen ninguna referencia al principio de proporcionalidad⁴. No obstante, pese a ese silencio legal, no hay duda de su aplicación, y de hecho, como después se constatará, sigue constituyendo el principal canon para medir la legitimidad del control empresarial.

b) Pero junto al anterior y sobradamente conocido principio, desde la STEDH *Bărbulescu II* también se deja claro que, de forma adicional, el enjuiciamiento de la legitimidad de la vigilancia empresarial debe además atender a un segundo elemento para apreciar su validez: se trata de constatar que, con carácter previo a su aplicación, la empresa ha informado a las personas trabajadoras sobre la existencia de medidas de control tecnológico –en su caso, posible monitorización de ordenadores, y/o instalación de cámaras y geolocalizadores–, así como su alcance.

En su momento, esta aportación de la jurisprudencia europea también resultó muy relevante puesto que, hasta entonces, nuestro Tribunal Supremo y nuestro Tribunal Constitucional habían seguido una línea zigzagueante respecto a la exigencia de este requisito en la validez de la vigilancia laboral⁵. Desde la STEDH *Bărbulescu II* queda ya

³ Por todas, SSTC 186/2000, de 10 de julio; 39/2016, de 3 de marzo.

⁴ En cambio, respecto al trabajo a distancia, la Ley 10/2021 sí hace mención a “los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad” como límite al control de la prestación laboral mediante dispositivos automáticos y telemáticos (art. 17.1).

⁵ Así, respecto a la inspección de ordenadores, y con relación a los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, el *iter* jurisprudencial había sido el siguiente. De inicio, la STS de 26 de septiembre de 2007 (Rº. 966/2006, Sala de lo Social) –reiterada por la STS de 8 de marzo de 2011 (Rº. 1826/2010)–, supeditó la validez de la vigilancia a que la empresa hubiera informado previamente, no sólo de las reglas de uso de los medios informáticos, sino también de los posibles controles empresariales a realizar para comprobar su correcta utilización. En cambio, la STS de 6 de octubre de 2011 (Rº. 4053/2010, Sala de lo Social), señaló que la legitimidad de la medida empresarial sólo requería que la empresa hubiera informado previamente sobre la prohibición de uso personal de los medios informáticos puestos a disposición de los trabajadores, sin necesidad de que hubiera también advertido de los eventuales controles a realizar. Este último criterio es el que después se reflejó en las ya citadas SSTC 241/2012 y 170/2013.

Con relación a medidas de audio y videovigilancia laboral, las SSTC 98/2000, de 10 de abril, y 186/2000, de 10 de julio, adoptaron como canon de control de constitucionalidad el del principio de proporcionalidad para enjuiciar su adecuación al derecho a la intimidad, declarándose en la segunda de estas sentencias la irrelevancia constitucional de no haber comunicado su instalación a los trabajadores y sus representantes. Ya con relación al derecho a la protección de datos, se partía de que el contenido de este derecho exige informar a los interesados, pero mientras la STC 29/2013, de 11 de febrero, no consideró suficiente el cartel anunciador de las cámaras y exigió como requisito de validez haber comunicado previamente a los trabajadores sus posibles efectos disciplinarios, sin hacer ninguna otra ponderación, la STC 39/2016, de 3

claro que, en el canon de enjuiciamiento del control empresarial, no sólo se incluye la superación del principio de proporcionalidad, sino que también ha de atenderse a si la empresa ha cumplido con esa exigencia de información previa.

Este segundo componente del canon de enjuiciamiento, relativamente más novedoso, es objeto de atención más detenida en los siguientes epígrafes. Tal interés se justifica por dos razones. La primera porque examinar el tratamiento dado por la LOPD a este requisito en cada uno de los tres medios de control tecnológico regulados en esta Ley –dispositivos digitales, geolocalización y videovigilancia– puede servir de hilo conductor para realizar un repaso general al régimen jurídico previsto por el legislador para cada uno de estos instrumentos de vigilancia. El segundo motivo para profundizar en esta exigencia responde a que, probablemente, es uno de los aspectos que más problemas está provocando o va a provocar en la práctica judicial en la materia: por una parte, por las insuficiencias o deficiencias técnicas de su regulación legal, y por otra parte, porque, paradójicamente, después de estar años reivindicando una normativa específica que regulara el control tecnológico en el ámbito de las relaciones laborales, ahora que ya la tenemos surge el problema de determinar la articulación entre ese plano legal y el plano constitucional.

En consecuencia, en las líneas que siguen se procederá al examen de los siguientes puntos. En primer lugar, se aludirá a la regulación legal del requisito de información previa en cada uno de los tres medios de control tecnológico regulados en la LOPD, haciendo especial referencia a los interrogantes que su interpretación plantea. Seguidamente, se analizarán las consecuencias de su incumplimiento para, en concreto, determinar si toda infracción legal respecto a esa exigencia constituye o no una vulneración constitucional de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, y por tanto, si toda inobservancia total o parcial de ese régimen legal del requisito de información previa va a conllevar o no la nulidad de la prueba derivada.

3. El requisito de información previa en la LOPD

En nuestra legislación interna, la LOPD aborda el deber de información sobre el tratamiento de datos personales a un doble nivel: por un lado, contiene una regulación general para cualquier ámbito; y por otro lado, y en lo que aquí interesa, incluye previsiones específicas cuando regula las garantías de los derechos digitales en el ámbito laboral.

a) Respecto a la primera, la normativa general sobre protección de datos personales regula ese deber de información en los términos establecidos en los arts. 11 y 22.4 LOPD y en los arts. 12 a 14 Reglamento [UE] 2016/679. Tales preceptos imponen que, cuando los datos personales sean obtenidos de los interesados, dicha información ha de

de marzo, por el contrario, sí consideró bastante el distintivo informativo, y aunque no hubiera mediado información previa de sus fines sancionadores, admitió que la videovigilancia laboral no vulneraba dicho derecho *ex art.* 18.4 CE, y además consideró respetado el derecho a la intimidad tras constatar la superación del juicio de proporcionalidad.

facilitarse “en el momento en que estos se obtengan”, admitiéndose que, cuando no son obtenidos del interesado, la información podrá proporcionarse con posterioridad en los márgenes del art. 14.3 del Reglamento comunitario. Asimismo, esa normativa exige incluir en la información una serie de indicaciones, entre las que se encuentra la de expresar la finalidad del tratamiento.

A efectos de consideraciones posteriores, respecto a esta última indicación es importante señalar que, de acuerdo también con esa normativa general, los fines de la recogida de datos deben ser “determinados, explícitos y legítimos”, y como regla general queda vedado que, con posterioridad, esos datos sean tratados “de manera incompatible con dichos fines” (art. 5.1.b Reglamento [UE] 2016/679⁶). Ciertamente es que, conforme al vigente tenor, no se prohíbe todo tratamiento para finalidad distinta, sino para finalidad incompatible. Se trata, no obstante, de una frontera de difícil delimitación, que no siempre encuentra claro reflejo en nuestra práctica judicial interna⁷. No hay que olvidar que, en diversos pronunciamientos, el Tribunal Constitucional ha afirmado que el derecho a la protección de datos personales comprende “la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención”⁸. En todo caso, el propio Reglamento [UE] 2016/679 ofrece algunos criterios a considerar para determinar la posible compatibilidad entre finalidades diferentes (art. 6.4), y entre ellos, en el ámbito laboral cobra especial importancia el referido a “las posibles consecuencias para los interesados del tratamiento ulterior previsto”. En tal sentido, desde la perspectiva de las personas trabajadoras, piénsese en la relevancia de los efectos sancionadores derivados de un uso con fines de control laboral *ex* art. 20.3 ET cuando en un principio se informó para finalidad diferente, siendo evidentes las consecuencias perjudiciales que para los interesados se desencadenan a partir de esa nueva finalidad –ello, al margen de que cuanto más se aleja el tratamiento de la finalidad inicial más se desvirtúa la exigencia de informar del fin determinado y explícito del tratamiento, si bien, los arts. 13.3 y 14.4 Reglamento [UE] 2016/679 ordenan que si se procede al tratamiento ulterior de datos personales “para un fin que no sea aquel para el que se recogieron”, habrá de proporcionarse información al interesado sobre ese otro fin “con anterioridad a dicho tratamiento ulterior”–.

b) En todo caso, respecto a ese ámbito de las relaciones laborales, la regulación específica contenida en los arts. 87, 89 y 90 LOPD incorpora previsiones particulares relativas al deber empresarial de información.

Con relación a ese régimen legal propio, lo primero que llama la atención en la LOPD es el distinto alcance que, como seguidamente se verá, el legislador ha dado al requisito de información previa en cada uno de los tres medios de control tecnológico regulados, sin que se acabe de esclarecer el carácter complementario o no que tienen las reglas generales respecto a cada una de esas regulaciones específicas.

⁶ Cfr. art. 72.1.d) LOPD.

⁷ *Vid.* SAN de 22 de febrero de 2019 (Rº. 372/2017, Sala de lo Contencioso-administrativo).

⁸ STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 5; o SSTC 58/2018, de 4 de junio, FJ 5; 76/2019, de 22 de mayo, FJ 6.

3.1. Alcance en el control sobre dispositivos digitales

Cuando se trata de la inspección de ordenadores o dispositivos similares facilitados por la empresa, el art. 87 LOPD sólo alude a la obligación empresarial de “establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales”, en los términos expresados en su apartado 3. De esta expresión se deduce que el legislador impone al empresario informar sobre la política de uso de los dispositivos digitales que rige en la empresa, es decir, si su uso está absolutamente prohibido para fines personales de los trabajadores –opción que, frente a opiniones contrarias⁹, a mi juicio resulta jurídicamente posible¹⁰– o si, por el contrario, el empresario apuesta por la alternativa opuesta de permitir su utilización para fines privados. En este último caso, lo único que añade el precepto es que se precisen esos usos autorizados y se establezcan garantías en favor de la intimidad de los trabajadores, como, en particular, que se determinen los períodos en que ese uso personal se tolera.

A mi juicio, y aunque tampoco constituya cuestión pacífica¹¹, el tenor del precepto legal no explicita la exigencia de que la empresa proporcione información previa a las personas trabajadoras sobre el control a través de dispositivos digitales y su alcance¹². Cabría, no obstante, plantearse si tal obligación pudiera derivar de la normativa general sobre protección de datos personales. Ahora bien, para alcanzar una respuesta afirmativa a tal cuestión, previamente habrían de superarse ciertos obstáculos.

De entrada, habría de admitirse que el tenor del art. 87 LOPD –con referencia exclusiva al derecho a la intimidad– y la letra del art. 2.1 LOPD –con mención únicamente a la aplicación de sus Títulos I a IX y sus arts. “89 a 94” al tratamiento de datos personales– no imposibilitan la proyección de la normativa general de esta Ley al uso de los dispositivos digitales. A mi juicio, la literalidad de estas previsiones no impediría tal proyección desde el momento en que el acceso a esas herramientas informáticas implique el tratamiento de datos personales, premisa esta que ha venido siendo tradicionalmente admitida por el, en su momento, denominado Grupo de Trabajo del art. 29 de la Directiva 95/46/CE¹³. En tal sentido actuaría también el posterior art. 17.1 Ley 10/2021, que,

⁹ Vid. ORELLANA CANO, A.M., *El derecho a la protección de datos personales como garantía de la privacidad de los trabajadores*, Aranzadi, Navarra, 2019, p. 170; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Participación de los representantes de los trabajadores en el tratamiento de datos personales: derechos de información y consulta”, *Jurisdicción social. Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, nº 197, 2019, p. 48.

¹⁰ Respecto al razonamiento de esta afirmación, me remito a lo expuesto con más detalle en GARCÍA RUBIO, M.A., “El control sobre el uso de los ordenadores puestos a disposición de los trabajadores”, en TALÉNS VISCONTI, E.E. y VALLS GENOVAR, M.A. (Dir.), *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral. Aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba*, Bosch Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 150-151.

¹¹ Vid. BAZ RODRÍGUEZ, J., “La Ley Orgánica 3/2018 como marco embrionario de garantía de los derechos digitales laborales. Claves para un análisis sistemático”, *Trabajo y Derecho* nº 54/2019, smarteca, p. 12.

¹² Vid. SERRANO OLIVARES, R., “Los derechos digitales en el ámbito laboral: comentario de urgencia a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, *IUSLabor* 3/2018, p. 220.

¹³ En su Dictamen 8/2001 (WP48), sobre el tratamiento de datos personales en el contexto laboral, afirmó que la monitorización por el empresario del correo electrónico de los trabajadores o del acceso a internet

dentro del capítulo dedicado a los “derechos de las personas trabajadoras a distancia”, señala que “la utilización de los medios telemáticos y el control de la prestación laboral mediante dispositivos automáticos garantizará adecuadamente el derecho a la intimidad y a la protección de datos, en los términos previstos en la Ley Orgánica 3/2018”. Sucede, sin embargo, que tras la LOPD se ha afirmado por parte de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) que, a la vista de los comentados preceptos de esta Ley y con relación a su Título X, “el propio legislador está reconociendo que solo en los casos de los artículos 89 a 94 nos encontraríamos ante tratamientos de datos de carácter personal y, por ende, en el ámbito competencial de la AEPD”, habiendo explicitado que entre los derechos que considera “completamente ajenos a las competencias de la AEPD al no guardar relación con la protección de datos personales” se incluye el “derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral (Artículo 87)”¹⁴.

Con todo, aun cuando, en virtud de lo dicho, se admita la aplicación de la normativa general sobre protección de datos al acceso a los dispositivos digitales, la exigencia de información sobre el control “en el momento en que estos se obtengan” –y no en márgenes posteriores– requeriría admitir la interpretación de que tales datos personales se obtienen de los interesados, lectura esta que parece podría encontrar cobertura en lo que el citado Grupo de Trabajo del art. 29 denomina datos obtenidos del interesado “mediante observación” (art. 13 Reglamento [UE] 2016/679)¹⁵. Desde la hipótesis de partida, tal premisa, como se indica, obligaría a informar del tratamiento de datos personales “en el momento en que estos se obtengan”, expresión distinta a la contenida en el antiguo art. 5.1 L.O.

queda dentro de la tutela del derecho a la protección de datos. Tal dictamen se completó por dicho Grupo del art. 29 con el Documento de trabajo relativo a las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo (WP55) de 2002, y mediante el Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo.

Por su parte, la Agencia Española de Protección de Datos también ha confirmado este criterio: *v.gr.* Resolución R/02615/2010 –información sobre accesos a internet–; Informe 0437/2010 –dirección de correo electrónico corporativo–; Resolución E/04495/2012 –datos derivados de controles sobre ordenador y correo electrónico–.

En la doctrina científica, GOÑI SEIN, J.L., “Uso de los dispositivos digitales en el ámbito laboral”, *Trabajo y Derecho* nº 11/2020, smarteca, pp. 20-22, integra el art. 87.3 LOPD con el Reglamento [UE] 2016/679 y, en particular, con las exigencias de información previstas en sus arts. 13 y 14. También NAVARRO NIETO, F., “Facultades empresariales y garantías del trabajador en relación con el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social* nº 148, 2021, p. 252, afirma que la escueta referencia del párrafo 3º del art. 87.3 LOPD al derecho a la información de los trabajadores “debe ser interpretada en su alcance conforme al deber de transparencia delimitado normativamente (art. 5 RGPD)”, aplicando analógicamente las exigencias informativas previstas para otros medios de control en los arts. 89.1 y 90.2 LOPD.

¹⁴ Resolución de 22 de enero de 2021 en el procedimiento E/00377/2020. Asimismo, *vid.* Resoluciones de 12 y 21 de agosto de 2020 en el procedimiento E/10250/2019.

¹⁵ De acuerdo con las “Directrices sobre la transparencia en virtud del Reglamento (UE) 2016/679” (WP260 rev.01, revisión de 11 de abril de 2018), el art. 13 del Reglamento [UE] 2016/679 se aplica a la situación en la que los datos se obtienen del interesado, lo que entiende incluye los datos personales que “un responsable del tratamiento obtiene de un interesado mediante observación (p. ej., utilizando dispositivos automáticos de captura de datos o programas informáticos de captura de datos, como por ejemplo cámaras, equipos de red, localización por wifi, RFID u otros tipos de sensores)”.

15/1999 y que para entender que impone la información “previa” requeriría interpretar que, más allá de la simultaneidad, exige su comunicación antes de iniciarse la recogida de datos, conforme en algún momento ha admitido la AEPD¹⁶. En todo caso, y llegados a este punto, la aceptación de la aplicación de la normativa general de protección de datos sí impondría que tal información debiera contener todas las indicaciones requeridas por aquélla, incluida la de comunicar la finalidad del tratamiento –conforme al art. 87.2 LOPD, sólo la de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o la de garantizar la integridad de dichos dispositivos–, rigiendo por tanto el comentado principio de limitación de la finalidad.

Sin duda, tantos obstáculos a superar y tantas premisas a aceptar no se avienen bien con la seguridad jurídica. En cualquier caso, pese a esa ambigüedad del régimen legal respecto al deber de la empresa de informar previamente a los trabajadores sobre la fiscalización mediante dispositivos digitales, lo cierto es que, si nos situamos en el plano constitucional de legitimidad de ese control, necesariamente ha de aconsejarse a las empresas que proporcionen dicha información previa, pues, a la vista de lo dicho en la STEDH *Bărbulescu II* y las apreciaciones que luego se efectuarán, se trata de un requisito que, si no absolutamente decisivo, en la práctica judicial sí se considera de enorme importancia para apreciar que la inspección empresarial resulta respetuosa con los derechos fundamentales de las personas trabajadoras¹⁷.

3.2. Alcance en el control mediante geolocalización

Frente a la regulación minimalista –o cuando menos, ambigua– del requisito de información previa en los dispositivos digitales, en el extremo opuesto se sitúa la regulación dada por la LOPD respecto a la admitida posibilidad de control laboral mediante geolocalización.

a) En este caso, el art. 90.2 LOPD sí impone explícitamente a la empresa que, de forma expresa, clara e inequívoca, informe con carácter “previo” a los trabajadores y sus representantes respecto a “la existencia y características” de los geolocalizadores, debiendo indicarles también el posible ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión. Además, aun cuando esta cuestión también ha sido foco de conflicto¹⁸, considero que, pese a no explicitarse en el precepto, esa infor-

¹⁶ De acuerdo con su “Guía para el cumplimiento del deber de informar” de 2018, si los datos se obtienen del interesado, la información se le debe facilitar “en el momento en que se soliciten los datos, previamente a la recogida o registro”.

¹⁷ STS de 8 de febrero de 2018 (Rº. 1121/2015, Sala de lo Social); SSTSJ de Andalucía/Granada, de 21 de enero de 2021 (Rº. 1411/2020); Madrid, de 30 de junio de 2021 (Rº. 428/2021).

¹⁸ En favor de que el tenor del art. 90.2 LOPD no impone informar a los trabajadores sobre la finalidad de control laboral de los dispositivos de geolocalización, *vid.* AGUILERA IZQUIERDO, R., “El derecho a la protección de datos en el ámbito laboral. Los sistemas de videovigilancia y geolocalización”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* nº 442, 2020, pp. 130-131; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., “La geolocalización como mecanismo de control laboral: alcance y límites de una controvertida herramienta del poder directivo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* nº 452, 2020, pp. 37-38.

mación debe incluir todas las menciones exigidas por la normativa general de protección de datos (art. 11 LOPD y arts. 13 y 14 Reglamento [UE] 2016/679)¹⁹. Por tanto, ello supone que, entre otras indicaciones, también aquí la empresa debe precisar la finalidad a la que va a destinarse ese tratamiento de datos obtenidos mediante los dispositivos de geolocalización –en su caso, su utilización con fines de control laboral *ex art. 20.3 ET*–, rigiendo igualmente el indicado principio de limitación de la finalidad²⁰.

En definitiva, de lo dicho se infiere que, con relación a la geolocalización, el art. 90.2 LOPD impone al empresario una información previa y completa, que además se establece con carácter absoluto, pues el precepto no prevé ningún supuesto de excepción o atenuación –ni siquiera contempla la del hallazgo casual, que, como luego se verá, sí se admite en el caso de la videovigilancia–.

b) A partir de las anteriores afirmaciones cabe plantearse si, ante ese nuevo régimen legal, es posible seguir aplicando el criterio jurisprudencial que, con relación a hechos anteriores a la LOPD, ha mantenido el Tribunal Supremo en materia de geolocalización.

En concreto, en su STS de 15 de septiembre de 2020 (R.º 528/2018, Sala de lo Social) se enjuició el supuesto de una trabajadora a la que la empresa había facilitado un vehículo para utilizarlo exclusivamente durante la jornada laboral. La empresa le había informado de que el vehículo tenía instalado un geolocalizador, indicándole que su finalidad era la de “garantizar la seguridad y coordinación de los trabajos”. Sin embargo, con posterioridad, ese dispositivo de geolocalización permitió a la empresa constatar que el vehículo era usado fuera de la jornada laboral e incluso en períodos de baja por incapacidad temporal, de modo que, como consecuencia de esta constatación, se procedió al despido de la trabajadora. Pues bien, pese a que finalmente el geolocalizador instalado fue usado con tales fines disciplinarios, el Tribunal Supremo corrige el criterio de la sentencia de suplicación y aprecia la validez de la prueba aportada por la empresa²¹.

Respecto a esta decisión judicial, en el plano estrictamente legal cabría valorar la adecuación de la decisión empresarial al comentado principio de limitación de la

¹⁹ Vid. BAZ RODRÍGUEZ, J., “La Ley...”, cit., pp. 23-24; ALEGRE NUENO, M., “La utilización de sistemas de geolocalización para controlar la actividad laboral”, en TALÉNS VISCONTI, E.E. y VALLS GENOVARD, M.A. (Dir.), *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral. Aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba*, Bosch Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 182-186.

²⁰ Vid. SERRANO OLIVARES, R., “Los derechos...”, cit., p. 225; RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “Utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social* n.º 148, 2021, pp. 294, 301-302.

²¹ Según indica el Tribunal Supremo, “No podemos compartir las conclusiones de la sentencia recurrida respecto de que ese control excede a la finalidad del dispositivo de localización. La seguridad del vehículo –y la responsabilidad civil que pudiera aparejarse de un quebranto de la misma– sigue hallándose en la esfera de las obligaciones de la empresa, como titular del mismo, fuera de la jornada de trabajo. [...] En suma, la trabajadora conocía que el vehículo no podía ser utilizado fuera de la jornada laboral y, junto a ello, que el mismo estaba localizable a través del receptor GPS. De ahí que no apreciamos ninguna invasión en sus derechos fundamentales con la constatación de los datos de geolocalización que permiten ver que el indicado vehículo es utilizado desobedeciendo las instrucciones de la empresa en momentos en que no existía prestación de servicios. Había conocimiento previo y no se aprecia invasión de la esfera privada de la trabajadora, al afectar exclusivamente a la ubicación y movimiento del vehículo...”.

finalidad del tratamiento de datos, pudiendo plantearse, por lo antes dicho, si los fines informados son compatibles con la finalidad de control y consiguientes efectos sancionadores posteriormente aplicados. Si tal adecuación ya podía ser puesta en cuestión bajo la normativa previa, con mayor razón ahora, contando ya con una regulación específica para las relaciones laborales, cabe preguntarse si esa separación de la finalidad informada resulta realmente conforme al régimen legal establecido por el art. 90 LOPD, que, como se ha dicho, no ha dispuesto ninguna atenuación respecto a las exigencias vinculadas al requisito de información previa²².

Ahora bien, como antes se avanzaba, otra cosa es que nos situemos en el plano constitucional y nos planteemos si ese eventual incumplimiento legal –en este caso, una desviación de la finalidad informada– va a determinar en todo caso que el control empresarial se considere lesivo de los derechos fundamentales de los trabajadores o si, por el contrario, todavía habría posibilidad de apreciar su legitimidad, como sucede en la Sentencia referida.

Esta última es una cuestión que, aun en relación con otro medio de control distinto –grabaciones de audio– y también en el contexto de la normativa previa, subyacía en un supuesto recientemente enjuiciado por la STC 160/2021, de 4 de octubre, en el que asimismo se alegaba que ese instrumento –y el consiguiente tratamiento de datos– había sido utilizado con unos fines disciplinarios de despido, distintos a los que inicialmente se habían comunicado e incluso pactado con los representantes de los trabajadores²³. Al amparo de los hechos, sin embargo, el Tribunal Constitucional evita abordar esta cuestión²⁴, por lo que, de momento, nos hemos quedado sin conocer su actual criterio

²² Respecto a hechos acaecidos ya bajo la vigencia de la LOPD, las SSTSJ de Cataluña, de 28 de octubre de 2020 (Rº. 1354/2020); Madrid, de 21 de abril de 2021 (Rº. 144/2021), han dado validez a la prueba obtenida de dispositivos de geolocalización a efectos de acreditar decisiones empresariales disciplinarias, en supuestos en que constaba que la persona trabajadora había sido informada de su utilización con fines de control laboral. Desde otra óptica, la STSJ de Cataluña de 17 de febrero de 2021 (Rº. 4700/2020) considera aplicable analógicamente la atenuación establecida en el art. 89.1 LOPD para supuestos de captación de comisión flagrante de acto ilícito, y en un caso en que sí había mediado información previa al trabajador de la instalación del dispositivo de geolocalización, admite en tales situaciones un menor rigor en el deber de información.

Por su parte, la Resolución de la AEPD de 24 de septiembre de 2020, en el procedimiento PS/00124/2019, relativo a un empleado municipal, considera vulnerado el art. 5.1.b) Reglamento [UE] 2016/679, por cuanto los datos de geolocalización se utilizaron con fines de control laboral cuando se habían informado para fines de gestión y coordinación de patrullas y agentes.

²³ En este supuesto enjuiciado en la STC 160/2021, si bien los trabajadores –asesores comerciales telefónicos– habían sido informados de que sus conversaciones con los clientes podían ser objeto de grabación, constaba un acuerdo con los representantes de los trabajadores en que la empresa había pactado que dichas grabaciones sólo tenían como fin detectar insuficiencias de los empleados al objeto de proporcionarles la formación necesaria, pero que en ningún caso se utilizarían con fines disciplinarios. Sin embargo, constatadas ciertas deficiencias en la prestación de uno de los trabajadores a través de estas grabaciones, la empresa le facilitó indicaciones sobre el modo en que debía realizar el trabajo, pero, no apreciando mejora, finalmente le despidió.

²⁴ Habiendo alegado el trabajador vulneración de su derecho a la protección de datos personales, esta STC 160/2021 desestima el amparo por considerar que las grabaciones sí se habían utilizado inicialmente con los

respecto a la incidencia que un uso desviado de la finalidad informada tiene sobre el respeto al derecho de protección de datos personales y, en definitiva, sobre la validez de la actuación empresarial²⁵.

Nos encontramos, por tanto, ante un interrogante abierto, sobre el que en breve volveremos. Previamente, interesa concluir el régimen legal que en materia de información previa ha establecido la LOPD respecto al último instrumento de control que resta por analizar —la videovigilancia—.

3.3. Alcance en el control mediante videovigilancia

Entre la exigencia indefinida o difusa en los dispositivos digitales y la máxima en la geolocalización, la regulación legal de la información previa respecto a la instalación de la videovigilancia se sitúa en una posición intermedia, por la vía de diferenciar en el art. 89.1 LOPD dos supuestos distintos, con niveles de imposición diferentes.

a) Por un lado, en su primer párrafo, el precepto regula la instalación de cámaras con fines de control laboral *ex art.* 20.3 ET²⁶. Cuando se trata de la grabación de imáge-

fines de calidad y formación anunciados y que, en realidad, el despido se había producido por la persistente renuencia del trabajador a cumplir las indicaciones empresariales, de ahí que, según la Sentencia, la determinación de si esta sanción es o no compatible con el pacto alcanzado constituía una cuestión que ya era ajena al contenido del derecho fundamental. Tal es la respuesta del Tribunal Constitucional, pese a que, inicialmente, la especial transcendencia constitucional apreciada para admitir el recurso de amparo había sido la de “determinar la relevancia que para la configuración del derecho a la protección de datos del carácter personal (artículo 18.4 CE) tienen las condiciones pactadas entre las partes respecto del uso de los datos de carácter personal obtenidos mediante estas grabaciones”. Tampoco explica la fundamentación cómo se constató la reiteración de incumplimientos del trabajador.

Un comentario de esta Sentencia, con referencia al uso opuesto al informado realizado por la empresa y la posible vulneración de los arts. 5 y 6.4 Reglamento [UE] 2016/679, puede verse en MOLINA NAVARRETE, C., “Eficacia de gestión versus protección de datos: ¿reactividad jurisdiccional a la «inflación de derechos humanos» (en el trabajo)? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 160/2021, de 4 de octubre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* nº 465, 2021, pp. 109-122. También, *vid.* MERCADER UGUINA, J.R., “Nuevas señales y paradojas de la protección de datos en la reciente doctrina de los Tribunales y de la Agencia Española de Protección de Datos”, *Trabajo y Derecho* nº 85/2022, smarteca, pp. 20-21.

²⁵ Como ya se ha visto en una nota previa, recordemos que, respecto a la información de la finalidad del tratamiento de datos, la jurisprudencia constitucional previa había mostrado disparidad de criterios en las SSTC 29/2013 y 39/2016.

²⁶ Sobre la admisión legal de esta finalidad, ALTÉS TÁRREGA, J.A., “La videovigilancia encubierta en la nueva regulación sobre derechos digitales laborales y la incidencia de la STEDH López Ribalda II”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 55, 2020, pp. 335 y ss; LAHERA FORTEZA, J., “Videovigilancia laboral y grabación de sonidos en el lugar de trabajo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social* nº 148, 2021, p. 266. *Vid.* asimismo la sistematización de supuestos previstos en el art. 89.1 LOPD que realiza la STSJ de Galicia, de 15 de febrero de 2021 (Rº. 4586/2020).

En cambio, una posición más restrictiva mantiene BAZ RODRÍGUEZ, J., “La Ley...”, *cit.*, pp. 13-14, para quien “el artículo 89 LOPDP-GDD no ha venido, desde luego, a legitimar el control directo de la actividad laboral a través de técnicas de videovigilancia, sino únicamente a establecer límites al control indirecto de la misma que se pueda derivar de establecimiento de medidas de videovigilancia justificadas en atención a la exclusiva finalidad de proteger la seguridad de las personas, bienes e instalaciones existentes en la empresa”.

nes²⁷, esta es una posibilidad expresamente admitida por la norma²⁸. Ciertamente es que, cuanto más nos alejamos de fines de seguridad, más dificultades tendrá la empresa para justificar la medida de control y superar el principio de proporcionalidad²⁹, dado que, en atención a esta exigencia, no podemos convertir los centros de trabajo en ámbitos abiertos a la libre e indiscriminada grabación continua³⁰. Como siempre, habrá que valorar en cada caso la adecuación de la medida empresarial. Pero si finalmente se instalan estas cámaras, lo que sí impone el art. 89.1 LOPD a las empresas es que, de forma expresa, clara y concisa, proporcionen información “previa” a los trabajadores y sus representantes “acerca de esta medida”. Pese a la ambigüedad de esta última expresión –a diferencia del art. 90.1 LODP, ni siquiera alude a “la existencia y características” del dispositivo–, también aquí considero que, en este primer supuesto, se requiere una información completa, con las exigencias requeridas por la normativa general de protección de datos, incluida la referencia a la finalidad del tratamiento, lo que en este caso implica indicar que la videovigilancia está dirigida al control laboral, con los posibles efectos sancionadores que pueden derivar³¹.

Esta es una importante diferencia respecto al segundo supuesto contemplado en el segundo párrafo del art. 89.1 LOPD, referido a los casos en que las empresas instalan cámaras de videovigilancia con fines de seguridad, esto es, dirigidas a preservar las personas, bienes e instalaciones. De acuerdo con la normativa general, para entender cumplido el requisito de información respecto a este tipo de videovigilancia basta con colocar en un lugar visible el dispositivo general que anuncia la existencia de cámaras –esto es,

²⁷ Obsérvese la diferencia de redacción con el art. 89.3 LOPD, que respecto a la grabación de sonidos en el lugar de trabajo indica que “se admitirá únicamente cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo...”.

²⁸ Ahora bien, de acuerdo con el art. 89.2 LOPD, “en ningún caso se admitirá la instalación de sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos”.

Al respecto, STC 98/2000, de 10 de abril, FJ 6; y STEDH López Ribalda II. En la doctrina judicial interna posterior a la LOPD, STSJ de I. Canarias/Las Palmas, de 23 de junio de 2021 (Rº. 600/2021), que considera lesiva de los derechos fundamentales una cámara que capta “un cuartito” destinado por los trabajadores a “desayunar, agua, botiquín”; y la misma solución, entre otras, SSTSJ de I. Canarias/Las Palmas, de 8 de marzo de 2021 (Rº. 967/2020); o de 28 de septiembre de 2021 (Rº. 971/2021), respecto a cámara que graba “además del aparato del sistema de control horario, parte del comedor del personal y la zona de entrada a los vestuarios”.

²⁹ ALTÉS TÁRREGA, J.A., “La videovigilancia...”, cit., pp. 336 y 340.

³⁰ Vid. MERCADER UGUINA, J.R., *Protección de datos y garantía de los derechos digitales en las relaciones laborales*, Francis Lefebvre, Madrid, 2019, 3ª ed., p. 139, quien en tal sentido recuerda el criterio de la SAN de 24 de enero de 2003 (Rº. 400/2001, Sala de lo Contencioso-administrativo); GARCÍA MURCIA, J. y RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “La protección de datos personales en el ámbito de trabajo: una aproximación desde el nuevo marco normativo”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 216, 2019, BIB 2019\1432, p. 39.

³¹ Vid. ALTÉS TÁRREGA, J.A., “La videovigilancia...”, cit., pp. 332 y 343; MOLINA NAVARRETE, C., “Régimen legal de los sistemas de control laboral basados en la videovigilancia: lagunas y antinomias a la luz del Derecho Comunitario”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y TODOLÍ SIGNES, A. (Dir.), *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*, Aranzadi, 2020, pp. 79 a 81; LAHERA FORTEZA, J., “Videovigilancia...”, cit., p. 269.

el conocido cartel regulado en el art. 3 de la Instrucción 1/2006, de la AEPD–, con la minoración en el contenido que dispone el art. 22.4 LOPD, que sólo impone identificar “la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679”, aun cuando el precepto legal exige además tener a disposición de los afectados la información requerida por el citado Reglamento comunitario³². Pues bien, en el ámbito laboral, lo que aporta el segundo párrafo del art. 89.1 LOPD es que, existiendo dicho distintivo, la exigencia de información se entenderá igualmente cumplida cuando a través de esas cámaras instaladas con fines de seguridad se capta la “comisión flagrante de un acto ilícito” por los trabajadores. Es lo que se conoce como las situaciones de “hallazgo casual”, aunque, a mi juicio, ese carácter “casual” resulta a menudo bastante cuestionable en la práctica. No obstante, es la expresión con la que normalmente se alude a estos supuestos respecto a los que ahora la LOPD admite, no una eliminación, pero sí una atenuación o modulación en cuanto a las exigencias del requisito de información previa, dado que se permite constatar y acreditar ilícitos laborales, con posibles efectos disciplinarios, pese a que inicialmente la instalación de cámaras se informó con la mera colocación del dispositivo informativo y con fines exclusivos de seguridad.

b) Este segundo supuesto en que la propia ley admite una información atenuada o modulada es, sin duda, el que más interrogantes interpretativos plantea.

Uno de ellos es el de concretar el alcance “espacial” del dispositivo informativo a efectos de dispensar de la información completa o específica. Así, por ejemplo, si a la entrada de un centro de trabajo se coloca el cartel informativo de videovigilancia, cabe preguntarse a qué dependencias –todas o algunas– se extiende la posibilidad de considerar cumplido el requisito de información previa en caso de constatar en ellas un ilícito laboral. Esta cuestión se ha planteado en algún pronunciamiento judicial, como la STSJ Galicia de 15 de febrero de 2021 (Rº. 4586/2020), en la que viene a afirmarse que la eficacia del dispositivo informativo debe quedar limitada al espacio al que se accede desde la visualización del cartel, sin extenderse a otras dependencias cerradas y separadas³³.

³² Con relación a esta última exigencia del art. 22.4 LOPD, la Resolución de la AEPD de 17 de enero de 2022, dictada en el procedimiento PS-00479-2021, ha afirmado: “cabe señalar que el resto de las cuestiones contempladas en el artículo 13 del RGPD «deben mantenerse a disposición de los afectados», esto es, en un lugar al que pueda acceder fácilmente el interesado”.

³³ Afirma esta Sentencia: “Aquí se plantea la cuestión de si los dispositivos informativos contenidos en una cámara de seguridad generalista ... tienen eficacia en todo el centro de trabajo, a lo que, a juicio de la Sala, solo podríamos dar una respuesta afirmativa si existiera una continuidad entre todos los espacios a los cuales se puede acceder desde la visualización del dispositivo informativo. Por ello, la información contemplada en el dispositivo informativo de una cámara generalista entendemos no es efectiva en espacios diferenciados como los del supuesto de estos autos (espacios cerrados, separados del resto de espacios donde estaban las cámaras de seguridad hasta entonces instaladas, sin acceso al público, e incluso con acceso limitado al personal de la empresa)”.

Por su parte, la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Guadalajara de 24 de junio de 2021 (Procedimiento núm. 277/2021), declara nula la prueba de videovigilancia por considerar que la información dada no es clara y completa, alegando a tal efecto que “hay un cartel a la entrada de la empresa y ello puede dar lugar a pensar que la zona videovigilada es precisamente la zona de influencia de dicho cartel, a saber la

Ciertamente, sea este el criterio o uno análogo, parece razonable que un límite espacial ha de ponerse a la regla establecida en el párrafo segundo del art. 89.1 LOPD porque, de lo contrario, en ocasiones estaríamos convirtiendo el dispositivo informativo en una mera formalidad y no en una garantía efectiva, que es lo que debe ser³⁴.

c) En cualquier caso, más problemático puede resultar el alcance “objetivo” de esa regla de atenuación o modulación informativa establecida. Al margen de otras dificultades interpretativas referidas a la captación –caso del significado de comisión “flagrante”³⁵–, interesa concretar el tipo de ilícitos laborales que, según el art. 89.1 LOPD, podrían entenderse válidamente constatados a través de estas cámaras instaladas con fines de seguridad. En el momento de elaborar este análisis no consta que por el momento existan pronunciamientos del Tribunal Supremo relativos a hechos acaecidos con posterioridad a la vigencia de la LOPD de 2018. Sí los hay, desde luego, respecto a situaciones producidas bajo la normativa previa, y en ellos se observa que el Tribunal Supremo ha venido haciendo una interpretación amplia del término “seguridad” y, por tanto, del valor informativo del cartel anunciador de las cámaras, con la consecuencia a su vez de hacer una lectura flexible respecto a los ilícitos laborales que pueden ser válidamente constatados por esta vía.

De un lado, el Tribunal Supremo ha considerado suficiente esa información no sólo para constatar la comisión por los trabajadores de actos delictivos (*v.gr.* supuestos de hurto o apropiaciones indebidas³⁶), sino también de meros incumplimientos contractuales de menor alcance (*v.gr.* otros actos de transgresión de la buena fe o de negligencia

recepción, pero no es extensiva tal información a la zona de trabajo, en la que desconocemos... que existan también carteles que informen acerca de que dichas instalaciones, completamente independientes de la recepción, también estén videovigiladas”.

³⁴ Es cierto que, de acuerdo con el Informe 0084/2007 de la AEPD, “respecto de la ubicación del cartel informativo, no es necesario que se coloque debajo de la cámara, será suficiente conforme a lo dispuesto en el artículo 3 a) de la citada Instrucción, colocar el distintivo informativo en lugar suficientemente visible, tanto en espacios abiertos como cerrados. Por tanto, resultaría aconsejable que si tratándose de un edificio sometido a videovigilancia, en la entrada del mismo, se ubicará el cartel informativo”. Ahora bien, conforme a las Directrices 3/2019 sobre el tratamiento de datos personales mediante dispositivos de vídeo, acordadas por el Comité Europeo de Protección de Datos (versión de 29 de enero de 2020), cuando se coloca la señal de advertencia no es necesario revelar la posición de la cámara, pero “siempre y cuando no haya dudas respecto a las zonas sujetas a vigilancia y el contexto de esta quede claro de forma inequívoca (WP 89, apartado 22). El interesado debe poder estimar qué zona se captura por una cámara de forma que pueda evitar la vigilancia o adaptar su comportamiento si fuera necesario”.

³⁵ *Vid.* LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., “Derecho a la intimidad y a la protección de datos y licitud de la prueba en el proceso laboral”, en MONREAL BRINGSVAERD, E., THIBAUT ARANDA, X., JURADO SEGOVIA, A., *Derecho del trabajo y nuevas tecnologías*, Tirant lo blanch, Valencia, 2020, p. 414, para quienes, como ilícitos cometidos de manera flagrante, admiten tanto los captados de manera sorpresiva –sin sospecha previa–, como los constatados tras un control más específico realizado a partir de fundadas sospechas. En cambio, LAHERA FORTEZA, J., “Videovigilancia...”, *cit.*, pp. 273 y 274, afirma que “si la comisión es flagrante es que no había indicios previos de dicha acción grabada”, si bien, después alude a esta previsión para proponer una posible admisión de cámaras ocultas ante indicios previos de irregularidades graves.

³⁶ STS de 31 de enero de 2017 (Rº. 3331/2015, Sala de lo Social), respecto a manipulación de tickets y hurto de cantidades por un trabajador.

en el trabajo³⁷). Tal criterio podría seguir teniendo cabida en el segundo párrafo del art. 89.1 LOPD, que a la vista de su tenor y de su tramitación parlamentaria, se refiere a *actos ilícitos*, sin explícita exigencia de su naturaleza penal³⁸.

Pero, además, de otro lado, parece que el Tribunal Supremo ha pasado a considerar que esa información atenuada es suficiente incluso para constatar ilícitos laborales no estrictamente vinculados a fines de seguridad de las personas y cosas, apreciándose en este aspecto una cierta evolución expansiva en su jurisprudencia. Al respecto recordemos que la STC 39/2016, de 3 de marzo, había afirmado que, existiendo el cartel informativo de las cámaras de seguridad, no hacía falta especificar “la finalidad exacta” de control sobre los trabajadores, si bien es cierto que en aquel caso se enjuiciaba la constatación de un ilícito laboral –unas apropiaciones dinerarias– vinculado a tal objetivo. Pues bien, incluso tras esta Sentencia constitucional, algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo emitidos en 2017 advirtieron que las cámaras de seguridad excluían el control sobre ilícitos laborales ajenos a dicha finalidad de seguridad (*v.gr.* efectividad en el trabajo, ausencias, conversaciones con compañeros, etc)³⁹. Sin embargo, frente a este criterio más restrictivo, con posterioridad y sobre todo en el año 2021, se han dictado otros pronunciamientos en que parece haberse ampliado el criterio, admitiendo como lícito el control empresarial realizado con cámaras de seguridad respecto a incumplimientos laborales no directamente ligados a la seguridad en la empresa, al menos en sentido estricto⁴⁰.

Uno de estos pronunciamientos, dictado en la Sala de lo Social, es la STS de 13 de octubre de 2021 (Rº. 3715/2018), en la que se ha afirmado expresamente que la justificación de cámaras de vigilancia por razones de seguridad en sentido amplio “incluye el control de la actividad laboral”. A partir de este presupuesto, el Tribunal Supremo admite como lícita la prueba de videovigilancia aportada por la empresa en un supuesto en que, pese a que se había informado al conductor de un autobús sobre la existencia de una cámara con fines de seguridad, después las grabaciones se utilizan para despedirle disciplinariamente porque a través de ellas se constatan determinados ilícitos laborales, en principio no vinculados de forma inmediata a esa finalidad, como no cobrar el billete

³⁷ STS de 21 de julio de 2021 (Rº. 4877/2018, Sala de lo Social), relativa a un vigilante de seguridad en un recinto ferial, a quien, por haberse incrementado la alerta por amenaza terrorista, se le había ordenado la inspección de los vehículos que entraban, orden que las cámaras de seguridad del recinto mostraron que no cumplía, pese a que en los partes diarios reflejaba los controles como realizados.

³⁸ *Vid.* STSJ Galicia de 15 de febrero de 2021 (Rº. 4586/2020); SERRANO OLIVARES, R., “Los derechos...”, cit., p. 223; LAHERA FORTEZA, J., “Videovigilancia...”, cit., p. 272.

³⁹ STS de 31 de enero de 2017 (Rº. 3331/2015, Sala de lo Social): “...los trabajadores estaban informados, expresamente, de la instalación del sistema de vigilancia, de la ubicación de las cámaras por razones de seguridad, expresión amplia que incluye la vigilancia de actos ilícitos de los empleados y de terceros y en definitiva de la seguridad del centro de trabajo pero que excluye otro tipo de control laboral que sea ajeno a la seguridad, esto es el de la efectividad en el trabajo, las ausencias del puesto de trabajo, las conversaciones con compañeros, etc. etc.”. También, STS de 1 de febrero de 2017 (Rº. 3262/2015, Sala de lo Social).

⁴⁰ Previamente a los que arriba se citan, la STS de 2 de febrero de 2017 (Rº. 554/2016, Sala de lo Social), otorgó validez a la prueba videográfica para dar por acreditados determinados incumplimientos laborales de un trabajador, sólo parcialmente relacionados con fines de seguridad: no sólo haber permitido el acceso gratuito a las instalaciones de un gimnasio a personas no autorizadas, sino también incumplimientos de jornada.

a una pasajera o realizar determinadas conductas en su período de descanso entre rutas, como tocamientos y caricias a aquélla, fumar en el autobús u orinar desde el mismo.

Más clara incluso puede ser la STS de 26 de abril de 2021 (Rº. 4645/2019), en este caso dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo. En ella también se da validez a la prueba de videovigilancia aportada por una Administración para justificar la sanción disciplinaria impuesta a una funcionaria porque, a través de cámaras instaladas con fines de seguridad, se habían constatado diversas acciones dirigidas a burlar los mecanismos de control horario.

Como vemos, se trata de pronunciamientos recientes del Tribunal Supremo, dictados bajo la vigencia de la normativa previa, en que el uso de las cámaras de seguridad se considera válido para legitimar decisiones empresariales disciplinarias respecto a ilícitos laborales no estrictamente vinculados a preservar las personas y las cosas. En consecuencia, de cara a futuros pronunciamientos, también aquí cabe preguntarse por la valoración que merece la aplicación de este criterio a la luz de la nueva normativa implantada por la LOPD de 2018.

Si nos situamos en el plano de la estricta legalidad, a mi juicio cabría entender que si se sigue haciendo una interpretación amplia del término “seguridad” y si se estira mucho la regla excepcional de información atenuada del segundo párrafo del art. 89.1 LOPD, al final estaríamos dejando en papel mojado la regla general de su párrafo primero, que, como hemos visto, cuando se trata de la instalación de cámaras de videovigilancia con fines de control laboral impone la exigencia de información plena y expresa, además de que, como se ha advertido, su admisión puede ser mucho más limitada por resultar más difícil acreditar su justificación y proporcionalidad. Es cierto que, pese a existir opiniones favorables a que esta previsión legal contraviene el Reglamento [UE] 2016/679⁴¹, no creo que esta deba ser necesariamente la conclusión, siempre que, en su interpretación, se busque la conexión entre los supuestos de aplicación de la regla atenuada y la finalidad informada de seguridad –ello, claro está, a menos que se cuestione la propia adecuación del art. 22.4 LOPD⁴²–. Sin embargo, respecto a los ilícitos laborales constatados, sí entiendo que cuanto más se alejen de ese fin de seguridad, más dudas pueden generarse, no sólo en cuanto a la adecuación a esa normativa general de protec-

⁴¹ *Vid.* Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona de 18 de febrero de 2021 (Procedimiento núm. 754/2020), que, con relación a la acreditación de una conducta de acoso sexual mediante la grabación de cámaras de seguridad anunciadas mediante cartel, razona que el Reglamento [UE] 2016/679 no contempla excepciones en cuanto a las exigencias del deber de información de la finalidad, y en consecuencia, partiendo de que esta norma comunitaria es vulnerada por el art. 89.1 LOPD, procede a la inaplicación de esta previsión interna y declara la nulidad de la prueba. Previamente, respecto a hechos anteriores a la LO. 3/2018, Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona de 18 de febrero de 2019 (Procedimiento núm. 875/2018). En línea similar, *vid.* MOLINA NAVARRETE, C., “Régimen...”, cit., pp. 90 a 92.

⁴² Recordemos que el art. 22.4 LOPD no exige que en el dispositivo informativo se indiquen los fines del tratamiento –previamente, el apartado 1 del precepto vincula las videocámaras a “la finalidad de preservar la seguridad de las personas y bienes, así como de sus instalaciones”–, pero sí impone que “en todo caso, el responsable del tratamiento deberá mantener a disposición de los afectados la información a la que se refiere el citado reglamento [Reglamento (UE) 2016/679]”.

ción de datos, sino también respecto a la propia coherencia interna del art. 89.1 LOPD, que, por lo dicho, requeriría una interpretación restrictiva de su párrafo segundo⁴³, en línea con la lectura que algunos pronunciamientos de la doctrina judicial reciente vienen reflejando⁴⁴. Obsérvese, además, que el art. 42.4 de la Ley 5/2014, de Seguridad Privada, continúa afirmando que “las grabaciones realizadas por los sistemas de videovigilancia no podrán destinarse a un uso distinto del de su finalidad”.

Cuestión diferente nuevamente es plantearnos si, desde el plano constitucional, la omisión de esa información plena y expresa cuando ésta proceda habría de llevar en todo caso a considerar vulnerados los derechos fundamentales de los trabajadores o si, por el contrario, habría aún posibilidad de admitir la validez de la prueba empresarial. Pues bien, una vez expuesto el régimen legal, procede ya, por fin, adentrarse en la resolución de este interrogante que se ha venido abriendo en sucesivos subepígrafes.

⁴³ Sobre la vinculación entre el supuesto del párrafo 2º del art. 89.1 LOPD y los ilícitos laborales vinculados al deber de seguridad y protección de las personas y las cosas, *vid.* LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., “Derecho...”, cit., pp. 411-413 y 417.

⁴⁴ La STSJ de Galicia, de 16 de enero de 2020 (Rº. 5278/2019), admite la validez de la prueba de videovigilancia, entre otras razones, porque el incumplimiento imputado a la trabajadora “no se refiere a las obligaciones vinculadas a la prestación laboral –cumplimiento de horario, exigencia de rendimiento, ausencias al trabajo, distracciones en el trabajo...–, sino a una flagrante sustracción de documentos, siendo oportuno recordar que la precisión de contenidos tiene diferente alcance cuando se trata de incumplimientos laborales, u otros vinculados con la seguridad”. Asimismo, la STSJ de Asturias, de 27 de abril de 2021 (Rº. 243/2021), niega validez a la prueba de videovigilancia para acreditar determinados ilícitos laborales –*v.gr.*: desatención a clientes, fumar y beber en el lugar de trabajo, sustracción de documentos confidenciales, abandono del puesto de trabajo...–, por cuanto que “hay una notable diferencia entre el conocimiento de la existencia de cámaras en el contexto y para la finalidad que fueron instaladas –prevención de ilícitos por terceros esencialmente– y la concreta utilización que nos ocupa de manera prospectiva y retroactiva para fines de control empresarial del eventual incumplimiento de obligaciones laborales respecto de las que no existía la mínima tacha o sospecha”. De forma similar, la STSJ de Cataluña, de 29 de julio de 2021 (Rº. 1993/2021), también considera ilegítima la prueba de videovigilancia, dado que, si bien existían carteles de zona de videovigilancia con fines de seguridad, no se había informado del potencial uso de las imágenes para control laboral, remarcándose, además, que en el caso no existían sospechas concretas de incumplimiento laboral; o en una línea similar, STSJ de Cataluña, de 18 de enero de 2021 (Rº. 3892/2020); o Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Oviedo de 14 de julio de 2020 (Procedimiento núm. 49/2020). Incluso respecto a la imputación de unas apropiaciones indebidas, la STSJ de País Vasco, de 6 de octubre de 2020 (Rº. 956/2020), considera ilegítima la prueba captada con cámaras de seguridad por no haber informado a los trabajadores de que también podían utilizarse para el control de su actividad y entender que no se trataba de una situación excepcional dado que la empresa ya había utilizado el mismo medio en el despido previo de otro trabajador; y también Sentencias de los Juzgados de lo Social núm. 1 de Zamora de 26 de marzo de 2021 (Procedimiento núm. 240/2020); o núm. 5 de Palma de Mallorca de 12 de julio de 2021 (Procedimiento núm. 828/2020).

Por su parte, con apoyo en la STC 39/2016, la SAN de 30 de noviembre de 2021 (Rº. 226/2021) recupera la idea de que, cuando el trabajador conoce que se ha instalado un sistema de videovigilancia, no es obligado especificar “la finalidad exacta que se le ha asignado a ese control”, si bien lo hace en un supuesto en que la inspección empresarial se efectúa con fines de seguridad, y además, la medida –registro de bolsos ante las cámaras como control preventivo, sin sospechas previas de hurtos– se declara nula por no superar el principio de proporcionalidad, valorándose en la ponderación, entre otros aspectos, que no se haya informado a los trabajadores sobre la recogida de datos, su objeto y finalidad.

4. Incumplimientos del deber de información: ¿ilegalidad e inconstitucionalidad?

En efecto, el objeto de este último apartado del análisis es el de tratar de determinar las consecuencias de los incumplimientos relativos a los requisitos legales de información en el tratamiento de datos personales cuando se producen en el marco del control tecnológico laboral.

Como primera consecuencia, es evidente que estas infracciones pueden generar la responsabilidad administrativa de la empresa, bien ante la autoridad de protección de datos o bien ante la autoridad laboral. Pero la cuestión es si, además, esos incumplimientos de las exigencias legales de información van también a provocar en todo caso la nulidad de la prueba por lesión de derechos fundamentales.

Si volvemos a los dos elementos que configuran el canon de enjuiciamiento del control empresarial, no hay ninguna duda de que el principio de proporcionalidad siempre debe superarse para poder entender que la vigilancia empresarial es válida⁴⁵. La duda se plantea respecto a si la presencia del segundo elemento –el relativo a la información previa– es también indispensable para admitir el carácter legítimo de la medida empresarial.

a) Si acudimos de nuevo a la jurisprudencia europea resulta que, pese a lo que inicialmente pudiera inferirse de la STEDH *Bărbulescu II*, de pronunciamientos posteriores del Tribunal Europeo de Derechos Humanos parece deducirse que el cumplimiento de las exigencias de información previa no es absolutamente imprescindible para admitir la validez del control empresarial. Así pareció apuntarse en la STEDH de 22 de febrero de 2018, dictada en el asunto *Libert*, en un supuesto de monitorización de ordenadores⁴⁶. Pero, más claramente, esta es la conclusión que se extrae de la ya citada STEDH *López Ribalda II* de 2019, que, recordemos, se refería a un supuesto en que la empresa sí había informado previamente sobre unas cámaras visibles anunciadas con el correspondiente cartel, pero, en cambio, había omitido toda información respecto a unas cámaras ocultas, cuyas grabaciones, sin embargo, no se consideraron lesivas de los derechos de los trabajadores. Expresamente el Tribunal Europeo señaló que el requisito de información previa es sólo uno más de los ítems o garantías a ponderar en el enjuiciamiento del control empresarial y que su incumplimiento no determinaba en todo caso la nulidad de la fiscalización. Ahora bien, esta afirmación de la Sentencia venía también acompañada de dos matices: el primero es que, en aquellos casos en que se haya inobservado la exigencia de información previa, el Tribunal requiere que la aplicación del juicio de proporcionalidad ha de ser más rigurosa; y la segunda matización hecha por el Tribunal Europeo es

⁴⁵ Con relación a hechos posteriores a la LOPD, *v.gr.* SSTSJ de Cantabria, de 2 de noviembre de 2021 (Rº. 653/2021); Cataluña, de 26 de noviembre de 2021 (Rº. 4145/2021), respecto a videovigilancia.

⁴⁶ Esta Sentencia admite como legítima la inspección empresarial sobre unos archivos personales de un trabajador, a quien se había informado sobre el uso estrictamente profesional de tales medios –aun con admisión puntual de utilización privada–, pero sin constar que hubiera mediado previa advertencia específica sobre la posibilidad de controles empresariales. El TEDH justifica su decisión en que el trabajador no había identificado tales archivos como “privados” y en que, en el caso, la medida resultaba proporcionada al legítimo objetivo de protección de los intereses empresariales.

que esa ausencia del requisito informativo sólo podrá ser compatible con la validez del control empresarial de modo excepcional, de forma que la exigencia informativa sólo debe ceder ante imperativos importantes, que en el caso se concretaron en la existencia de sospechas “razonables” de irregularidades “graves” —en el supuesto se trataba de reiteradas sustracciones de mercancías por parte de varias personas trabajadoras—⁴⁷.

b) A la vista de esta jurisprudencia europea cabría pensar que, a nivel interno, la respuesta al interrogante antes formulado es clara y que no toda omisión del requisito de información previa, ya sea parcial o incluso total, convierte al control empresarial en ilegítimo. No obstante, ahora que ya contamos con un régimen legal específico para las relaciones laborales establecido en la LOPD de 2018, puede que la solución no sea tan sencilla. Al menos así resulta de la doctrina judicial emitida respecto a hechos posteriores a la Ley, pues han empezado a dictarse pronunciamientos que no mantienen un criterio unánime respecto al modo de proyectar esa jurisprudencia europea en nuestro ordenamiento.

El foco del conflicto reside en que, como hemos observado, al menos cuando se trata de videovigilancia y geolocalización, nuestra LOPD no establece ninguna excepción a la exigencia de información previa. A lo más que llega es a admitir el supuesto de información previa atenuada contemplado en el segundo párrafo de su art. 89.1, relativo a las cámaras de seguridad, pero en ningún momento la regulación legal hace mención a una omisión total del requisito. Precisamente, la existencia de ese régimen legal es el que ahora está dando lugar a resoluciones judiciales que no siguen las mismas pautas a la hora de abordar la inobservancia de este requisito legal.

Aunque el problema puede hacerse extensivo a los demás instrumentos de control, de momento la controversia judicial se está haciendo más visible en relación con las cámaras de videovigilancia ocultas respecto a las que ni siquiera se ha colocado el cartel o dispositivo general de información. En línea con lo dicho, en este caso el debate surge porque, si bien el art. 89 LOPD no prohíbe expresamente la instalación de cámaras ocultas, lo cierto es que es difícil encontrarles hueco o cobertura en el texto de esa regulación legal⁴⁸. Pues bien, en este nuevo contexto normativo, es posible encontrar pronuncia-

⁴⁷ En palabras de la STEDH López Ribalda II, “la información proporcionada a la persona objeto de vigilancia y su alcance son sólo uno de los criterios a considerar a la hora de valorar la proporcionalidad de tal medida en un caso determinado. Sin embargo, si falta esa información, las garantías derivadas de los demás criterios serán aún más importantes”. A ello añade que “dada la importancia que tiene el derecho a la información en tales casos, el Tribunal considera que sólo un imperativo importante relativo a la protección de los intereses públicos o privados importantes podría justificar la ausencia de información previa”, y “si bien no puede aceptar que la mínima sospecha de robos u otras irregularidades cometidas por los empleados, pueda justificar la instalación de un sistema de videovigilancia encubierta por parte del empleador, la existencia de sospechas razonables de que se habían cometido graves irregularidades, y el alcance de los robos constatados en el presente asunto, pueden parecer una justificación seria”.

⁴⁸ Vid. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Poderes del empresario y derechos digitales del trabajador”, *Trabajo y Derecho* n° 59/2019, smarteca, p. 10. En su opinión, “para asegurar la licitud del control, la obligación de información previa debiera en todo caso respetarse, bastando al efecto, eso sí, la colocación de etiquetas visibles que cumplan las exigencias legales”. Por su parte, BAZ RODRÍGUEZ, J., “La Ley...”, cit., pp. 18-20, considera que el art. 89.1 LOPD “no contempla una habilitación legal para la vigilancia total-

mientos de los Tribunales Superiores de Justicia que mantienen posiciones dispares respecto al modo de enjuiciar este tipo de videovigilancia encubierta.

Por un lado, algunas sentencias mantienen que, puesto que las cámaras ocultas no se encuentran admitidas por la LOPD, la prueba de videovigilancia debe considerarse lesiva de los derechos fundamentales de los trabajadores, llegándose a esta conclusión sin entrar a hacer una ponderación de las restantes circunstancias del caso⁴⁹. En los supuestos enjuiciados, no se atiende a la dificultad reconocida de instalar el cartel informativo cuando se trata de trabajo doméstico, ni a la existencia de previas sospechas razonables de apropiaciones indebidas. Por el contrario, en estos pronunciamientos, el incumplimiento del régimen legal lleva como consecuencia inmediata la nulidad de la prueba de videovigilancia aportada por la empresa.

Frente a esta postura, en mayor medida encontramos otros pronunciamientos judiciales que, pese a partir de la vigencia y aplicación del régimen legal establecido en la LOPD de 2018, no niegan automáticamente la validez de la prueba obtenida de cámaras ocultas y, por el contrario, la decisión sobre su licitud o no se hace depender de si, tras la ponderación de las circunstancias del caso, se considera o no superado el principio de proporcionalidad⁵⁰.

c) Como se avanzaba, nos encontramos ante pronunciamientos contradictorios sobre las consecuencias del incumplimiento del régimen legal de la información previa, y aun cuando de momento la divergencia se está viendo respecto a la videovigilancia, ya he comentado que el conflicto podría trasladarse a los demás instrumentos de control. Es cierto que, como han propuesto algunos autores, la diligencia de las empresas podría evitar estos supuestos de omisión total de información previa y, como mecanismo intermedio en la salvaguarda de los derechos de las personas trabajadoras y la eficacia del control empresarial, podría cuando menos requerirse la existencia de una advertencia empresarial previa de que, ante la existencia de fundadas sospechas de irregularidades laborales graves, cabría la posibilidad futura de activar la instalación de dispositivos de vigilancia ocultos⁵¹. En la actualidad, sin embargo, la práctica judicial

mente secreta” y, además, propone interpretar que la atenuación informativa de su segundo párrafo requiere la previa existencia de sospechas fundadas de ilícitos.

⁴⁹ SSTSJ de Asturias, de 20 de octubre de 2020 (Rº. 1051/2020); Galicia, de 28 de junio de 2021 (Rº. 1545/2021). De forma más matizada, dado que también tiene en cuenta la doctrina de la STEDH López Ribalda II, *vid.* el razonamiento de STSJ de País Vasco, de 13 de octubre de 2020 (Rº. 1017/2020).

⁵⁰ SSTSJ de I. Canarias/Santa Cruz de Tenerife, de 1 de octubre de 2020 (Rº. 352/2020); Castilla-La Mancha, de 8 de febrero de 2021 (Rº. 1552/2020); Madrid, de 17 de febrero de 2021 (Rº. 819/2020); I. Canarias/Las Palmas, de 23 de junio de 2021 (Rº. 600/2021); Cataluña, de 18 de noviembre de 2021 (Rº. 4074/2021); Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Zamora de 20 de septiembre de 2021 (Procedimiento núm. 239/2021). Asimismo, STSJ de Cataluña, de 11 de diciembre de 2020 (Rº. 4047/2020), que niega la legitimidad de la prueba por no existir sospechas previas del ilícito laboral constatado.

⁵¹ *Vid.* PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Poderes...”, cit., p. 10, quien afirma: “cabría pensar en la instalación de sistemas de videovigilancia focalizados sobre determinados puestos de trabajo, de cuya existencia el trabajador tuviera cumplida noticia, pero que solo serían objeto de activación –circunstancia que el trabajador debiera igualmente conocer– ante las fundadas sospechas de un comportamiento irregular”. Por su parte, LAHERA FORTEZA, J., “Videovigilancia...”, cit., p. 274, señala: “la aplicación de

expuesta muestra que son muchos los casos en que ni siquiera ha mediado este mínimo informativo.

Ante la disparidad de criterios en el enjuiciamiento de esos supuestos, habrá que esperar la solución unificadora del Tribunal Supremo o, en su caso, del Tribunal Constitucional. En todo caso, cierto es que, si atendemos a parámetros previos, la segunda postura judicial expuesta, que no equipara automáticamente infracción legal a infracción constitucional, cuenta con argumentos en su favor que, de una forma u otra, se reflejan en su fundamentación jurídica.

De una parte, dado el valor que, en virtud del art. 10.2 CE, alcanza la jurisprudencia europea en la interpretación interna de los derechos fundamentales, necesariamente ha de tenerse en cuenta la ya referida doctrina establecida en la STEDH dictada en el asunto López Ribalda II. Como apuntan los pronunciamientos de la primera postura, es verdad que, en el supuesto enjuiciado en esta Sentencia, la empresa al menos había informado y colocado el cartel informativo respecto a la existencia de las cámaras visibles. Sin embargo, no parece que esta circunstancia se haga valer en su argumentación para admitir la validez de las cámaras ocultas, pues, como antes se ha señalado, expresamente declara que la omisión del requisito de información previa no conduce en todo caso al carácter ilegítimo del control empresarial.

En cualquier caso, de otra parte, en la jurisprudencia constitucional interna, la STC 39/2016, dictada también en materia de videovigilancia, ya había asimismo apuntado que el incumplimiento del deber de información vinculado al derecho a la protección de datos no comporta necesariamente una vulneración del derecho, pues lo determinante es valorar en cada caso si se supera o no el juicio de proporcionalidad⁵².

Este es el criterio clásico de nuestra jurisprudencia constitucional, que parte de que ningún derecho fundamental es absoluto y de que, en la colisión de bienes y derechos constitucionales, uno de ellos puede ser legítimamente limitado si tal sacrificio se considera proporcionado a partir de la ponderación de las circunstancias del caso⁵³. En lo que ahora interesa, el mantenimiento de esta doctrina tras la LOPD llevaría a seguir concluyendo que no toda inobservancia del requisito de información previa es sinónimo de infracción constitucional, y que, por tanto, en determinados casos, el control empre-

transparencia del art.89.1.2º LOPD se puede hacer, en este tipo de cámara, con una información preventiva y previa de posible instalación de estos dispositivos ante hipotéticas y futuras sospechas de irregularidades del trabajador en el centro de trabajo”.

⁵² Respecto al deber de información, la STC 39/2016 señaló que “sin perjuicio de las eventuales sanciones legales que pudieran derivar, para que el incumplimiento de este deber por parte del empresario implique una vulneración del art. 18.4 CE exige valorar la observancia o no del principio de proporcionalidad. Debe ponderarse así el derecho a la protección de datos y las eventuales limitaciones al mismo justificadas en el cumplimiento de las obligaciones laborales y las correlativas facultades empresariales de vigilancia y control reconocidas en el art. 20.3 del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, en conexión con los arts. 33 y 38 CE. En efecto, la relevancia constitucional de la ausencia o deficiencia de información en los supuestos de videovigilancia laboral exige la consiguiente ponderación en cada caso de los derechos y bienes constitucionales en conflicto”.

⁵³ Por todas, SSTC 186/2000, FJ 5; o 128/2007, de 4 de junio, FJ 11.

sarial podría llegar a considerarse válido aunque no hubiera mediado un cumplimiento escrupuloso de tal exigencia⁵⁴.

En todo caso, como se ha dicho, a la vista de las primeras disensiones en la doctrina judicial, habrá que esperar a ver el peso que finalmente otorga nuestra jurisprudencia interna a la entrada en acción de la LOPD, y de este modo constatar si, en realidad, va a tener una incidencia significativa en ese criterio señalado. Ahora bien, de apostarse por su continuidad, sí me parece importante insistir en que, como indica la jurisprudencia europea, la admisión de la validez del control empresarial en supuestos de inobservancia total o parcial del requisito de información previa sólo debería admitirse de forma excepcional, cuando realmente existan imperativos relevantes que así lo justifiquen. Pues bien, desde esta perspectiva, considero que lo que quizá sí cabría repensar es la ponderación que a veces se observa en la práctica judicial interna, al objeto de que la aplicación de esta excepción, así como la de información atenuada *ex art.* 89.1 LOPD, se ajuste realmente a criterios restrictivos. Al fin y al cabo, ahora ya contamos con una regulación legal específica en el ámbito de las relaciones laborales; supuestamente, por tanto, las empresas tienen una mayor seguridad jurídica sobre lo que deben y pueden hacer; y lo que no tendría sentido es que, por la vía de hacer interpretaciones amplias de las excepciones, se acabara haciendo perder virtualidad a la Ley y a las garantías que con ella se han querido instaurar.

Bibliografía

- AGUILERA IZQUIERDO, R., “El derecho a la protección de datos en el ámbito laboral. Los sistemas de videovigilancia y geolocalización”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* nº 442, 2020.
- ALEGRE NUENO, M., “La utilización de sistemas de geolocalización para controlar la actividad laboral”, en TALÉNS VISCONTI, E.E. y VALLS GENOVAR, M.A. (Dir.), *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral. Aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba*, Bosch Wolters Kluwer, Madrid, 2020.
- ALTÉS TÁRREGA, J.A., “La videovigilancia encubierta en la nueva regulación sobre derechos digitales laborales y la incidencia de la STEDH López Ribalda II”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 55, 2020.
- BAZ RODRÍGUEZ, J., “La Ley Orgánica 3/2018 como marco embrionario de garantía de los derechos digitales laborales. Claves para un análisis sistemático”, *Trabajo y Derecho* nº 54/2019.

⁵⁴ Tras la LOPD, admiten la posible legitimidad del control empresarial mediante cámaras ocultas ante indicios previos de irregularidades graves, AGUILERA IZQUIERDO, R., “El derecho...”, cit., p. 124; LAHERA FORTEZA, J., “Videovigilancia...”, cit., pp. 274-275, si bien se decanta por limitarlo a la comisión de actos delictivos.

Respecto a los dispositivos digitales, en similar sentido de admisión excepcional a la luz de la jurisprudencia vigente, *vid.* GARCÍA RUBIO, M.A., “El control...”, cit., pp. 170-172, con algún matiz cuando entra en juego el derecho al secreto de las comunicaciones; también, GOÑI SEIN, J.L., “Uso...”, cit., p. 22; o *vid.* asimismo, NAVARRO NIETO, F., “Facultades...”, cit., p. 252.

- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., “La geolocalización como mecanismo de control laboral: alcance y límites de una controvertida herramienta del poder directivo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* nº 452, 2020.
- GARCÍA MURCIA, J. y RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “La protección de datos personales en el ámbito de trabajo: una aproximación desde el nuevo marco normativo”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 216, 2019, BIB 2019\1432.
- GARCÍA RUBIO, M.A., “El control sobre el uso de los ordenadores puestos a disposición de los trabajadores”, en TALÉNS VISCONTI, E.E. y VALLS GENOVAR, M.A. (Dir.), *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral. Aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba*, Bosch Wolters Kluwer, Madrid, 2020.
- GOÑI SEIN, J.L., “Uso de los dispositivos digitales en el ámbito laboral”, *Trabajo y Derecho* nº 11/2020.
- LAHERA FORTEZA, J., “Videovigilancia laboral y grabación de sonidos en el lugar de trabajo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social* nº 148, 2021.
- LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., “Derecho a la intimidad y a la protección de datos y licitud de la prueba en el proceso laboral”, en MONREAL BRINGSVAERD, E., THIBAUT ARANDA, X., JURADO SEGOVIA, A., *Derecho del trabajo y nuevas tecnologías*, Tirant lo blanch, Valencia, 2020.
- MERCADER UGUINA, J.R., *Protección de datos y garantía de los derechos digitales en las relaciones laborales*, Francis Lefebvre, Madrid, 2019, 3ª ed.
- MERCADER UGUINA, J.R., “Nuevas señales y paradojas de la protección de datos en la reciente doctrina de los Tribunales y de la Agencia Española de Protección de Datos”, *Trabajo y Derecho* nº 85/2022.
- MOLINA NAVARRETE, C., “Régimen legal de los sistemas de control laboral basados en la videovigilancia: lagunas y antinomias a la luz del Derecho Comunitario”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y TODOLÍ SIGNES, A. (Dir.), *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*, Aranzadi, 2020.
- MOLINA NAVARRETE, C., “Eficacia de gestión versus protección de datos: ¿reactividad jurisdiccional a la «inflación de derechos humanos» (en el trabajo)? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 160/2021, de 4 de octubre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* nº 465, 2021.
- NAVARRO NIETO, F., “Facultades empresariales y garantías del trabajador en relación con el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social* nº 148, 2021.
- ORELLANA CANO, A.M., *El derecho a la protección de datos personales como garantía de la privacidad de los trabajadores*, Aranzadi, Navarra, 2019.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Poderes del empresario y derechos digitales del trabajador”, *Trabajo y Derecho* nº 59/2019.
- RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “Utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social* nº 148, 2021.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Participación de los representantes de los trabajadores en el tratamiento de datos personales: derechos de información y consulta”,

Jurisdicción social. Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia, nº 197, 2019.

SERRANO OLIVARES, R., “Los derechos digitales en el ámbito laboral: comentario de urgencia a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, *IUSLabor* 3/2018.

La libre circulación tras (;?) la Covid-19. Retos en materia de restricciones, nuevos modelos familiares y digitalización*

Free movement after (?) Covid-19. Challenges concerning restrictions, new family models and digitalisation

José María Miranda Boto**

Universidad de Santiago de Compostela

ORCID ID: 0000-0001-8518-1469

Recibido: 11/1/2022

Aceptado: 2/3/2022

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6846>

Resumen:

La libre circulación de trabajadores, en más de medio siglo de existencia, se ha enfrentado a diversos obstáculos. Pocos han tenido las dimensiones de la pandemia de la Covid-19, que puso de manifiesto dificultades insospechadas. El presente trabajo pretende analizar las soluciones a esas dificultades, tanto desde el terreno de las restricciones derivadas de herramientas como el Pasaporte Covid como de las posibles garantías de futuro. Los certificados de vacunación, derivados de una normativa que busca asegurar la libre circulación, presentan una doble naturaleza como restricción que merece ser analizada. Por otra parte, la consolidación de la idea de las ocupaciones críticas está llamada a tener una gran importancia, pero exige un último esfuerzo en su puesta en práctica efectiva. Junto a estas cuestiones, el trabajo estudia también la adaptación de la normativa existente a los nuevos modelos de familia, inclu-

*Este texto forma parte de los resultados del proyecto de investigación RTI2018-097917-B-100 “Retos del Derecho del Trabajo español ante la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de política social y derechos fundamentales”, financiado por la Agencia Estatal de Investigación y cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), correspondiente al marco financiero plurianual 2014-2020. Recoge las líneas generales de mi intervención “Free movement after (?) Covid-19” en el congreso “The Future of European Labour Law”, celebrado en Viena los días 11 y 12 de noviembre de 2021. Mi agradecimiento para Elisabeth Bramshuber y Adam Sagan por haberme dado la ocasión de reflexionar con calma y tiempo sobre un tema que siempre me interesó, y a Elisabeth Bartmann, Julia Heindl, Madgalena Lenglinger, Philipp Ondrejka, Helena Palle y Anna Stadlober por haberme conducido con sus dudas, preguntas e inquietudes mucho más lejos de lo que yo habría llegado por mí mismo. Agradezco también a los anónimos revisores sus indicaciones, que me llevaron a deshacerme de los innecesarios ropajes con los que había cargado el texto, contradiciendo las enseñanzas de Juan Ramón Jiménez.

**josemaria.miranda@usc.es

yendo consideraciones sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y los matrimonios del mismo sexo y su choque con determinadas legislaciones. Son objeto de atención, además, de forma teórica, los posibles problemas derivados de matrimonios a través de formas no reconocidas. Por último, se plantean algunas posibilidades a propósito del trabajo en plataformas y del teletrabajo digital.

Palabras clave: Libre circulación, Covid-19, vacunas, modelos familiares, digitalización

Abstract: The free movement of workers, in more than half a century of existence, has faced a number of obstacles. Few have been on the scale of the Covid-19 pandemic, which revealed unsuspected difficulties. This paper aims to analyse the solutions to these difficulties, both in terms of the restrictions arising from tools such as the Covid Passport and the possible guarantees for the future. Vaccination certificates, derived from a regulation that seeks to ensure free movement, have a dual nature as a restriction that deserves to be analysed. On the other hand, the consolidation of the idea of critical occupations is set to be of great importance but requires a final effort in its effective implementation. In addition to these issues, the work also studies the adaptation of existing legislation to the new family models, including considerations on the case law of the Court of Justice and same-sex marriages and their clash with certain legislations. Theoretical attention is also paid to the possible problems arising from marriages in non-recognised forms. Finally, some possibilities are raised with regard to platform work and digital teleworking.

Keywords: Free movement, Covid-19, vaccines, family models, digitalisation.

1. El triunfo contra toda posibilidad. Un balance de décadas

“La libre circulation des travailleurs est assurée à l’intérieur de la Communauté au plus tard à l’expiration de la période de transition”. Con estas palabras en francés, el primer idioma genuino de la integración europea, el artículo 48.1 del Tratado de la Comunidad Económica Europea lanzaba un brindis de futuro de considerable riesgo. En un periodo de doce años, que culminaría el 1 de enero de 1970, los ciudadanos de aquellos seis Estados fundadores gozarían de una situación de igualdad jurídica en el mercado de trabajo como no se había conocido desde la caída de Roma. Los doce años que se marcaban suponían mirar al futuro con ilusión y con esperanza.

La libre circulación nació en términos de Derecho positivo como un ingrediente de un Mercado Común integrado por diversas libertades económicas. Pero surgió también como un desafío abierto a las mentalidades europeas de su tiempo. ¿Se cumplió el voto formulado en 1957? Es imposible no reconocer el mérito del camino recorrido. Se inició con una concepción selectiva, incluso anterior al Tratado de Roma, de los trabajadores cualificados del carbón y del acero del Tratado de París en 1951. Y se pasó a una

ciudadanía de la Unión en 1992 que traía consigo una libre circulación de personas por motivos no relacionados con lo económico.

Transcurrido más de medio siglo desde la expiración del periodo transitorio, mi propia valoración es que, más o menos perfecta, la libre circulación de personas implantada en la Unión Europea supone un logro incomparable en términos de movimientos laborales y humanos. La libre circulación ha hecho realidad el anhelo de ser europeos que surgió en el siglo XIX con la llegada del ferrocarril. El trabajo, el estudio y el ocio no conocen ahora, con carácter general, en Europa otras barreras que las económicas, las lingüísticas y las dictadas por el sentido común. Las jurídicas han sido arrumbadas en muy extensa medida.

Desde el punto de vista legislativo, el contenido laboral de la libre circulación, en sentido estricto, quedó establecido muy tempranamente. Buena prueba de ello es la escasa evolución que, en lo referente a los derechos de los trabajadores, han conocido los reglamentos que se ocupan de la materia. No ha sucedido así con los contenidos administrativos de la libre circulación, que han precisado de diversas directivas con notables cambios hasta alcanzar su configuración actual.

Pero el verdadero termómetro del funcionamiento de la libre circulación es la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En los años 70, terminado el periodo transitorio, el Tribunal pasaba, sin salir del marco de esta materia, de establecer que la protección contra el despido también afectaba a los trabajadores migrantes en *Marsman*¹ a reprochar la obsolescencia de la legislación marítima francesa a propósito de las cuotas de tripulantes en *Comisión contra Francia*².

En todos estos años, la jurisprudencia en materia de libre circulación ha sido el escenario para la elaboración de creaciones judiciales que traspasaban, con mucho, las fronteras de la materia. No puede pasarse por alto que el caso *Van Duyn*³, aunque es conocido por haber dado lugar a la aparición de la doctrina del efecto directo de las directivas, trataba sobre restricciones de la libre circulación.

En la misma línea, el caso *Lawrie-Blum*⁴ se ocupaba de la libre circulación de una profesora en prácticas y en él se originó la noción de trabajador que ahora maneja, con carácter casi universal⁵, el Tribunal de Justicia. Esta doctrina se ha transmitido muy señaladamente al caso *Matzak*⁶. De la libre circulación, la noción ha saltado al tiempo de trabajo. Actualmente el Tribunal emplea esta última como referencia principal a la hora de fijar sus razonamientos sobre el ámbito personal de numerosas normas, aunque la

¹ STJUE de 13 de diciembre de 1972 (asunto 44/72, Pieter Marsman contra M. Roskamp).

² STJUE de 4 de abril de 1974 (asunto 167/73, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa).

³ Por todas, SSTC 186/2000, de 10 de julio; 39/2016, de 3 de marzo.

⁴ STJUE de 3 de julio de 1986 (asunto 66/85, Deborah Lawrie-Blum contra Land Baden-Württemberg).

⁵ RISAK Martin y DULLINGER Thomas, *The concept of 'worker' in EU law Status quo and potential for change*. Bruselas, ETUI, 2018, p.20: "In conclusion, the ECJ clearly employs a unified concept of 'worker' when dealing with primary EU law as developed in the context of the free movement of workers laid down in Article 45 TFEU. However, the Court does not refer to the different aims and purposes or adapt the concept of 'worker' to them".

⁶ STJUE de 21 de febrero de 2018 (asunto C-518/15, Ville de Nivelles contra Rudy Matzak).

sustancia no haya cambiado. Y solo la incuria del legislador europeo ha impedido que se consolidara, ya en el plano legislativo, en la Directiva (UE) 2019/1152.

Buena parte de la jurisprudencia, no obstante, ha tenido que ver con las burdas limitaciones y restricciones procedentes de las legislaciones tradicionales de los Estados miembros. No podía ser de otra manera. Todas ellas habían sido concebidas en escenarios donde el Estado era Leviatán y marco legislativo único. Su potencia era infinita y sus destinatarios, casi contados, sus nacionales y los escasos inmigrantes que podían recibir en una posguerra miserable.

Era natural que las legislaciones pudieran contener menciones, intencionadas o no, a sus propios ciudadanos. Era lógico que las interpretaciones asentadas usaran como referencia sus territorios, sus circunstancias, sus tradiciones. ¿En qué cabeza de operador jurídico habría cabido que los hijos de un trabajador que no residían en el propio Estado habían de ser tratados de forma igual por la Administración y las empresas? Todas esas prácticas fueron eliminadas por los Estados miembros de forma voluntaria o impulsados por el Tribunal de Justicia. El cierre debía dar paso a la apertura, el chauvinismo jurídico debía dejar su lugar a una naciente solidaridad transnacional.

Con todo, estas prácticas nunca han desaparecido de la jurisprudencia del Tribunal, traídas por las sucesivas ampliaciones de la Unión Europea. Las incorporaciones de Grecia y de Austria, en concreto, fueron un semillero de sentencias que se enfrentaban a los casos más inusitados. En líneas generales, la respuesta judicial era la condena, aunque en casos tan pintorescos como *Gemeinsamer Betriebsrat*⁷, la legislación nacional saliera indemne, quizá gracias a la pericia del abogado de la contraparte.

En otras ocasiones, han surgido desafíos distintos, especialmente en la última década. En el plano legislativo, el Brexit y sus intentos de evitación fueron, quizás, el más señalado de ellos. La deserción del Reino Unido se achacó, torticeramente, a los efectos de la libre circulación. Tanto es así que no ha conseguido encontrarse una fórmula propia en el Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y el Reino Unido⁸. Pero si el Reino Unido hubiera permanecido en la Unión en los términos acordados con David Cameron, el régimen asimétrico que se estaba empezando a fraguar habría tenido graves consecuencias para la libertad fundamental⁹.

Todo lo descrito permite pintar un panorama relativamente apacible, que se vio trastocado por la pandemia de 2020, que no puede darse todavía por finalizada en modo

⁷ STJUE de 13 de marzo de 2019 (asunto C-437/17, *Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach GmbH*).

⁸ https://ec.europa.eu/info/strategy/relations-non-eu-countries/relations-united-kingdom/eu-uk-trade-and-cooperation-agreement_es [consulta: 7 de enero de 2022].

⁹ Al respecto, MIRANDA BOTO, José María, *El Acuerdo del Consejo Europeo para intentar evitar el Brexit: dimensión laboral*. *Derecho de las Relaciones Laborales*. Madrid, Lefebvre- El Derecho, 3, 2016, p.203: “Sea cual sea el resultado, la dimensión social de la Unión Europea quedará dañada. La caja de Pandora ha sido abierta”. El análisis *ex post* de BARNARD, Catherine, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, 6ª edición. Oxford, Oxford University Press, 2019, p.204: “The EU did agree to some restrictions on free movement, specifically in respect of access to benefits, but crucially not to any emergency brake on the volume of migration. The new settlement decision was too little too late and the UK voted to leave the EU”.

alguno. Mirando hacia el futuro, es posible identificar diversos retos para la libre circulación. Ninguno es un reto específico. Todos responden a situaciones generales que traen consecuencias para la libertad fundamental.

En este artículo se señalan tres retos principales y sobre ellos se va a especular en los cuatro próximos apartados. El primer reto, abordado en dos apartados, consistirá en reflexionar sobre las lecciones aprendidas de las medidas tomadas como respuesta al Covid-19, en la doble dimensión de garantías y restricciones. El segundo reto se centrará en el encaje de nuevas formas de matrimonio y familia en la libre circulación. El tercer reto, finalmente, busca llamar la atención sobre los desafíos a los que se enfrenta la *física* libre circulación en un mundo digitalizado.

2. Libre circulación y Covid-19: restricciones para el futuro. La ambivalente naturaleza de los certificados de vacunación

Volviendo la mirada atrás, no cabe otro resultado que la ira al considerar, desde la óptica de la libre circulación, las acciones de los Estados miembros ante el estallido de la pandemia. Resulta inútil enumerar las medidas restrictivas adoptadas a partir de marzo de 2020 y constatar que la libre circulación ocupó un lugar muy menor en las preocupaciones de los Gobiernos nacionales. Lo importante en aquel momento era cerrar, inútilmente, las fronteras frente a un enemigo invisible y devastador que ya estaba dentro¹⁰.

Conviene adoptar la filosofía de *Die Fledermaus*, “*glücklich ist wer vergisst, was doch nicht zu ändern ist*”, y olvidar aquello que no se puede cambiar. Redactar un memorial de agravios contra los Estados miembros carece de sentido. Resulta más provechoso examinar lo hecho y ver qué se puede extraer de utilidad para el futuro, en el evento de nuevos episodios de pandemia. Dos van a ser los campos que marcarán decisivamente el desarrollo de la libre circulación en una posible futura pandemia. Uno se centra en las restricciones posibles al movimiento, que serán analizadas en este epígrafe; otro en las facilidades deseables que se deben garantizar, de las que se ocupará el siguiente apartado.

Iniciando el análisis por las limitaciones, la Directiva 2004/38/CE contiene previsiones específicas a propósito de las pandemias, frecuentemente pasadas por alto en los análisis académicos y en las exposiciones docentes. El artículo 29, referido a la salud pública, dispone en su primer párrafo que “las únicas enfermedades que podrán justificar una medida que limite la libertad de circulación serán las enfermedades con potencial

¹⁰ “The disintegration of free movement was particularly well illustrated in the case of Romanian seasonal workers, around 250 000 of whom in March 2020 had to return from EU Member States (Italy, France, Spain, Austria, and Germany, namely) to Romania after their employment ended. In this case, the termination of employment contracts, whose legality remains uncertain, affected workers’ right to reside on the territory”. ROBIN-OLIVIER, Sophie, 2020. Free Movement of Workers in the Light of the COVID-19 Sanitary Crisis: From Restrictive Selection to Selective Mobility. En: *Europeanpapers.eu* [en línea]. Disponible en: https://www.europeanpapers.eu/en/system/files/pdf_version/EP_EF_2020_I_019_Sophie_Robin_Olivier_00357.pdf [consulta: 7 de enero de 2022].

epidémico como se definen en los instrumentos correspondientes de la Organización Mundial de la Salud (...)

Esta limitación es vieja como la propia libre circulación y surgió dentro del periodo transitorio mencionado anteriormente. La Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública, establecía en su artículo 4 un régimen similar al vigente. En aquel tiempo, la norma hacía referencia expresa a la sífilis, como dato pintoresco. Pero en su Anexo A recogía el claro antecedente de la actual regulación: “Enfermedades de cuarent[en]a mencionadas en el Reglamento Sanitario Internacional nº2, de 25 de mayo de 1951 de la Organización Mundial de la Salud”.

La posibilidad, por lo tanto, de poner límites a la libre circulación siempre había existido. Pero nunca había sido utilizada de forma generalizada por los Estados miembros ni considerada en modo alguno por el Tribunal de Justicia. Sin embargo, su puesta en práctica efectiva en el futuro va a depender de una norma que ha ido más allá de los límites de la libre circulación de trabajadores y procede de la regulación general de la libre circulación de personas.

Se trata del Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2021 relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19. Es una norma que se ha instalado en las carteras y los teléfonos móviles de los ciudadanos de la Unión, condicionando el acceso a bares, museos y salas de conciertos. Pero también el cruce de fronteras. Aunque limitado en el tiempo¹¹ y destinado a “facilitar” la libre circulación, la lectura *sensu contrario* permite esbozar el panorama de las restricciones futuras.

Conviene prestar atención con carácter previo a su base jurídica. Se trata del artículo 21 TFUE, que dio a los ciudadanos el derecho a moverse y residir libremente en los Estados miembros¹². Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, había servido como base jurídica para media docena escasa de actos de la Unión. Con la llegada de la pandemia se reveló como una herramienta legislativa útil para afrontar algunos de los retos que esta planteaba. El hecho de que se rija por el procedimiento legislativo ordinario elimina, además, la posible traba de vetos nacionales, que solo podrían

¹¹ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de conformidad con el artículo 16, apartado 1, del Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19, COM(2021) 649 final: “Cualquier propuesta de la Comisión de prorrogar el Reglamento estaría limitada en el tiempo, ya que el objetivo de la Comisión es recuperar la libre circulación sin restricciones tan pronto como la situación epidemiológica lo permita”.

¹² BARNARD, Catherine, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, 6ª edición. Oxford, Oxford University Press, 2019, p.201.

sustanciarse con una minoría de bloqueo suficiente para impedir la formación de una mayoría cualificada.

El precepto que resulta relevante a los efectos de este trabajo es su artículo 5, en su apartado 5. El primer párrafo de este impone a los Estados miembros la obligación de aceptar certificados de vacunación expedidos por otros Estados miembros cuando establezcan pruebas de este tipo para no aplicar restricciones a la libre circulación. He aquí la doble faceta, cual Jano, de las restricciones y las autorizaciones. Ahora bien, la obligación solo se extiende a las vacunas para las “que se haya concedido una autorización de comercialización de conformidad con el Reglamento (CE) nº 726/2004”. Esto es, para aquellas vacunas que han sido aprobadas por la Agencia Europea del Medicamento¹³.

El segundo párrafo de ese mismo precepto faculta, que no impone, a los Estados para aceptar otros certificados de vacunación. En este caso, los fármacos incluidos son aquellos para los “que la autoridad competente de un Estado miembro haya concedido una autorización de comercialización de conformidad con la Directiva 2001/83/CE, una vacuna contra la COVID-19 cuya distribución haya sido autorizada temporalmente con arreglo al artículo 5, apartado 2, de dicha Directiva o una vacuna contra la COVID-19 que haya completado el procedimiento de inclusión en la lista de uso en emergencias de la OMS”.

El punto más importante de este artículo reside en la capacidad que se ha otorgado a los Estados para controlar el cruce de sus fronteras. La articulación de este Reglamento con el artículo 29 de la Directiva 2004/38/CE permite a los Estados frenar a trabajadores que pretendan ejercer su libertad fundamental con la vacuna incorrecta. No cabe descartar que se ponga en práctica pronto, por ejemplo, en los territorios que en un tiempo conformaron la Monarquía Dual.

De acuerdo con un informe del Bundestag alemán¹⁴, la vacuna Sputnik ha sido administrada en Hungría, Eslovaquia y San Marino. Salvo error u omisión, en el momento de cerrarse estas líneas, no encaja en ninguno de los supuestos indicados en dicho párrafo. Cualquier Estado miembro, y el más probable es Austria, podría denegar la entrada en su territorio a una persona con esta vacuna. Y no hay jurisprudencia al respecto. Una hipotética cuestión prejudicial que se plantease ante los Tribunales del Estado miembro de destino tardaría casi año y medio en ser resuelta, salvo que, de forma inusitada, el Tribunal de Justicia aplicara el procedimiento de urgencia. No cabe duda de que sería deseable una resolución discutida en Gran Sala, que estableciera un criterio claro, no solo para la Sputnik sino para cuantos otros productos farmacéuticos puedan surgir en el futuro. Pero hasta entonces, solo cabe especular. Personalmente, creo que la balanza se inclinaría a favor de la restricción.

¹³ La lista completa en: <https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/overview/public-health-threats/coronavirus-disease-covid-19/treatments-vaccines/vaccines-covid-19/covid-19-vaccines-authorized#authorised-covid-19-vaccines-section> [consulta: 7 de enero de 2022].

¹⁴ *Studien zu ausgewählten Impfstoffen gegen SARS-CoV-2*, <https://www.bundestag.de/resource/blob/831094/75c92e5758c53b1c5ad3bfbdefeeb0b1/WD-9-118-20-pdf-data.pdf> [consulta: 7 de enero de 2022].

¿Qué sucede, por otra parte, con los trabajadores desplazados en el marco de la Directiva 96/71/CE?¹⁵ La letra del artículo 29 de la Directiva 2004/38/CE se refiere únicamente a la libre circulación. Pero ha de tenerse en cuenta que la base jurídica de la Directiva 2004/38/CE no fue únicamente el antiguo artículo 40 TCE, relativo a la libre circulación. Por el contrario, el legislador europeo usó como fundamento los artículos 12, 18, 40, 44 y 52. Con ellos se cubre todo el espectro de la movilidad dentro de la Unión, “para rebasar el enfoque sectorial y fragmentario del derecho de libre circulación y residencia” en los términos del Considerando 4. No parece descabellado defender, por lo tanto, que las restricciones amparadas por el artículo 29 se pueden extender también a los trabajadores desplazados.

La prueba de la vacunación, en definitiva, parece llamada a desempeñar una parte fundamental en las limitaciones futuras de la libre circulación. La exigencia de PCRs o pruebas similares, por otra parte, queda al albedrío de los Estados, aunque no es descartable que sea el siguiente paso en la regulación europea, si con ella se detectan posibles discriminaciones por razón de nacionalidad. El uso exageradamente asimétrico de este tipo de técnicas, por ejemplo, debería llevar a una decisión legislativa que acabe con restricciones encubiertas y cree un sistema dotado de la apropiada seguridad.

3. Libre circulación y Covid-19: garantías para el futuro. El papel de las ocupaciones críticas

Continuando la exposición por las garantías, hay que elogiar la rapidez con la que reaccionó la Comisión en el terreno del *soft law* al inicio de la pandemia. Otra cosa no podía hacer, por otra parte, dado que los instrumentos vinculantes tienen una dinámica diferente y no habría resultado fácil aprobar Reglamento o Directiva alguna en aquel momento. En primer lugar, porque no está claro qué contenido habrían tenido en aquel tiempo de desconcierto. En segundo lugar, el precio político de un fracaso de una Comisión recién entrada en funciones habría sido abrumador. En ese escenario, el 11 de marzo de 2020 la OMS calificó la Covid-19 como pandemia. El 16 de marzo, el lunes inmediatamente posterior, la Comisión Europea presentó sus “Directrices sobre medidas de gestión de fronteras para proteger la salud y garantizar la disponibilidad de los bienes y de los servicios esenciales”¹⁶.

En su apartado 23, establecían que “los Estados miembros deben permitir y facilitar el cruce de fronteras por parte de los trabajadores fronterizos, especialmente, aunque no exclusivamente, de quienes trabajan en el sector de la salud y la alimentación, y otros servicios esenciales (por ejemplo, el cuidado de niños, la atención a las personas

¹⁵ Sobre la situación de este tipo de trabajadores durante la pandemia, STEFANOVA-BEHLERT Sachka, MENGHI Martina, The impact of Covid-19 on posted workers: the new ‘posting framework’. *European issues*. Bruselas, Fundación Robert Schuman, 591, 2021, pp.1-8.

¹⁶ [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020XC0316\(03\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020XC0316(03)) [consulta: 7 de enero de 2022].

mayores, el personal crítico de los servicios públicos) para garantizar la continuidad de la actividad profesional”.

El 30 de marzo de 2020, la Comisión publicó una nueva Comunicación¹⁷, en este caso dedicada a un aspecto mucho más concreto, unas “Directrices prácticas para garantizar la libre circulación de los trabajadores críticos”. Estas respondían a la petición llevada a cabo por el Consejo Europeo en su Declaración conjunta de 26 de marzo y suponían el desarrollo de las anteriores Directrices. Como se puede constatar, la terminología había mutado hacia ocupaciones “críticas”, acuñando una nueva noción *ad hoc* para el marco de la libre circulación, muy apropiada por lo diferenciada de las implicaciones nacionales.

Estas Directrices prácticas contenían, en primer lugar, una lista de “servicios críticos”. No tenía carácter exhaustivo y las categorías seguían la clasificación ESCO, la clasificación europea multilingüe de capacidades, competencias, cualificaciones y ocupaciones. Puede encontrarse en el apartado 2 de las Directrices y, en síntesis, incluye salud, tecnología, transporte¹⁸ y suministro, protección y alimentación. La lista es diametralmente opuesta a las propuestas teóricas formuladas sobre el “*fair movement*”¹⁹. No atiende a altas calificaciones como criterio rector, sino a las necesidades de la sociedad, que no necesariamente del mercado. Es importante recalcar este enfoque.

Este elenco pone de manifiesto la realidad de la integración transfronteriza. Se ha ido mucho más allá de un simple movimiento de mano de obra y se han creado zonas de convivencia que olvidan las fronteras. Los trabajadores se desplazan, pero también los consumidores de bienes y servicios. Las economías se integraron sin tener en cuenta, instaladas en la pacífica bonanza, mecanismos que pudieran salvaguardarlas ante una catástrofe inesperada. No había bárbaros a los que esperar ni Casandras que advirtieran de una contingencia como la que se desencadenó.

Con la lección aprendida, es menester reaccionar con vistas a lo que pueda deparar el futuro. De acuerdo con las Directrices, a los trabajadores empleados en estos servicios críticos debería permitírseles la libre circulación sin restricciones. Claro está, sin restricciones relativas al cruce de fronteras. Si un Estado declarara un confinamiento en su territorio, por ejemplo, los trabajadores residentes en Estados fronterizos quedarían vinculados por esa limitación. Pero de admitirse formas restringidas de trabajo, el criterio expuesto tendría pleno vigor, eliminando cualquier discriminación por razón de residencia y nacionalidad.

¿Es positiva la creación de esta nueva categoría? En mi opinión, sí. Se trata de una respuesta supranacional a un problema supranacional. Es la encarnación misma de la idea subyacente en el principio de subsidiariedad: la Unión debe actuar cuando su acción sea más eficaz que la de los Estados. Solo una regulación común puede elaborar una lista uniforme que evite trastornos en el cruce de fronteras.

¹⁷ C(2020) 2051 final.

¹⁸ No en bicicleta, por cierto. El enfoque *verde* no ha llegado todavía a este punto.

¹⁹ A este respecto, véase BARNARD, Catherine y FRASER BUTLIN, Sarah, *Free Movement vs. Fair Movement: Brexit and Managed Migration*. *Common Market Law Review*. Alphen aan den Rijn, Wolters-Kluwer, 2018, pp. 203-226.

Las Directrices incluían, además, entre otras disposiciones, una serie de propuestas de ordenación del tráfico fronterizo y de los controles sanitarios destinadas a permitir este tipo de desplazamientos, y previsiones específicas para los trabajadores de temporada. Resulta de especial interés la indicación a propósito de la puesta en práctica material de estas medidas: “Esto puede hacerse, por ejemplo, y si procede, reservándoles carriles específicos en las fronteras o dándoles etiquetas adhesivas reconocidas por los Estados miembros vecinos para facilitar su acceso al territorio del Estado miembro de empleo”²⁰.

Recuérdese que en el caso *Gottwald*²¹ el Tribunal de Justicia ya proporcionó parámetros para la actuación de los Estados a propósito de las viñetas de circulación de vehículos utilizados por discapacitados. Las indicaciones de aquel momento, “debe hacerlo en todo caso con observancia del Derecho comunitario, y en particular de las disposiciones del Tratado relativas a la libertad reconocida a todo ciudadano de la Unión de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, y de la prohibición fundamental de discriminación por razón de la nacionalidad”, son plenamente trasladables a un hipotético “salvoconducto verde” nacional para el cruce de fronteras.

A medida que los Estados miembros iniciaban sus procesos de desescalada, la Comisión volvió a intentar tomar las riendas del Mercado Interior. El 13 de mayo, presentó su estrategia general para la recuperación en 2020 y en años posteriores del turismo y el transporte²², un enfoque común para restaurar la libre circulación y suprimir las restricciones en las fronteras internas de la UE de forma gradual y coordinada²³ y un marco para apoyar el restablecimiento gradual del transporte, garantizando la seguridad de los pasajeros y del personal²⁴, entre otras medidas. En los tres documentos se recalca la importancia del sector turístico como pieza clave de la economía europea y la necesidad de su reactivación con las debidas garantías sanitarias. En todos ellos, además, se señalaba la importancia del empleo en el sector.

Un campo que recibió especial atención por parte de la Comisión fue el trabajo de temporada, que por su naturaleza misma tiene un interés añadido en términos transnacionales²⁵. Recuérdese que los trabajadores de temporada nacionales de un Estado

²⁰ ROBIN-OLIVIER, Sophie, 2020. Free Movement of Workers in the Light of the COVID-19 Sanitary Crisis: From Restrictive Selection to Selective Mobility. En: *Europeanpapers.eu* [en línea]. Disponible en: https://www.europeanpapers.eu/en/system/files/pdf_version/EP_EF_2020_I_019_Sophie_Robin_Olivier_00357.pdf [consulta: 7 de enero de 2022]: “This should be kept in mind for future developments of free movement of workers”. La Confederación Europea de Sindicatos era más escéptica: “in fact risk having far reaching consequences to the detriment of working conditions of many transport workers”. (ETUC note on Posted Workers and COVID-19 outbreak - updated 20 May 2020.pdf) [consulta: 7 de enero de 2022].

²¹ STJUE de 30 de abril de 2009 (asunto C-103/08, Arthur Gottwald contra Bezirkshauptmannschaft Bregenz).

²² COM(2020) 550 final

²³ C(2020) 3250 final

²⁴ C(2020) 3139 final

²⁵ Informe “Attracting and protecting the rights of seasonal workers in the EU and United Kingdom” de la European Migration Network, p.32: “The COVID-19 pandemic has made the substantial reliance of

miembro quedan incluidos en el régimen general de la libre circulación. Por definición, es trabajador de temporada, de acuerdo con la Directiva 2014/36/UE, “el nacional de un tercer país que conserve su residencia principal en un tercer país, pero permanezca temporalmente de manera legal en el territorio de un Estado miembro para realizar una actividad sujeta al ritmo estacional, al amparo de uno o más contratos de trabajo de duración determinada celebrados directamente entre ese nacional de un tercer país y el empresario establecido en dicho Estado miembro”. Estos tienen un régimen propio, armonizado por dicha Directiva, paralelo al de la libre circulación, que puede ser objeto de medidas especiales²⁶.

El 16 de julio de 2020, presentó unas Directrices específicas²⁷, que insistían en la importancia de este tipo de trabajo en los sectores turístico y agroalimentario, bajo cualquiera de los dos regímenes. El mensaje para los Estados era claro. En tiempos de pandemia, era necesario extremar el control de las condiciones de trabajo, vida y, especialmente, alojamiento. En materia de Seguridad social, el texto insistía en la necesidad de que los trabajadores estuvieran provistos del documento A1. La parte más interesante de las Directrices, con todo, es el amplio catálogo de iniciativas futuras que la Comisión planteaba, desde estudios de campo a reuniones con *stakeholders* y actuaciones desde la Autoridad Laboral Europea. Pasado año y medio, no obstante, es difícil rastrear su eficacia real.

Hasta después del verano, sin embargo, la Unión Europea no adoptó un texto de carácter más *sólido* que las mencionadas Comunicaciones. Hubo que esperar hasta el 13 de octubre de 2020 para la aprobación de la Recomendación (UE) 2020/1475 del Consejo, sobre un enfoque coordinado de la restricción de la libre circulación en respuesta a la pandemia de COVID-19. Se trataba de un texto que contemplaba la libre circulación con carácter general, *ciudadano*, y en el que los aspectos laborales solo ocupaban una mínima parte. Este hecho no ha de ser pasado por alto, ya que refleja a la perfección la transformación de una libertad económica en un derecho de todos los ciudadanos europeos. De ahí la insistencia en la necesidad de proporcionalidad en las restricciones, de la ausencia de cualquier discriminación por razón de nacionalidad y de la atención debida a las regiones transfronterizas²⁸.

several Member States on seasonal workers highly apparent. Some Member States suspended part or all of their normal activities with respect to the processing of applications by seasonal workers. Additionally, some Member States experienced labour shortages in sectors in which seasonal workers are typically active (e.g. agriculture)”. Disponible en: https://emn.ie/wp-content/uploads/2020/12/2020_eu_seasonal_workers_study_synthesis_report_en.pdf [consulta: 7 de enero de 2022].

²⁶ Un ejemplo de lo hecho es el catálogo de las medidas adoptadas en Austria a este respecto, analizado en HUMER Lukas y SPIEGELFELD Alexander, *Seasonal Workers from Third Countries in Austria*, pp.31 y ss. Disponible en <https://www.emn.at/wp-content/uploads/2020/11/emn-national-report-2020-seasonal-workers-in-at.pdf> [consulta: 7 de enero de 2022].

²⁷ C(2020) 4813 final

²⁸ Este texto fue completado por la Recomendación (UE) 2020/1632 del Consejo, de 30 de octubre de 2020, sobre un enfoque coordinado de la restricción de la libre circulación en respuesta a la pandemia de COVID-19 en el espacio Schengen.

La idea central en el ámbito del trabajo aparecía reflejada en el Considerando 18 y era una continuación de lo que la Comisión venía defendiendo desde marzo de 2020: “Para limitar la perturbación del mercado interior y de la vida familiar durante la pandemia, no debe imponerse la obligación de cuarentena a los viajeros con una función o necesidad esencial, como los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que ejerzan ocupaciones críticas, los trabajadores transfronterizos, los trabajadores del transporte o los proveedores de servicios de transporte, los marinos y las personas que viajen por razones imperiosas familiares o de negocios, incluidos los miembros de familias transfronterizas que viajen regularmente”. El punto 19 recogía, con escasas variaciones, esta lista, lo cual es una prueba del deterioro de la técnica normativa de la UE, que insiste en repetir literatura. Nótese, en todo caso, que la única medida propuesta era la exención de cuarentena. Parece modesta, pero no cabía pensar una intervención distinta en aquel momento.

¿Y en el actual? “En tiempo de desolación nunca hacer mudanza”. Aunque la Covid-19 se resista a desaparecer, parece llegado el tiempo de una necesaria reflexión. Quizá haya llegado el momento de transformar todo ese *soft law* en un Reglamento complementario del Reglamento (UE) n° 492/2011. El empleo de esta herramienta legislativa evitará los retrasos innecesarios que podrían derivarse de una lenta transposición. Y creará un régimen único, claro y transparente en todos los Estados miembros.

Parece apropiado desarrollar las medidas necesarias para que, en caso de rebrote de esta pandemia o de otras futuras, el trabajo transfronterizo no se interrumpa²⁹. Etiquetas, sensores o apps deben ser creados para garantizar el paso a través de las “sendas verdes” mencionadas. El Derecho de la UE tiene las herramientas necesarias para actuar en lo material. Es el único, de hecho, capaz de crear medidas transnacionales de esta naturaleza. El Pasaporte Covid-19, ya mencionado, es el ejemplo más claro de cómo la Unión puede actuar en este sentido.

²⁹ En este sentido se ha manifestado la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de mayo de 2021, sobre el impacto de las normas de la Unión en la libre circulación de trabajadores y servicios: la movilidad de los trabajadores dentro de la Unión como herramienta para que las necesidades del mercado laboral y las capacidades se compaginen (2020/2007(INI)): “Pide a los Estados miembros que apliquen todas las recomendaciones de la Comisión sobre la adopción, coordinación y supresión de las medidas relacionadas con la pandemia de COVID-19; pide asimismo a los Estados miembros que establezcan un protocolo sanitario común para los trabajadores móviles, incluidos los trabajadores transfronterizos y fronterizos, teniendo en cuenta las directrices del Centro Europeo para la Prevención de las Enfermedades (ECDC); destaca que los principios rectores de cualquier medida adoptada ante la crisis y de la senda hacia la recuperación deben ser la salud y la seguridad de todos los trabajadores, el respeto de los derechos fundamentales, incluida la igualdad de trato entre los trabajadores locales y móviles, al tiempo que se reconoce la situación especialmente vulnerable de los trabajadores fronterizos, desplazados, temporeros, transfronterizos y otros trabajadores móviles durante la pandemia de COVID-19 y sus consecuencias”.

4. Asuntos de familia: el encaje de modelos alternativos de convivencia en la normativa vigente

Uno de los aspectos que revelan de forma más clara la astuta visión política que respaldó en su origen a la libre circulación fue el especial cuidado puesto en la familia de los trabajadores. Frente a los modelos existentes, que básicamente conducían a la rotura de unidades familiares por la migración, el naciente Derecho comunitario buscó otorgar notables beneficios a esta esfera. Así, en materia de Seguridad Social se apostó desde un primer momento por la igualdad de trato, con independencia de la residencia de los miembros implicados.

En materia de libre circulación, el artículo 11 del primigenio Reglamento nº 15, de 1961, estableció el derecho del cónyuge y los descendientes del trabajador a instalarse con él en el Estado escogido. Desde allí llegó al artículo 2 de la Directiva 2004/38/CE, aumentando con el paso del tiempo las referencias a los componentes de la unidad familiar. En todos esos años, la interpretación del término “cónyuge” solo ha sido objeto de una única cuestión prejudicial, el caso *Coman*³⁰. La viabilidad de su doctrina en el actual contexto político-jurídico de la Unión Europea será objeto de consideración en la primera parte de este apartado.

Se trató de una sentencia dictada en Gran Sala, con observaciones de los Gobiernos de Rumanía, Letonia, Hungría, Países Bajos y Polonia, además de la Comisión Europea. Como se puede comprobar, el asunto despertó un considerable interés en los países del Centro y del Este de Europa. El punto de partida de la cuestión prejudicial era precisamente la Directiva 2004/38/CE, que concede, en este caso, a los miembros de la familia de un ciudadano comunitario que no tengan dicha condición un derecho de residencia derivado. El punto de llegada era el Código Civil rumano, que establece que “los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados o contraídos en el extranjero por ciudadanos rumanos o por extranjeros no gozarán de reconocimiento legal en Rumanía”.

El Sr. Coman era nacional rumano y estaba casado, conforme al Derecho belga, con el Sr. Hamilton, estadounidense. Al consultar las condiciones de residencia en Rumanía, la respuesta que obtuvieron fue muy restrictiva, al negarse cualquier valor a su matrimonio. Impugnada esta decisión, por discriminatoria por razón de la orientación sexual y contraria a la libre circulación, el *iter* judicial rumano terminó ante el Tribunal Constitucional, que fue el que elevó la cuestión prejudicial.

El inicio de la sentencia no pudo ser más desalentador para las pretensiones del matrimonio: “de una interpretación literal, sistemática y teleológica de las disposiciones de la Directiva 2004/38/CE resulta que esta únicamente regula los requisitos de entrada y residencia de un ciudadano de la Unión en Estados miembros distintos de aquel del que es nacional y no puede dar soporte a un derecho de residencia derivado en favor de

³⁰ STJUE de 5 de junio de 2018 (asunto C-673/16, Relu Adrian Coman y otros contra Inspectoratul General pentru Imigrări y Ministerul Afacerilor Interne).

los nacionales de terceros Estados, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, en el Estado miembro del que este es nacional”.

Consciente de esta limitación, el Tribunal recolocó, sin que nadie se lo hubiera pedido, el litigio en el ámbito del artículo 21 TFUE: “el efecto útil de los derechos que el artículo 21 TFUE, apartado 1, confiere al ciudadano de la Unión de que se trate exige que la convivencia familiar que este ciudadano ha mantenido en dicho Estado miembro pueda continuar a su regreso al Estado miembro del que es nacional, mediante la concesión de un derecho de residencia derivado al miembro de la familia en cuestión, nacional de un tercer Estado”. Dicho esto, podía iniciar el examen de las cuestiones prejudiciales, ya que existía una convivencia anterior en Bélgica.

El Tribunal no se anduvo con rodeos: “debe recordarse ante todo que el concepto de «cónyuge» en el sentido de la Directiva 2004/38/CE es neutro desde el punto de vista del género y puede, por tanto, incluir al cónyuge del mismo sexo del ciudadano de la Unión de que se trate”. Merece la pena recalcar aquí la capacidad del Tribunal de poner al día una norma frente a la voluntad inicial del legislador. Quien piense que en 2004 la Directiva incluía ya este enfoque, cuando sólo los Países Bajos y Bélgica admitían el matrimonio entre personas del mismo sexo, es el elegido para acariciar a un unicornio.

El siguiente razonamiento fue también de notable finura. Si el artículo 2.2.b remite expresamente a las legislaciones nacionales para determinar qué es “miembro de la familia” a propósito de las parejas de hecho, el silencio respecto del cónyuge del artículo 2.2.a implica que las legislaciones nacionales no pueden decir nada al respecto. ¿Cómo casaba esto con las competencias exclusivas de los Estados en materia de estado civil? Para el Tribunal, por encima de dicha exclusividad está la necesidad de respetar el Derecho de la Unión en el ejercicio de las competencias, uno de sus argumentos clásicos. La negativa estatal a reconocer el matrimonio válido en otro Estado crearía una asimetría intolerable en la libertad de circulación. En el caso concreto, negaría a un ciudadano la posibilidad de retornar a su Estado de origen en la mejor circunstancia personal elegida.

Quedaba superar el último obstáculo: las consideraciones objetivas que justifiquen la medida restrictiva, aplicadas de forma proporcionada. Varios de los Gobiernos (es fácil imaginar que todos, menos el de los Países Bajos) señalaron la voluntad de algunos Estados de preservar el matrimonio como una unión entre un hombre y una mujer, añadiendo el Gobierno letón el orden público y la identidad nacional al arsenal de causas de rechazo. Los argumentos bálticos fueron rechazados rápidamente: la UE respeta la identidad nacional (sin más explicaciones) y el orden público solo puede invocarse en caso de amenaza real y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad. A juicio del Tribunal, en nada afectaba a la configuración de los matrimonios en dichos Estados el hecho de que reconocieran lo que sucede en el exterior, sin alterar en modo alguno sus regímenes internos.

Curiosamente, el Tribunal de Justicia empleó para reforzar su argumentación algo del todo inhabitual en su práctica ordinaria: “de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos resulta que la relación que mantiene una pareja homosexual puede estar comprendida en el concepto de «vida privada» y en el de «vida familiar»

del mismo modo que la de una pareja heterosexual que se encuentre en la misma situación”. Vencidos así los obstáculos, el Tribunal declaró que la actuación de Rumanía era contraria al derecho a la libre circulación de las personas. Las consecuencias prácticas de ello eran que un cónyuge del mismo sexo tenía derecho de residencia en el Estado, con requisitos que no podían ser más estrictos que los exigidos a un cónyuge de distinto sexo, conforme a la Directiva 2004/38/CE.

En la misma línea ha discurrido la muy reciente sentencia *VMA*³¹. En ella se ha reconocido el deber de los Estados miembros de expedir la documentación recogida en la Directiva 2004/38/CE con independencia de que los progenitores del menor solicitante sean personas del mismo sexo. Las citas del caso *Coman* son abundantes e incluso el ponente en ambos casos fue el mismo. No parece descabellado afirmar que hay una línea clara de defensa por parte del Tribunal de los modelos de familia contruidos sobre la convivencia de personas del mismo sexo.

En su momento, el caso *Coman* fue saludado casi con unanimidad como un triunfo de la moderna Europa Occidental, al igual que ha sucedido con *VMA*. En el futuro, sin embargo, pueden transformarse en victorias pírricas y en la fuente de un nuevo desafío por parte de Polonia a la Unión Europea. Señalar a Polonia no responde a ningún tipo de prejuicio, sino que es consecuencia de su propia actualidad jurídica. Ha ganado recientemente dudosa fama la sentencia K-3/21, de 7 de octubre de 2021, del Tribunal Constitucional polaco³². En ella se estudió, como es sabido, la conformidad de la Constitución de la República con el Tratado de la Unión Europea. Y en ella se declaró, como es sabido, que es contraria a la Carta Magna polaca la obligación judicial de inaplicar el Derecho nacional con base en la primacía del Derecho de la Unión Europea.

Pues bien, en su artículo 18, la mencionada Constitución establece que “el matrimonio, que es la unión de un hombre y una mujer, (...), [estará] bajo la protección y el cuidado de la República de Polonia”. Resulta fácil predecir cuál será el resultado de un intento de aplicación de la doctrina *Coman* por un juez polaco. En el horizonte se plantea un nuevo choque que puede ser provocado intencionalmente tanto por personas con un verdadero y legítimo interés en la materia como por litigantes estratégicos deseosos de sacudir las relaciones entre la Comisión y Polonia³³.

Otras hipotéticas vicisitudes en el camino de la libre circulación pueden venir de la mano de lo que es apropiado denominar *ritos desiguales*. Todos los Estados miembros de la Unión Europea prescriben en sus legislaciones las formas apropiadas de celebración

³¹ STJUE de 14 de diciembre de 2021 (asunto C-490/20, V.M.A. y Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»).

³² <https://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11662-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej> (texto en inglés) [consulta: 7 de enero de 2022].

³³ Baste con recordar que la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 5 de mayo de 2020, *Weiss*, en la que Karlsruhe desafió a Luxemburgo, fue promovida por un grupo de litigantes euroescépticos entre los que se contaba uno de los fundadores del ultraderechista partido AfD, Bernd Lucke. Se trata, a grandes rasgos, de las mismas personas que habían intentado derribar el programa de compras de valores públicos en mercados secundarios por parte del Banco Central Europeo en la cuestión prejudicial *Weiss*, resuelta por la sentencia de 11 de diciembre de 2018.

del matrimonio. Y en muchos de ellos, las personas insisten en contraer matrimonio a través de ritos que no forman parte de esos catálogos. Como consecuencia de esas decisiones, en broma o en conciencia, tienen lugar en ocasiones episodios jurisdiccionales que introducen efectos no previstos en la norma.

El ejemplo más pintoresco es, con toda probabilidad, el “Pastafarismo”, o “*Church of the Flying Spaghetti Monster*”, cuyas prácticas no serán expuestas aquí. En líneas generales, no tienen reconocimiento legal. Pero en algunos pronunciamientos administrativos y judiciales nacionales se ha autorizado a sus seguidores a lucir un escurridor de pasta en la cabeza o un pañuelo pirata en fotos en documentación oficial, en tanto que expresión religiosa. El más caso conocido es el del activista austriaco Niko Alm.

Más aun, y aquí se abre el camino para la afectación a la libre circulación, en abril de 2016, un juez neozelandés autorizó la celebración de un matrimonio conforme a este rito. Uno de los contrayentes tenía nacionalidad británica, mientras que su cónyuge era neozelandesa. Los datos encajan sin lugar a duda en el ámbito de regulación de la Directiva 2004/38/CE en el momento en el que se celebró. ¿Qué habría sucedido si se hubieran trasladado a un Estado miembro e invocado los derechos de residencia oportunos?

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado de forma contundente sobre esta creencia. A propósito del derecho a lucir un colador en la cabeza para la fotografía del carnet de conducir, el Tribunal, en su sentencia de 2 de diciembre de 2021³⁴, ha establecido sin lugar a dudas que el Pastafarismo no puede ser considerado como una religión protegida por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. La carencia de seriedad que caracteriza al movimiento, célebre por su correlación entre el descenso del número de piratas y el calentamiento global, la descalifica para ello.

¿Qué podría suceder en el caso de que un *rito desigual* como este llegara a través de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia? La partida del Reino Unido ha hecho disminuir el porcentaje de excéntricos en la Unión Europea, pero los Países Bajos parecen estar bien provistos de repuesto. No parece, en todo caso, arriesgado aventurar que el Tribunal seguiría las huellas del órgano de Estrasburgo y denegaría la eficacia al matrimonio celebrado bajo el rito de lo que no es una religión reconocida como tal.

Introducido el dilema en modo cómico, es menester trasladarlo al modo serio, siguiendo las enseñanzas de Rudolf von Jhering. El matrimonio por el rito gitano ha sido y es, en España, fuente de pronunciamientos judiciales contradictorios. Un hito en el camino fue la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Muñoz Díaz* de 2009³⁵, que condenó a España por no reconocer pensiones de viudedad derivadas de enlaces de este tipo. A ella siguieron diversos pronunciamientos internos de muy variado cariz, en un camino cuyo último episodio relevante fue la sentencia del Tribunal Constitucional 1/2021³⁶. Si bien esta rechaza la pretensión de percibir dicha prestación, el voto

³⁴ [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-214084%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-214084%22]}) [consulta: 7 de enero de 2022].

³⁵ STEDH de 8 de diciembre de 2019 (Núm. 49151/07, Caso Muñoz Díaz contra España)

³⁶ STC 1/2021 de 25 de enero de 2021

particular “muy argumentado”³⁷ del Magistrado Xiol Ríos plantea argumentos de gran relevancia sobre el posible carácter discriminatorio de la negativa.

Si esta línea disidente llegara a aceptarse en el futuro, una figura paralela al ordenamiento jurídico pasaría a estar incluida en el ámbito de aplicación de la libre circulación y también de los Reglamentos de Seguridad Social. La preocupación central de la Unión hasta ahora había estado dirigida hacia la edad temprana del matrimonio de mujeres de esta etnia³⁸. Pero dado el evidente rasgo de género que presentan las consecuencias de estos enlaces, no cabe descartar un paso más allá. Los ejemplos presentados, en broma y en serio, obligan a la reflexión por parte de la Comisión Europea sobre estos modelos alternativos de convivencia y cómo han de encajar en la normativa vigente.

Un último aspecto que nunca ha sido examinado por el Tribunal de Justicia es el encaje de la poligamia en la Directiva 2004/38/CE o en el Reglamento (CE) nº 833/2004. A primera vista, podría afirmarse que este no es un problema relevante, puesto que la noción de orden público frena posibles afectaciones. Un examen más detenido lleva a la consideración de los borrosos perfiles del orden público en el Derecho de la Unión Europea³⁹ y al descubrimiento, epatante, de que el extinto Tribunal de Función Pública sí se pronunció en una ocasión al respecto, en un asombroso caso de poliandria.

En efecto, la sentencia *Mandt*⁴⁰ reconoció la condición de supérstite a dos hombres que habían estado casados con la misma funcionaria del Parlamento Europeo. El quid de la cuestión derivaba de la falta de reconocimiento de su divorcio del primer cónyuge por las autoridades alemanas, lo que la llevó a contraer segundo matrimonio en Estados Unidos. Por lo tanto, habían estado casados con ella no sucesivamente, sino simultáneamente, con una cierta dosis de mala fe. No se trata, evidentemente, de las situaciones subsumidas en la idea normal de poligamia, pero es un escenario donde una pensión de viudedad es dividida entre dos hombres con vínculos conyugales simultáneos con la misma mujer.

El tema no tendría mucho recorrido, en todo caso, si no fuera porque el ordenamiento jurídico de, al menos, dos Estados miembros de la Unión Europea regula en materia de Seguridad Social situaciones polígamas. El primero de ellos es Francia, que en el artículo 31 de su Convenio General con Marruecos sobre Seguridad Social⁴¹ contempla el reparto de prestaciones de viudedad entre diversas mujeres supérstites⁴².

El otro Estado miembro es España. En efecto, el Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos de 8 de noviembre de 1979, en su artículo 23, dispone que

³⁷ ROJO TORRECILLA, Eduardo, El matrimonio gitano no permite el acceso a la pensión de viudedad según el TC. ¿Existe discriminación?, *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*. Madrid, BOE, 3, 2021.

³⁸ Agencia de los Derechos Fundamentales, *Second European Union Minorities and Discrimination Survey Roma women in nine EU Member States*, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-eu-minorities-survey-roma-women_en.pdf [consulta: 7 de enero de 2022].

³⁹ Ampliamente, JEAUNEAU, Adeline, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2019

⁴⁰ STFPUE de 1 de julio de 2010 (asunto F-45/07. Wolfgang Mandt contra Parlamento Europeo)

⁴¹ https://www.cleiss.fr/pdf/conv_maroc.pdf [consulta: 7 de enero de 2022].

⁴² De acuerdo con los artículos 39 y ss. del *Code de la famille* marroquí, solo un hombre puede tener dos esposas.

“la pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación”.

No es este el momento de plantear los diversos avatares judiciales que han originado algunos polígamos con derechos a pensión española⁴³. Pero sí es menester recordar lo señalado por la Sala Tercera del Tribunal Supremo a este respecto en su sentencia de 24 de enero de 2018⁴⁴: “en nuestro propio ordenamiento jurídico existe un concreto efecto reconocible para los matrimonios polígamos de súbditos marroquíes y, por tanto, respondiendo a la primera de las cuestiones de interés casacional, si el Estado Español reconoce esos efectos “atenuados” a las situaciones de poligamia de súbditos marroquíes, no es acertado oponer la cláusula general de orden público al reconocimiento de la condición de beneficiarias de la pensión de viudedad, ello aunque nos encontremos en un supuesto de clases pasivas del Estado”.

Si a este reconocimiento interno le añadimos un elemento de movilidad dentro de la Unión Europea, el problema está servido. No puede olvidarse que la sentencia *Gottardo*⁴⁵ estableció que “cuando un Estado miembro celebra con un país tercero un convenio internacional bilateral de seguridad social que prevé el cómputo de los períodos de seguro cubiertos en dicho país tercero para tener derecho a prestaciones de vejez, el principio fundamental de igualdad de trato obliga a dicho Estado miembro a conceder a los nacionales de los demás Estados miembros las mismas ventajas que aquellas de las que disfrutaban sus propios nacionales en virtud de dicho convenio, a menos que pueda justificar objetivamente su denegación”.

En virtud de esta jurisprudencia, sustituyendo el cómputo por el prorrateo entre viudas, la extensión de los dos acuerdos mencionados puede ampliarse de forma muy considerable. No es difícil concebir el caso de un ciudadano alemán, naturalizado marroquí conforme al artículo 13 del *Code de la nationalité marocaine*, que contrajera un segundo matrimonio simultáneo en el país africano, tras haber trabajado en Alemania y en España. ¿Qué sucedería a su fallecimiento con la pensión de viudedad generada conforme al primer ordenamiento?

El ejemplo planteado es, obviamente, remotísimo, incluso en materia de Seguridad Social. Pero con él se quiere llamar la atención sobre la existencia de un resquicio por el que la poligamia puede introducirse, cual desconcertante piedrecita, en el engranaje de la libre circulación, donde no existe Tratado internacional alguno. El hijo de madre alemana y padre marroquí tiene, de acuerdo con el artículo 4 de la *Staatsangehörigkeitsgesetz*, la doble nacionalidad. Queda incluido, por lo tanto, en el régimen del *Code* marroquí mencionado. Podría contraer un segundo matrimonio en Marruecos y luego retornar

⁴³ Una síntesis en SELMA PENALVA, Alejandra, *El contrato de trabajo internacional y las soluciones de compromiso. Problemas prácticos suscitados en la jurisprudencia española*. Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2020, pp.197 ss.

⁴⁴ STS de 24 de enero de 2018 (Rº. 98/2017, Sala de lo Contencioso-Administrativo)

⁴⁵ STJUE de 15 de enero de 2002 (asunto C-55/00, Elide Gottardo c. Istituto nazionale della previdenza sociale)

a un Estado miembro de la Unión Europea con dos esposas. ¿Qué sucedería entonces? Llegado el caso al Tribunal de Justicia, ¿aplicaría este la doctrina *Coman*?

Está claro que correspondería al Tribunal decidir si abre la puerta a esta figura, lo cual parece poco probable. Resulta más verosímil pensar que, en formación de Gran Sala a petición del Estado miembro concernido, la sentencia declarara que la bigamia no está admitida en ningún Estado miembro y que, por lo tanto, es la tradición de todos los Estados miembros su rechazo. De esta manera, se podría avanzar en la construcción jurisprudencial de la noción del orden público europeo. Pero todo lo indicado es, como se ha dicho, simple especulación.

5. La libre circulación ante un mundo digitalizado: hipotéticos problemas de ley aplicable

La libre circulación de trabajadores fue concebida en un mundo industrial de movimientos de personas y trabajos físicos. La mutación de los medios de producción derivada del avance de las tecnologías de la información ha hecho que surjan nuevas situaciones para las que la normativa no está preparada. Ya no se trata tanto de los derechos vinculados a la libre circulación como de las consecuencias sobre la ley aplicable que su ejercicio puede conllevar. Los dos retos principales que se abordarán aquí son la actuación transnacional de las plataformas digitales y el teletrabajo transfronterizo, ya se realice o no a través de plataformas.

La reciente propuesta de la Comisión Europea de una Directiva sobre la mejora de las condiciones laborales en las plataformas digitales apunta, si llega a entrar en vigor, a la laboralización de una parte sustancial de las personas que prestan servicios a través de ellas⁴⁶. El reconocimiento de la existencia de un contrato de trabajo trae consigo la inserción de estas actividades en el marco de la libre circulación si se desarrollan en dos Estados miembros. No es difícil concebir la posibilidad de plataformas de reparto o transporte en regiones transfronterizas fuertemente integradas. Y ello implicaría la prestación de servicios bajo dos legislaciones distintas, en tanto que el lugar de trabajo es variado, con posibles problemas de ley aplicable en materia de contrato de trabajo o en materia de Seguridad Social. No se trata tanto de que exista un vacío legal, puesto que la pluriactividad transfronteriza ha estado regulada desde hace tiempo, sino de señalar las dificultades prácticas que se derivarían.

Ahora bien, antes de abordar esta hipótesis, debe recordarse lo señalado por el Tribunal de Justicia en el caso *Trojani*⁴⁷: “Debe considerarse «trabajador» cualquier persona que ejerza actividades reales y efectivas, con exclusión de aquellas actividades realizadas

⁴⁶ Un primer análisis en GIL OTERO, Lidia, Un paso (necesario) más allá de la laboralidad: análisis y valoración de la propuesta de Directiva relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas, *Lex Social. Revista de Derechos Sociales*. Sevilla, Universidad Pablo de Olavide, 12, 1, 2022.

⁴⁷ STJUE de 7 de septiembre de 2004 (asunto C-456/02, Michel Trojani contra Centre public d'aide sociale de Bruxelles).

a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio”. Es fácil descartar, con este criterio, las incursiones episódicas de un trabajador de una plataforma de reparto o similares en otro Estado miembro. La actividad seguiría teniendo lugar en el Estado donde se desarrollan casi totalmente las tareas.

En el campo de la Seguridad Social, el criterio es coherentemente similar. El caso *Szoja*⁴⁸ señaló claramente que “el Reglamento de aplicación, cuyo objetivo consiste en establecer las normas de desarrollo del Reglamento de base, dispone en su artículo 14, apartado 5 ter, que las actividades marginales no se tomarán en consideración a los efectos de determinar la legislación aplicable en virtud del artículo 13 del Reglamento de base”.

Estos matices jurisprudenciales permiten dejar de lado lo episódico y reconocer que las únicas posibles dificultades surgirán cuando una plataforma tenga como auténtico objeto el desplazamiento transfronterizo de personas o mercancías. Un modelo de negocio basado, por ejemplo, en la compra de productos en un Estado miembro para su transporte instantáneo a otro, sí que podrá encontrar dificultades para encajar en la normativa vigente. Habrá que atender al volumen de prestación de servicios en uno y otro Estado, a la existencia de una parte sustancial de actividad, etc... Reglas clásicas, en definitiva, pero que pueden tener mal encaje con lo efímero de la prestación de servicios en muchas de estas plataformas.

El verdadero desafío de futuro proviene, a mi entender, del teletrabajo transfronterizo. En el caso *Hartmann*⁴⁹, el Tribunal afirmó que “un nacional de un Estado miembro que, conservando su empleo en dicho Estado, ha trasladado su domicilio a otro Estado miembro y desde entonces ejerce su actividad profesional como trabajador fronterizo puede invocar la condición de trabajador migrante”. ¿Cuál es la validez de esta doctrina cuando la actividad profesional ya no se ejerce como trabajador fronterizo sino como teletrabajador? No debería haber obstáculos para continuar reconociendo la validez de lo afirmado, en principio. Ahora bien, el escenario legal tras el cruce de fronteras es complejo, en un primer nivel en términos de ley aplicable⁵⁰, y en un segundo nivel, más práctico, en términos de organización del trabajo.

En su Considerando 16, el Reglamento (CE) n° 593/2008, sobre la ley aplicable a las relaciones contractuales, afirma que “con el fin de contribuir al objetivo general del presente Reglamento que es la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo, las normas de conflicto de leyes deben presentar un alto grado de previsibilidad”. A esta afirmación debe añadirse la recogida en el Considerando 23: “En cuanto a los contratos celebrados con partes consideradas más débiles, es conveniente protegerlas por medio de normas de conflicto de leyes más favorables a sus intereses que las normas generales”.

⁴⁸ STJUE de 13 de julio de 2017 (asunto C-89/16, Radosław Szoja v Sociálna poisťovňa and WEBUNG, s.r.o.).

⁴⁹ STJUE de 18 de julio de 2007 (asunto C-212/05, Gertraud Hartmann v Freistaat Bayern).

⁵⁰ Para los problemas de Seguridad Social, MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, Ángela, El Real-Decreto Ley 28/2020 y el teletrabajo transnacional. ¿Algo nuevo bajo el sol?, en M. Rodríguez-Piñero Royo y A. Todolí Signes (dirs.), Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 498 ss.

Realizando una lectura conjunta de estas dos afirmaciones, antes de entrar en el análisis del articulado, cabe afirmar que, también en materia de teletrabajo, debería existir una considerable certeza sobre qué ley se va a aplicar al teletrabajador y esta no debería poder ser menoscabada por el interés empresarial.

Desde una perspectiva teórica, es fácil concebir dos posibilidades de teletrabajo transfronterizo: el pactado y el impuesto por la empresa. El primero tiene fácil acomodo en el primer apartado del artículo 8 del Reglamento. Responde, en la mayoría de los casos, a un trabajador de alta cualificación cuya presencialidad es innecesaria para la prestación de servicios. Las partes pactan la legislación aplicable y el trabajador se mueve a un Estado miembro que encaja con sus preferencias personales. Esta situación ya ha existido en los últimos años y los problemas que conlleva se han dado, principalmente, en el ámbito tributario⁵¹.

Ahora bien, el desarrollo de las tecnologías de la comunicación y la información ha dado lugar a lo que se puede bautizar como “deslocalizaciones digitales”. Y un *brote* de estas ya ha pasado por el Tribunal de Justicia. En el caso *Bundesdruckerei*⁵², el Tribunal de Justicia decidió que, cuando “un licitador tiene previsto ejecutar un contrato público exclusivamente con trabajadores empleados por un subcontratista establecido en un Estado miembro distinto del de la entidad adjudicadora, el artículo 56 TFUE se opone a la aplicación de una normativa del Estado miembro de esa entidad adjudicadora que obliga a ese subcontratista a pagar a los citados trabajadores un salario mínimo fijado por dicha normativa”.

Sobre esta base, no es descabellado afirmar que, en el estado actual de la normativa y de la jurisprudencia, si una empresa tiene a sus teletrabajadores radicados en otro Estado miembro, la regulación laboral del Estado miembro de establecimiento de la empresa no es aplicable. Será relevante, por lo tanto, la del Estado donde se encuentren físicamente los teletrabajadores, lo cual parece encajar en una interpretación literal del artículo 8.2 del Reglamento (CE) nº 593/2008. Una empresa sueca sitúa a sus diseñadores en Bulgaria, pues, y el coste laboral se desploma. No es nada diferente de lo que se ha estado haciendo con determinados servicios de *call center* en los últimos años, entre otras ocupaciones fácilmente deslocalizables. Pero la cuestión amenaza ahora con generalizarse si se tiene en cuenta la prestación de actividades *online*, desmaterializadas. Esos servicios eran un síntoma, ahora hay riesgo grave de contagio.

¿Es tan sencillo acabar con la rigidez de la norma de conflicto? ¿La decisión empresarial de situar físicamente a sus teletrabajadores en un Estado miembro implica automáticamente el cambio de ley aplicable, como sucedía en el caso de las prestaciones *offline*? La inversión económica que implicaba la deslocalización física palidece ahora frente al ordenador portátil transportado en una mochila. Resulta difícil defender que sí, sin concebir un escenario de explosión centrífuga. Sostengo, de hecho, que

⁵¹ Para los problemas prácticos en materia de Seguridad Social, SELMA PENALVA, Alejandra, *El contrato de trabajo internacional y las soluciones de compromiso. Problemas prácticos suscitados en la jurisprudencia española*. Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2020, pp.55 ss.

⁵² STJUE de 18 de septiembre de 2014 (asunto C-549/13, *Bundesdruckerei GmbH* contra *Stadt Dortmund*).

el artículo 8 del Reglamento (CE) nº 593/2008 ha quedado obsoleto frente a las realidades digitales del mercado de trabajo y es necesaria su modificación para contemplar estos fenómenos.

Un hipotético futuro apartado 5 del artículo 8 o un hipotético futuro artículo 8 bis deberían regular las situaciones de teletrabajo transnacional. Es una situación que concierne a todos los Estados miembros y una pléyade de regulaciones nacionales podría dar lugar a la multiplicación de los conflictos de leyes. De ahí que sea imprescindible una actuación de la Unión Europea, en línea con el mismo espíritu que llevó a la redacción del Reglamento original.

El criterio de la situación física del trabajador (artículo 8.2 del Reglamento) deja en manos de una de las partes la fijación unilateral de la ley aplicable. No resulta viable, ya que ataca el espíritu del Reglamento, expresado en los Considerandos indicados. El criterio de ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador (artículo 8.3 del Reglamento) conduce a un modelo inverso, pero también contrario al espíritu protector. Ya no el simple alquiler de un apartamento, sino incluso el registro de un dominio nacional de internet conduciría a la creación de la nueva manifestación de las *empresas buzón*, las *empresas buzón de entrada* en un mundo digitalizado.

Conviene explorar nuevos criterios o visitar algunos existentes. La normativa de la Unión Europea ya contempla la regulación de supuestos en los que la sede de la empresa y las actividades que desarrolla tienen lugar en un escenario plurinacional. Los desplazamientos transnacionales de trabajadores ya suscitaron muchos de los problemas que aquí se plantean y dieron lugar a la aprobación de la Directiva 2014/67/UE⁵³.

Su artículo 4 contiene una serie de indicios que permiten “determinar si una empresa lleva a cabo verdaderamente actividades sustantivas que no sean puramente administrativas o de gestión interna”. Este puede ser el punto de partida para la creación de una norma de conflicto propia para el teletrabajo transnacional. La lógica para la determinación de la ley aplicable debe seguir *la pista del dinero*. Debe rastrear cuál es el mercado en el que tienen transcendencia las operaciones económicas realizadas en el tráfico mercantil de la empresa.

Si las páginas web o los libros de imagen corporativa son comercializados en el Estado de establecimiento de la empresa, aunque hayan sido elaborados de forma telemática en otro, son productos de un mercado concreto. No niego que este es un criterio que desafía el patrón económico imperante, pero la apuesta por el modelo contrario conduce a la destrucción de la base tecnológica del mercado de trabajo. Propicia una expulsión de talento digital que puede tener severas consecuencias. Por ello, el criterio de conexión ha de ser, creo, el de la sede de la empresa, si esta realiza en el Estado de establecimiento una parte sustancial de su actividad.

⁵³ Sobre ella, FOTINOPOULOU BASURKO, Olga, Panorámica general de la Directiva 2014/67/UE de ejecución de la directiva sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, *Revista de derecho social*. Albacete, Bomarzo, 70, 2015, pp. 123 ss.

Este es el criterio que conecta la empresa con su mercado. Es un criterio que traduce el lugar de prestación de trabajo como el lugar en el que se materializan los frutos de ese trabajo⁵⁴. Es un criterio que defiende a los trabajadores digitales frente al destierro laboral. Naturalmente, esta idea ha de ser desarrollada y deberán elaborarse criterios subsidiarios para el caso de empresas que verdaderamente presten sus servicios en numerosos Estados simultáneamente. Aquí simplemente se ha querido plantear la idea de los posibles desafíos tecnológicos a la clásica libertad de circulación.

La regulación de la Unión Europea llegará, en todo caso, con retraso frente a la actuación de sus Estados miembros. La aparición de los denominados “nómadas digitales” ha abierto ya una competición entre Estados para captar ya no tanto la actividad, sino el gasto de esos profesionales. Sirva como botón de muestra lo recogido en el *Libro verde sobre o futuro do trabalho*⁵⁵ portugués: “Os países e regiões que acolhem os nómadas digitais podem, em tese, beneficiar da atração de pessoas qualificadas e financeiramente independentes, que podem contribuir para a dinamização das economias locais”. La expectativa de captación es compartida por numerosos países y el Proyecto de Ley de fomento del ecosistema de las empresas emergentes⁵⁶ es la apuesta española en este campo.

La atención en este momento está puesta en los aspectos fiscales. ¿Qué sucederá con la ley aplicable a sus contratos de trabajo? No sabría decirlo.

⁵⁴ MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, Ángela, El teletrabajo y el Derecho internacional privado: el régimen particular del teletrabajo transnacional, en T. Sala Franco (coord.), El teletrabajo, Tirant lo blanch, Valencia, 2020, p.113: “Es muy probable que exista un centro efectivo de actividades, situado en el lugar donde o partir del cual el teletrabajador preste físicamente sus servicios (probablemente, su domicilio). Solo se podría producir un cambio en esta interpretación si se entendiera que, en los casos de teletrabajo interactivo, existe un centro efectivo de actividades *virtual*, situado allí donde se encuentra el terminal de empresa, de donde parten las instrucciones y desde donde se realiza el seguimiento y control de la prestación laboral de manera interactiva”.

⁵⁵ <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3dBQAAAB%2bLCAAAAAAABAAzNLQwMQMAqSscTAUAAAA%3d> [consulta: 7 de enero de 2022].

⁵⁶ https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-81-1.PDF [consulta: 11 de enero de 2022].

Aplicaciones informáticas (*app*) para el registro diario de la jornada laboral. Condiciones de licitud

Application programs (*app*) for the daily working time register. Conditions of legality

Julen Llorens Espada

*Profesor Contratado doctor (interino) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pública de Navarra-Nafarroako Unibertsitate Publikoa*

ORCID ID: 0000-0003-4033-3611

Recibido: 31/01/2022

Aceptado: 23/3/2022

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6853>

Resumen: En el presente artículo se analiza la viabilidad jurídica de las apps para el cumplimiento del registro obligatorio de la jornada diaria del art. 34.9 ET, situando el objeto de estudio eminentemente en los trabajadores que prestan servicios en una modalidad remota, trabajadores a distancia y teletrabajadores. El estudio se vale de las directrices emanadas de la Agencia Española de Protección de Datos y demás instituciones públicas para analizar los retos y posibles quiebras legales que las aplicaciones informáticas pueden generar sobre los derechos y libertades de los trabajadores, a la vez que se pondera con las oportunidades y beneficios que se generan con ello para todas las partes implicadas. Todo ello se realiza con el apoyo de la específica jurisprudencia en la materia y una mirada al nivel de asunción de esta modalidad telemática de registro por los agentes sociales.

Palabras clave: Registro de jornada, app, geolocalización, reconocimiento facial, Protección de datos

Abstract: This article analyses the legal feasibility of applications for compliance with the mandatory registration of the daily working time register of art. 34.9 ET, placing the object of study eminently in workers who provide services in a remote mode. The study uses the guidelines issued by the Spanish Data Protection Agency and other public institutions to analyze the challenges and possible legal breaches that computer applications can generate on the rights and freedoms of workers, while weighting with the opportunities and benefits that are generated with it for all the parties involved. All this is done with the support of the

specific jurisprudence on the matter and a look at the level of assumption of this remote registration modality by the social agents.

Keywords: Working time register, application, geolocation, Face ID, Data protection.

I. Las aplicaciones informáticas como instrumento para el registro de la jornada

La normativa de Derecho del Trabajo no especifica a través de qué medio o instrumento debe darse cumplimiento a la obligación legal de establecer un registro de jornada diario en la empresa. El art. 34.9 ET realiza un llamado a la negociación colectiva o acuerdos de empresa como fuentes aptas para la organización y documentación del registro horario, y solo en su ausencia o en aquellas cuestiones que no se encuentren reguladas, corresponde a la empresa, previa consulta a los representantes legales de los trabajadores en la empresa, la autorregulación de la misma.

En ese sentido, habrá que reparar en la norma convencional para ver si se ha pre-determinado algún instrumento específico para llevar a cabo el registro de la jornada y, en caso contrario, la empresa ostentará dentro de su poder de dirección la libertad para, dentro del marco legal, optar por el método de registro de jornada que mejor se adapte a sus necesidades, pudiendo ser este en papel, en formato digital, o en una versión mixta.

Ejemplificativo resulta el Acuerdo de 12-9-2019 en materia de registro de la jornada diaria del Convenio Colectivo del Sector de Cajas y Entidades Financieras de Ahorro en el que se recoge, respecto al modelo de registro, que: *“Con el fin de garantizar el registro diario de jornada, las empresas pondrán a disposición de las personas trabajadoras una aplicación, que podrá descargarse en todas o algunas de las herramientas tecnológicas propiedad de la entidad puestas a disposición de la persona trabajadora –Ordenador fijo o portátil, Tablet, Smartphone o cualquier otro dispositivo susceptible de ser utilizado como herramienta de trabajo y que admita la descarga de dicha aplicación–, con el fin de que la propia persona trabajadora pueda registrar su jornada diaria de trabajo. Se entenderá por jornada diaria realizada por el trabajador el número total de horas destinadas por el mismo a la realización de trabajo efectivo, bien se haya producido en el centro de trabajo o fuera del mismo. Todo ello sin perjuicio de los permisos y demás supuestos que deban considerarse, legal o convencionalmente, como tiempo de trabajo efectivo”*.

Una apuesta rotunda por el registro mediante app es la mostrada por el Convenio Colectivo de Heineken España SA, en tanto contempla que *“el registro se realizará a través de una aplicación informática disponible en el ordenador, móvil, controles de presencia o Tablet”*¹, así como la del Convenio Colectivo Agrícola de la provincia de Huesca², en el que se recoge que *“el sistema de registro de jornada, será preferentemente de tipo electrónico (app móvil, fichero electrónico, etc...), debiendo fichar el trabajador o trabajadora mediante*

¹ Convenio colectivo de la empresa Heineken España, SA (código de Convenio n.º 90102792012017), BOE 2 de diciembre de 2021.

² Convenio Colectivo Agrícola de la provincia de Huesca (código de convenio n.º 22000015012004), BO de 21 de octubre de 2020.

*huella dactilar, reconocimiento facial, o cualquier otro medio, que garantice indubitadamente la identificación de la persona, previo consentimiento de la misma*³. Cabe advertir, más allá de la no aplicación del consentimiento como base legítima para el tratamiento de datos personales en el ámbito laboral⁴, cualquier implementación de estos sistemas de verificación habrá de respetar el marco legal de protección de datos.

Actualmente, existe un amplio abanico de aplicaciones informáticas dirigidas a facilitar la labor de registro diaria y que resultan de muy fácil acceso para la empresa, en tanto únicamente requieren ser descargadas en el dispositivo Android o iOS, Smartphone o Tablet, y, en ocasiones, funcionan también a través de un dominio web, sin necesidad de descarga e instalación. Estas aplicaciones no sólo se dirigen a ofrecer un sistema de registro virtual del inicio y final de la jornada diaria, sino que ven complementados sus servicios con softwares de gestión del tiempo de trabajo con los que llevar un minucioso seguimiento de los tiempos de trabajo, descansos, vacaciones, licencias y ausencias, de modo que el sistema se pueda vincular incluso con el cálculo de salarios y la gestión de los mismos.

El auge de estos registros de la jornada telemáticos deriva del ascenso de modalidades de prestación remota de la actividad laboral, a través de la modalidad de trabajo a distancia, de la posibilidad de desarrollar parte de la jornada fuera de las dependencias físicas de la empresa, o del cada vez mayor peso de los trabajos a través de plataformas virtuales o el *smartworking* en general, en los que la necesidad de mostrar una presencia física en el puesto de trabajo es sustituida por la puesta a disposición para la realización de funciones.

Para ello, las apps de registro telemático aparecen como una técnica especialmente interesante tanto para la empresa como para la parte trabajadora. La empresa evita tener que llevar un registro en papel que tendría que estar trasladándose por los distintos lugares de ejecución de la prestación para ser luego enviada a la sede física de la empresa, así como problemas de extravío o manipulación posterior, a la vez que le permite hacer un seguimiento directo de que el registro de trabajo se está cumplimentando, e incluso controlar de una manera rápida y sencilla el cómputo diario, semanal y mensual de cada trabajador. Respecto a la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, estos registros posibilitan acceder desde cualquier lugar a toda la información necesaria para la verificación de las jornadas y descansos, así como su estudio desde formatos electrónicos. Finalmente, para la parte trabajadora, se le aporta un instrumento adecuado y seguro en el que reflejar la jornada y que le permite tener acceso a los tiempos de trabajo realizados,

³ En iguales términos, véase el Convenio Colectivo de la Industria, la Tecnología y los Servicios del Sector del Metal de la Provincia De Huesca de Aplicación 2020, 2021 Y 2022 (Código De Convenio Número 22000275012003), BO de 28 de abril de 2021.

⁴ El consentimiento como base legal básica para permitir el procesamiento de datos en las relaciones laborales ya fue desaconsejado por el “Grupo de Trabajo del artículo 29”, al establecer que “*For the majority of such data processing at work, the lawful basis cannot and should not be the consent of the employees (Art. 6(1)(a)) due to the nature of the relationship between employer and employee*”, en el Informe *Article 29 Working Party Guidelines on consent under Regulation 2016/679: The Working Party On The Protection Of Individuals With Regard To The Processing Of Personal Data*, de 28 de noviembre de 2017.

disponiendo de una herramienta versátil adaptable al registro de los tiempos de trabajo que tenga reconocidos en su modalidad de prestación de la actividad. De este modo, puede lograr el fin último de garantizar que se respetan los límites máximos de jornada, los descansos mínimos obligatorios, y permitir una mejor conciliación de la vida familiar y personal con la laboral.

Sin embargo, la utilización de estas apps, más allá de su evidente alto grado de operatividad y funcionalidad, pueden generar que la empresa incurra en prácticas contrarias al marco normativo laboral y de protección de datos personales. La necesidad de que el registro de la jornada aporte fiabilidad y exactitud en su datos, a la par de su uso implementado para objetivos terceros como la gestión de tiempos de trabajo o controles de presencia y actividad, generan que los servicios puedan en ocasiones menoscabar los derechos y libertades de los trabajadores y propiciar un uso ilícito de datos personales, principalmente, con la integración de técnicas como la geolocalización y el uso de datos biométricos para evitar suplantaciones de identidades.

En este sentido, las empresas deben ser conscientes de que la ilicitud no tiene por qué residir en el sistema de funcionamiento de la app, sino del modo en cómo esta se aplica en la empresa, es decir, podrá aparecer como consecuencia de la integración de determinados servicios y tratamientos de datos en el entorno específico de la empresa en cuestión. Es así que la empresa debe conocer el marco legal y las debidas cautelas y garantías que tendrá que tomar antes de la contratación de un sistema de registro electrónico.

II. Características del método de registro de la jornada

1. ¿Qué debe aparecer en el registro de jornada?

El legislador no ha preestablecido un determinado modelo de registro de la jornada, pero sí apunta unos contenidos mínimos que habrán de ser respetados por cualesquiera de los sistemas e instrumentos que sean utilizados para ello. Como característica principal, el instrumento tendrá que ser lo suficientemente seguro como para satisfacer la finalidad de la norma, permitiendo registrar el inicio y el fin de cada jornada, a efecto de evitar que estas vengán a exceder los límites en materia de jornada y se quebranten los períodos de descansos mínimos diarios y semanales, a la par que se permita la verificación del cumplimiento por parte de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social⁵.

En palabras del TJUE, con el fin de dar plena efectividad a la Directiva 2003/88, el instrumento por el que se opte tendrá que “determinar objetivamente y de manera fiable el número de horas de trabajo diario y semanal”⁶. En ese sentido, en tanto el tiem-

⁵ CRESPI FERRIOL, María del Mar. “Dinámica del registro ¿Cómo hay que registrar?”, en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco y MONREAL BRINGSVAERD, Erik (coord.). *Registro de la jornada y adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación*. Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2020, pág. 155.

⁶ STJUE de 14 de mayo de 2019, Asunto C-55/18.

po que medie entre el inicio y el fin de la jornada se computará como tiempo de trabajo efectivo⁷, se recomienda que se reflejen a su vez las posibles interrupciones o pausas que puedan mediar en la jornada diaria, especialmente cuando no deriven de una fuente legal o convencional que permitiese hacerlas identificables⁸. En esa línea, las principales apps permiten que la persona trabajadora pueda reflejar en el registro de jornada detenciones del tiempo de trabajo, e incluso introducir un comentario escrito en el que adicionar información o advertir de incidencias que motiven dicha pausa, como pueden ser los tiempos dirigidos a formación, vacaciones, asuntos propios y licencias de convenio, el descanso de jornada intensiva (15 minutos), los viajes, los tiempos de desayuno, posibles interrupciones como las salidas a fumar, tomar café, etc.

El Convenio Colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social recoge una referencia expresa a la necesidad de que estas app incorporen en su diseño herramientas de flexibilidad, de modo que “la herramienta a través de la cual se efectúe el registro diario de jornada deberá estar adaptado y ser compatible para abarcar los horarios de las personas trabajadoras que se encuentren en situaciones de conciliación, flexibilidad horaria, adecuación de jornada y de trabajo a distancia o teletrabajo, en los términos establecidos en los pactos colectivos o contractuales aplicables a la empresa”⁹.

Antes de la instauración de la app no se registraban los tiempos para fumar, tomar café, desayunar, pero a partir de la instauración del registro mediante aplicación informática, habiéndose cumplido con la previa consulta con los representantes de los trabajadores y en cumplimiento del apartado 5 y 6 del art. 65 ET, es posible que pasen ahora a tener que registrarse y descontarse del tiempo de trabajo efectivo. Ha considerado la Audiencia Nacional que no existirá una modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET) cuando no queda reputado que previamente la empresa considerase “dichas interrupciones de la prestación de servicios como de trabajo efectivo, entre otras cosas, porque no existía un efectivo control y seguimiento de la jornada desarrollada por cada trabajador”¹⁰. En sentido contrario, sí se considerará que ha existido una modificación sustancial de condiciones de trabajo cuando previo a la incorporación del registro de jornada, la empresa computaba los tiempos de desplazamiento en los viajes al extranjero y eran consecuentemente retribuidos, pero introducido el registro de jornada diaria los tiempos de desplazamiento en viajes dejan de registrarse; lo mismo se

⁷ Desde que el trabajador registra el inicio y hasta el final de la jornada, se entiende que el trabajador se encuentra a disposición para realizar las funciones propias de su puesto de trabajo, puesta a disposición de la empresa que generará una importante presunción de encontrarnos en tiempo de trabajo, STS de 19 de noviembre de 2019 (rec. 1249/2017).

⁸ *Guía sobre el Registro de Jornada*. Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019, pág. 5. Disponible en: <https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/GuiaRegistroJornada.pdf>

⁹ Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (código de Convenio núm. 99004625011981), BOE 27 de diciembre de 2021.

¹⁰ SAN núm. 144/2019, de 10 de diciembre de 2019; en términos similares, STSJ de Madrid, de 8 de febrero de 2021 (rec. 552/2020).

considerará para con la instauración por la empresa de un factor de corrección de 30 minutos diarios de exceso de jornada, para corregir posibles “micropausas” que puedan tener los trabajadores dentro de la jornada y que no estuviesen contempladas en convenio colectivo o acuerdo de empresa¹¹; o cuando la implantación de la app ha conllevado la desaparición de reducciones de jornada en festivos que venían siendo toleradas por la empresa desde hace más de veinte años¹². No obstante, como afirman la mayoría de los convenios colectivos con remisión expresa a la instauración de los registros telemáticos, estos vendrán a respetar los tiempos de trabajo, pausas e interrupciones que se viniesen disfrutando previamente.

La determinación de los tiempos efectivos de trabajo y la exclusión de los espacios de descanso adquieren especial interés en el registro de jornada de aquellos trabajadores, principalmente trabajadores a distancia, que disponen de una mayor flexibilidad en la distribución de su jornada y centran su trabajo en el desarrollo de proyectos específicos. El registro de jornada diario aparece así como un sistema abierto susceptible de recoger todas las posibilidades que permite el ordenamiento laboral en materia de distribución de tiempo de trabajo¹³. Con ese objetivo, y pensando en equipos de trabajo que presten servicios en modalidad remota, una de las principales apps del mercado ofrece la posibilidad de imputar horas de trabajo directamente a “proyectos” o “tareas” determinadas¹⁴.

Por su parte, en tanto el marco legal habla del registro del inicio y final de la jornada, escaparían de ello técnicas de control de presencia o incluso de rendimiento continuo de la persona trabajadora y que vienen siendo ofrecidas por diversas apps. Este tipo de medidas de control virtual del trabajador escapan del objetivo tuitivo que se encuentra en la génesis del art. 34.9 ET y se adentran en el terreno de la vigilancia y control que para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales puede desplegar la parte empresarial *ex* art. 20.3 ET. No obstante, y como se desarrollará en el próximo apartado, tales medidas resultarán lícitas siempre y cuando respeten la dignidad de la persona trabajadora y no transgredan el derecho de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión (art. 20 bis ET).

¹¹ SAN de 14 de julio de 2021 (proc. 179/2021).

¹² STSJ de Galicia, de 29 de diciembre de 2020 (rec. 29/12/2020).

¹³ *Criterio Técnico 101/2019, sobre actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de Registro de Jornada*. Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Dirección del Organismo Estatal de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, 2019, pág. 8. Disponible en: https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Criterios_tecnicos/CT_101_2019.pdf

¹⁴ El hecho de que un colectivo de trabajadores encuentre determinada su jornada de trabajo mediante la atribución de tiempos en un sistema de “trabajo a tareas”, dejando en manos de la empresa la atribución de los tiempos, no empece a que se deba cumplir con el registro de jornada diaria y cumplir los tiempos máximos de jornada legal y de convenio colectivo, STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, de 29 de marzo de 2021 (rec. 54/2019). En este sentido, conviene aludir al Considerando 30 de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, donde se recoge que “Los trabajadores con un patrón de trabajo total o mayoritariamente imprevisible deben disponer de un nivel mínimo de previsibilidad si el calendario de trabajo está determinado principalmente por el empleador, ya sea directamente, por ejemplo, mediante la asignación de tareas, o indirectamente, por ejemplo, obligando al trabajador a atender las solicitudes de los clientes”.

En lo que al registro de jornada de las personas en modalidad de trabajo a distancia se refiere y la posibilidad de que se realicen jornadas diarias superiores pero que resulten compensadas con otras inferiores, el registro de jornada diaria deberá reflejar junto al inicio y final de la jornada “fielmente el tiempo que la persona trabajadora que realiza trabajo a distancia dedica a la actividad laboral, sin perjuicio de la flexibilidad horaria” (art. 14 Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia). Las apps tendrán que permitir así la realización de una ponderación y análisis global en la contabilización del tiempo de trabajo efectivo. “De suerte que si, por ejemplificar, la flexibilidad horaria exige el cumplimiento de una determinada jornada mensual, libremente distribuida por el trabajador, el hecho de que un registro horario diario compute excesos de jornada no se interpretará como trabajo extraordinario o por encima del pactado si, analizados los registros de los restantes días del mes, queda acreditado el cumplimiento de la jornada mensual ordinaria”¹⁵.

Por el contrario, cuando se registren horas trabajadas que excedan de la jornada ordinaria, dichas horas habrán de computarse como extraordinarias. Por ello, no es de extrañar que múltiples apps de registro de jornada diaria ofrezcan un servicio conjunto de respuesta, a su vez, al deber de registrar las horas extraordinarias que aparece recogido en el art. 35.5 ET, y generen un recuento en forma de bolsa digital de horas extra, llegando incluso a prever las posibles formas de compensación y las vías para gestionarlas¹⁶.

Siguiendo con el contenido que viene a conformar el registro de jornada diaria, es importante resaltar el papel de la negociación colectiva como fuente reguladora idónea para especificar los campos de actuación del registro de la jornada más allá de los mínimos indisponibles que prevé el marco legal¹⁷. En ese sentido, en lo que a trabajadores digitales o a distancia se refiere, se presenta recomendable la intervención de los agentes sociales en la delimitación como de descanso o como tiempo de trabajo de espacios temporales como la disponibilidad no localizada, a efectos de determinar posibles traslaciones de ello a los registros de jornada diaria, o incluso de registros paralelos al del tiempo de trabajo efectivo. Solo de esta manera podrá respetarse el derecho a la desconexión digital de los trabajadores a distancia¹⁸.

¹⁵ *Guía sobre el Registro...*, op. cit., págs. 2 y 3.

¹⁶ El Convenio colectivo de la empresa Heineken España, SA (código de Convenio n.º 90102792012017), BOE 2 de diciembre de 2021, recoge de modo expreso que el registro mediante app que se utiliza aún “un control de presencia que permite el registro de la jornada, el control de presencia, gestión de incidencias, horas extraordinarias, etc.”.

¹⁷ Se ha considerado que la empresa puede unilateralmente establecer una guía del registro de la jornada siempre que respete las condiciones establecidas en el Acuerdo sobre el registro de jornada de ámbito sectorial, SAN de 31 de marzo de 2021 (proc. 343/2020).

¹⁸ ARRIETA IDIAKEZ, Francisco Javier. “Consecuencia de la disponibilidad en el trabajo a distancia”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel y TODOLÍ SIGNES, Adrián (dir.). *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), págs. 280 y ss.

2.2. Exactitud y fiabilidad de la información

El registro de la jornada diaria tendrá que permitir determinar objetivamente y de una manera fiable el número de horas de trabajo diario y semanal que sean realizadas por la parte empleada, de modo que los trabajadores dispongan de una prueba accesible y sencilla para demostrar la duración efectiva del trabajo que han realizado¹⁹. Del mismo modo, se decía, estos datos objetivos y fiables resultan un instrumento necesario para que los correspondientes órganos de control, téase la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, puedan verificar el cumplimiento de la normativa relativa a tiempos de trabajo. Como sostiene el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, “la implantación de un sistema objetivo, fiable y accesible que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador forma parte de la obligación general que incumbe a los Estados miembros y a los empresarios prevista en (...) la Directiva 89/391”²⁰.

En ese sentido, quedan descartadas vías alternativas que no reflejen el trabajo diario de cada trabajador de modo individualizado, como pueden ser calendarios laborales o cuadrantes horarios generales²¹, o sistemas de cómputo de la jornada al alza o a la baja y que no vengan a determinar con precisión el momento de inicio y fin de la jornada²².

Las apps de registro de jornada vienen a dar respuesta a la problemática que se generaba respecto al modo en el que la empresa podía articular el registro de los trabajadores en modalidad a distancia, con un registro digital que permite ahora que la empresa pueda de modo remoto comprobar que el trabajador está cumpliendo con su deber de registro y, a su vez, la información se conserve en un formato digital que prevenga de posibles extravíos.

El registro electrónico aparece igualmente como vía idónea para aquellos trabajadores que no disponen de un puesto de trabajo físico determinado, en tanto el punto de fichaje no se reduce a una localización concreta y su ejercicio queda condicionado únicamente a disponer de una conexión a internet.

Por su parte, el registro electrónico puede aportar una mayor fiabilidad de la información en él contenida, en tanto permite un bloqueo de la información una vez ha sido introducida, así como una mayor trazabilidad de posibles movimientos de manipulación de la misma. Se eliminan posibles quiebras de legalidad que el registro en papel permitía, como el de rellenar conjuntamente el inicio y el final de la jornada en un mismo acto, realizar el fichaje de un compañero o el de firmar simultáneamente espacios no cumplimentados en momentos o días anteriores o incluso posteriores.

En cualquier caso, la app debe garantizar la preservación de los datos y la fiabilidad e invariabilidad posterior del contenido que en ella sea traspasado²³. En ello, “el sistema de reconocimiento facial (como otros posibles sistemas: por ejemplo, mediante

¹⁹ Considerando 56, STJUE de 14 de mayo de 2019, Asunto C-55/18.

²⁰ Considerando 62, STJUE de 14 de mayo de 2019, Asunto C-55/18.

²¹ *Criterio Técnico 101/2019...*, op. cit., pág. 8; STSJ de Extremadura, de 9 de junio de 2020 (rec. 1/2020).

²² SAN de 27 de octubre de 2020 (proc. 78/2020).

²³ *Guía sobre el Registro...*, op. cit., pág. 8.

huella dactilar) en principio es tan válido como el sistema de firmas. No hay diferencia esencial entre “fichar” estampando la firma o hacerlo acercando la huella dactilar al “lector”, o mostrando el rostro a la cámara de reconocimiento facial por el trabajador”²⁴. La adición al registro de un sistema de identificación o autenticación biométrica aporta la misma veracidad que la firma del trabajador en lo que a valor probatorio se refiere²⁵.

Sin embargo, el gran escollo reside en la confianza en el buen hacer y una buena fe que sobre la parte trabajadora recae para el uso veraz de la app. La utilización de los registros electrónicos para los trabajadores a distancia genera que, de no implementarse sistemas de verificación complementaria sobre la identidad de la persona que efectivamente está realizando el fichado, junto a factores múltiples como el de una posible localización o control de la puesta a disposición para la realización de funciones, pueden devaluar el propio sistema de fichaje mediante apps y convertirlas en una herramienta disfuncional en tanto ineficaz.

En este sentido, la Audiencia Nacional ha considerado que los registros electrónicos de la jornada diaria en los que el sistema se nutre de datos declarados unilateralmente por la persona trabajadora ni colisionan con el art. 34.9 ET ni resultan contrarios a la doctrina del TJUE. Insiste, “el sistema debe ser objetivo y fiable, pero dichas notas en nuestro parecer no se desvirtúan por el mero hecho de que sea el trabajador quién declare diariamente y mediante una aplicación informática y excepcionalmente mediante hojas escritas el tiempo diario efectivamente trabajado”, debiéndose complementar el sistema con una guía de uso sobre la app en cuestión²⁶.

Resulta usual que las ampliaciones diarias de jornada por parte del trabajador requieran en estos casos una autorización de la persona responsable directa en la empresa y deban ser acordadas entre empresa y empleado, impidiéndose las horas extraordinarias ejecutadas por la exclusiva voluntad del trabajador²⁷, y que se recoja en la app el motivo de la prolongación.

En lo que a posibles registros ficticios se refiere, en los que la parte empleada se vale de la declaración unilateral para fichar tiempos en los que realmente no se ha prestado actividad productiva, haciendo un uso torticero de su autonomía declarativa, habrá que estar a los tipos sancionadores que recoja el convenio colectivo de aplicación, así

²⁴ STSJ de Madrid, de 23 de abril de 2021 (rec. 798/2020).

²⁵ STSJ de Madrid, de 23 de abril de 2021 (rec. 798/2020).

²⁶ SAN de 9 de diciembre de 2020 (proc. 218/2020).

²⁷ En interpretación de los arts. 35 ET, se ha considerado que cuando no exista pacto expreso, ya sea de carácter colectivo o incorporado en masa en los contratos de trabajo en virtud del cual el trabajador se comprometa a la realización de horas extraordinarias, la realización de las mismas, como sucede en el presente, únicamente podrá tener lugar en virtud de pacto entre empleador y empresario que modifique al respecto el contenido del contrato de trabajo, el cual para su perfeccionamiento requerirá el consentimiento de las partes al respecto (ex. art. 1258 CC)”, en SAN núm. 144/2019, de 10 de diciembre de 2019; Ejemplo de ello, el Convenio colectivo de la empresa Heineken España, SA (código de Convenio n.º 90102792012017), BOE 2 de diciembre de 2021, establece que “los excesos de jornada, salvo lo especialmente regulado para el personal comercial, y la realización de horas extraordinarias solo serán admitidos si previamente han sido autorizadas por el/la jefe/a directo”.

como a las correspondientes graduaciones. En ausencia de referencia en vía convencional, y sobre la base de la graduación de las sanciones, no obsta ello a que en estos casos, sin necesidad de llegar a la sanción última que es la extinción, no pueda la empresa proceder a la correspondiente medida disciplinaria sobre la base de transgresión de la buena fe contractual no habrá causa legítima para un despido procedente cuando se verifique que la persona trabajadora ha falseado el término horario del registro de jornada diario durante dos días, imputándose la realización de un número de horarios superior al real²⁸. No obsta ello a que en estos casos, sin necesidad de llegar a la sanción última que es la extinción, no pueda la empresa proceder a la correspondiente medida disciplinaria sobre la base de transgresión de la buena fe contractual y el incumplimiento de los deberes laborales del art. 5 ET, *ex art.* 54.2 d) ET.

2.3. Accesibilidad de los datos

El art. 34.9 ET recoge un deber de conservar los registros de jornada diaria durante cuatro años y que se encuentren a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Para dar cumplimiento a ello, las apps no sólo ofrecen una guarda de los registros durante dicho período, sino que ofrecen la posibilidad de descarga de informes específicos dirigidos a Inspección de Trabajo y a la representación de los trabajadores. De esta manera permiten dar cumplimiento a lo previsto en el Criterio Técnico 101/2019 cuando establece que “el registro ha de ser documentado, por lo que en aquellos casos en los que el registro se realice por medios electrónicos o informáticos, tales como un sistema de fichaje por medio de tarjeta magnética o similar, huella dactilar o mediante ordenador, la ITSS podrá requerir en la visita la impresión de los registros correspondientes al periodo que considere, o bien su descarga o suministro en soporte informático y en formato legible y tratable”²⁹.

De este modo, los registros electrónicos pueden facilitar la labor de verificación de la representación de los trabajadores e ITSS en tanto permiten que esta información permanezca en constante disposición desde cualquier dispositivo con conexión a internet, centralizando simultáneamente en un mismo espacio virtual la información de trabajadores, independientemente de la localización a distancia de sus puestos de trabajo.

Igualmente, permiten al trabajador y a la empresa un seguimiento más sencillo de las jornadas de trabajo que se han venido realizando, lo cual resulta especialmente atractivo cuando de distribuciones irregulares se trata o cuando es la persona trabajadora quien dispone de flexibilidad para determinar sus propias franjas de trabajo. Ejemplo de ello, el XV Convenio colectivo de Schweppes, SA, recoge para su Personal Comercial que “*dada la autonomía y flexibilidad horaria de la que dispone el Personal Comercial (por su trabajo «a tarea»), éstos tendrán a su disposición, en tiempo real (a través de medios telemáticos) la*

²⁸ STSJ de Andalucía, de 9 de diciembre de 2020 (rec. 1384/2020).

²⁹ *Criterio Técnico 101/2019...*, op. cit., pág. 14.

*información relativa a su registro diario de jornada, de manera que será su responsabilidad autogestionar su jornada diaria, procurando no acumular (a final de la semana) más de 40 horas semanales de trabajo efectivo*³⁰.

Las apps complementan sus servicios de fichaje con alertas y avisos, de modo que la empresa puede recibir alertas respecto a cuándo se está registrando y permiten hacer un seguimiento síncrono del registro de los trabajadores a distancia. Para los casos en los que nos encontremos con trabajadores inmersos en relaciones triangulares de trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal o prestaciones en modalidad de subcontratación, estos registros electrónico remotos pueden ayudar a su vez a que la empresa cedente y cesionaria, así como la empresa contratista o principal, puedan establecer sistemas de verificación coordinada de que se está cumpliendo con el registro de la jornada diario, de que quedan registrados los posibles excesos o defectos de jornada y que, por ende, se garantizan los debidos descansos.

III. Implicaciones en materia de protección de datos del registro de la jornada diario

3.1. Marco de tratamiento de datos

Como la AEPD ha reconocido, los registros de jornada diaria suponen un tratamiento de datos, porque permiten identificar a una persona en concreto³¹. En ese sentido, la propia Agencia presenta al derecho a la protección de datos, no como un elemento limitativo del sistema del registro horario, y menos aún de la labor inspectora de la ITSS. La base jurídica de tratamiento de estos datos se encuentra en la obligación legal misma, pero ello no es óbice para que aparezcan salvedades en atención al concreto formato que sea empleado para efectuar el registro, y que se deba reparar en el cumplimiento de los derechos digitales recogidos en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante LOPDGDD), y que la licitud del tratamiento derive del cumplimiento de los principios recogido en el art. 6 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (en adelante, RGPD).

En tanto el registro de jornada diaria aparece como una obligación legal, y, a su vez, resulta necesaria para el cumplimiento del contrato de trabajo, el tratamiento que de datos se realice encuentra una doble base legal en el art. 6.1 b) y c) RGPD. En cualquier caso, la empresa tiene que informar a los trabajadores respecto los fines del tratamiento a que se destinan los datos personales extraídos del registro y si se pretende hacer un uso

³⁰ XV Convenio colectivo de la empresa Schweppes, S.A. (código de convenio n.º 90008652011995), BOE de 19 de enero de 2021.

³¹ *La protección de datos en las relaciones laborales*. Agencia Española de Protección de Datos, mayo 2021, págs. 35 y ss. Disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/la-proteccion-de-datos-en-las-relaciones-laborales.pdf>

de ellos que sobrepase del marco del art. 34.9 ET, como pudiera ser un uso con fines disciplinarios o de control del rendimiento.

Conviene advertir que la empresa que contrate el sistema de registro a través de una app no por ello se eximirá de su condición de responsable del tratamiento para con los datos de sus trabajadores, “sin perjuicio de que los proveedores externos de los sistemas de registro se conviertan en encargados del tratamiento con las obligaciones que respectivamente incumben a unos y otros”³².

Algunas de las apps ofrecen incluso la posibilidad de contratar un servicio por el que un software de nóminas genere unos perfiles individualizados para, mediante el uso de los datos de fichaje, así como de restante información relativa a los tiempos de trabajo (permisos, ausencias, vacaciones etc.), haga un cómputo global de ello y gestione directamente el montante económico al que ascendería cada nómina y, pueda incluso desplegar funciones como si de un Sistema de Planificación de Recursos Empresariales o *Enterprise Resources Planning* (ERP, con sus siglas en inglés) se tratase. El tratamiento de datos que se generaría con este tipo de softwares requeriría de una base legal de tratamiento que excede el de las apps que aquí son analizadas.

Por su parte, el registro horario contendrá los mínimos datos necesarios de carácter personal de cada trabajador, que deberán ser exactos actualizados, adecuados, pertinentes y no excesivos para con el ámbito y finalidad con el que se recaban (art. 5 RGPD y art. 4 LOPDGDD)³³.

En ese sentido, el registro electrónico encuentra como uno de sus principales escollos el de lograr aportar veracidad a los datos que se introducen. Por un lado, la empresa debe cerciorarse de que la persona que se encuentra registrando diariamente el inicio y fin de su jornada de trabajo es efectivamente la persona que se tiene empleada. Por otro lado, en tanto el tiempo de trabajo se computa de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo (art. 34.5 ET), el sistema de registro de jornada diario podrá venir complementado con instrumentos adicionales que permitan verificar que en el momento del fichaje la persona trabajadora se encuentra en el lugar que ha sido predeterminado como su puesto de trabajo.

De lo anterior, las aplicaciones informáticas que ofrecen el registro de jornada digital complementan el servicio con instrumentos que consigan aportar la exactitud y fiabilidad que el propio sistema requiera. En ocasiones, esas medidas se dirigirán a controles de geolocalización y/o videovigilancia de la persona empleadora en el momento del fichaje y, en otras, se recurrirá al uso de datos biométricos como medios de verificación personal. Todas estas técnicas generan un tratamiento de datos adicional al de los datos de carácter personal propios del registro y obligan a un especial celo en lo que al respecto a la dignidad e intimidad del trabajador se refiere, con atención a los derechos digitales de la LOPDGDD.

³² *La protección de datos...*, op. cit., pág. 35.

³³ MUÑOZ RUIZ, A. B.: “Registro de jornada de trabajo y protección de datos personales”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 148, 2021, pág. 379.

Igualmente, se presentan limitaciones respecto al propio dispositivo en el que se alojará la app para el registro de la jornada diaria, cuando esta requiera de su instalación en un dispositivo móvil o Tablet. No se planteará esta problemática sobre las apps que funcionan en un dominio de internet, en una página web, y su utilización no exija ninguna instalación en dispositivos determinados.

3.2. Geolocalización

La gran mayoría de las actuales apps de registro de jornada permiten, de modo optativo, complementar el servicio con un sistema de geolocalización que plasme junto al fichaje el lugar exacto en el que se ha realizado. En ello, algunas de las apps activan un servicio de geolocalización continuo durante todo el tiempo de trabajo, mientras que otras limitan estas capturas de geolocalización únicamente a los momentos de registro del inicio y final de la jornada. A tal efecto, habrá que atender a los datos de localización como datos personales protegidos por la normativa de protección de datos personales (art. 4.1 RGPD)

En primer lugar, en línea con la finalidad del registro, cabe preguntarse respecto a la viabilidad de la geolocalización para estos casos y, posteriormente, respecto a cómo y cuándo puede tener lugar.

El art. 90 LOPDGDD establece que los empleadores podrán tratar los datos obtenidos a través de sistemas de geolocalización para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores. No obstante, el tratamiento deberá en todo caso obedecer a los principios de tratamiento de datos personales del art. 5 del Reglamento 679/2016 (licitud, lealtad y transparencia; limitación de la finalidad; minimización de datos; exactitud; limitación del plazo de conservación; integridad y confidencialidad y responsabilidad proactiva) y cumplir con el preceptivo deber de información del Reglamento y la LOPDGPD, cuando recoge que el empresario deberá “informar de forma expresa, clara e inequívoca a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de la existencia y características de estos dispositivos³⁴. Igualmente deberán informarles acerca del posible ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión” (art. 90.2 LOPDGPD).

Por su parte, la empresa que complemente el registro de la jornada con un sistema de geolocalización tendrá que realizar una Evaluación de Impacto (EIPD) como medida

³⁴ Se tendrá que informar sobre “el sistema de geolocalización que se va a implantar, a partir de qué fecha, que información se va a obtener con esa geolocalización, garantizar e informar que sólo y exclusivamente va a funcionar durante la jornada laboral, siendo inadmisibles su uso fuera de la jornada laboral, aunque el dispositivo sea propiedad del empleador, la finalidad con la que se recogen los datos (exclusivamente control horario), donde se van a almacenar los datos, quien los va a tratar; y finalmente garantizar que la persona trabajadora tiene derecho a acceder, rectificar, limitar o cancelar los datos referentes a su persona incluidos en ese fichero”, CCOO. *El registro de la jornada de trabajo. Especial consideración de los sistemas de registro y su impacto en materia de protección de datos*. Secretaría Confederal de Acción Sindical y Gabinete Jurídico Confederal, junio 2019, pág. 15. Disponible en: <https://www.ccoo.es/e5c4be55ac54bccf9eea9dbfa7f49901000001.pdf>

previa a su adopción (art. 35.4 RGPD), ya que todo tratamiento de datos que “implique la observación, monitorización, supervisión, geolocalización o control del interesado de forma sistemática y exhaustiva, incluida la recogida de datos y metadatos a través de redes, aplicaciones”, y se valga para ello de “la utilización de nuevas tecnologías o un uso innovador de tecnologías consolidadas, incluyendo la utilización de tecnologías a una nueva escala, con un nuevo objetivo o combinadas con otras, de forma que suponga nuevas formas de recogida y utilización de datos con riesgo para los derechos y libertades de las personas”, estaría cumpliendo dos de las situaciones demarcadas por la *Lista de tipos de tratamientos de datos que requiere Evaluación de Impacto relativa a la protección de datos* (art. 35.4) de la AEPD y, por ende, se considerará como un tratamiento de “alto riesgo” sobre el que se requiere una EIPD.

Deben operar aquí, como en todo tratamiento de datos personales, los principios de necesidad, minimización y limitación de la finalidad. De ello, si las apps ofrecen un sistema de registro de la jornada diaria, en el que la información a recabar se dirija a obtener el momento de inicio y fin de la jornada de trabajo y, por ende, desde que estén y dejan de estar en funciones en su puesto de trabajo, los datos de geolocalización pueden presentarse como datos necesarios para verificar la presencia locativa de la parte empleada cuando se haya pre establecido la obligatoriedad de encontrarse en un determinado puesto de trabajo durante la jornada de trabajo. Bien es cierto, la licitud de una localización “estática” centrada en esos momentos difiere de geolocalizaciones “dinámicas” que se dirijan a recabar terceras informaciones como trayectos, tiempos de actividad, de espera, o geolocalizaciones en tiempo real³⁵, ya que “si la finalidad de la geolocalización es el registro horario, los datos no podrán ser utilizados para verificar la ubicación de la persona trabajadora en cada momento, sino las horas de inicio y fin de la actividad, que es lo que permite la base jurídica del registro horario (art. 34.9 del ET)”³⁶. De igual modo, no puede tener cabida la geolocalización que se extendiese fuera del tiempo de trabajo o cuando la persona trabajadora no se encuentre en funciones.

La finalidad del registro de la jornada es verificar que se cumplen los límites respecto a la jornada diaria, a la vez que se crea un marco de seguridad jurídica para los trabajadores y la empresa, pero propósitos como el de la comprobación de la ubicación de la persona trabajadora escapan en principio de su propósito³⁷. De ello, en tanto se trata de la obtención de una información adicional a la propia del registro, que cierto es resulta relevante cuando se haya pre convenido que un trabajador a distancia debe desarrollar sus actividades en una concreta ubicación, ello obliga a cumplir con el deber de información específico respecto a la obtención, tratamiento y mantenimiento de los datos de geolocalización.

³⁵ BAZ RODRÍGUEZ, Jesús: “La vigilancia tecnificada del trabajo remoto y deslocalizado. Geolocalización, teletrabajo y entorno laboral ubicuo”, en BAZ RODRÍGUEZ, Jesús (dir.): *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas en España. Vigilancia tecnificada, Teletrabajo, Inteligencia artificial, Big Data*. Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2021, págs. 117 y ss.

³⁶ *La protección de datos...*, op. cit., pág. 53.

³⁷ *La protección de datos...*, op. cit., pág. 36.

En ese sentido, considero que el dato de ubicación debiera restringirse en estas apps a únicamente reflejar como válido o no el emplazamiento del trabajador cuando se haya predeterminado una concreta localización para el momento de la realización del fichaje, ya sea como ubicación fija o como zona geográfica pre designada para la prestación, pero sin reflejar la ubicación exacta cuando esta no se corresponda con la del puesto de trabajo.

Sobre la base de la minimización de datos y atendiendo puramente a la obtención de aquellos datos que guardan estricta relación con el registro del inicio y fin de la jornada en el puesto de trabajo, considero que sería recomendable evitar la localización que revela cualquier ubicación del trabajador en el momento de fichaje cuando ello no se corresponda con el puesto de trabajo.

Como sostiene la doctrina, la geolocalización debiera aparecer como un “control funcional indirecto o colateral del trabajador”, de modo que el control en sí no sea el fin buscado sino más bien una consecuencia inevitable derivada de una actuación empresarial necesaria para lograr³⁸, en este caso, la veracidad y efectividad del registro electrónico. En ocasiones, como sucede con el Convenio colectivo de la empresa Heineken España, la empresa pretende ir más allá y otorga expresamente a la geolocalización de la app de registro la función de “confirmar, que los registros informados como tiempo de trabajo efectivamente lo son”, y permitir a la empresa “mejorar la seguridad, la organización del trabajo y para el control de jornada de sus equipos”, garantizando en todo caso que los empleados puedan desconectar la geolocalización para los períodos informados como de tiempo personal. Este tipo de medidas pueden rozar la legalidad cuando aparecen genéricamente previstas y requerirán de un estudio casuístico para su puesta en práctica.

En el supuesto de trabajadores a distancia con necesidad de encontrarse en una ubicación concreta, la geolocalización en el momento de fichaje no solo responde a un propósito específico y lícito³⁹, sino que también resulta compatible con los principios de necesidad y subsidiariedad, en tanto permite a la empresa verificar la presencia en el puesto de trabajo de aquellos trabajadores que prestan servicios en forma remota.

Por su parte, se trata además de una técnica de verificación con injerencia sobre la vida privada, pero con menor calado que otros sistemas como el de vigilancia visual o acústica⁴⁰. Ahora bien, ello no puede distraer la atención del propósito específico de esta geolocalización, que no es otro que el de verificar la ubicación del trabajador en el puesto

³⁸ BAZ RODRÍGUEZ, Jesús: “La vigilancia tecnificada...”, op. cit., págs. 123 y 124.

³⁹ Exigencia a la que aludía el Dictamen 2130/05/EN, *Opinion on the use of location data with a view to providing value-added services* del Grupo de Trabajo 29, en noviembre de 2005; en la misma línea, posteriormente el Dictamen WP 249, “*Opinion on data processing at work*”, de junio de 2017, sostendría que “*The tracking of the location of employees through their self-owned or company issued devices should be limited to where it is strictly necessary for a legitimate purpose*”

⁴⁰ PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo: “Monitorización: GPS, Wearables y especial referencia a los controles biométricos para el registro horario. Aspectos procesales”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel y TODOLÍ SIGNES, Adrián (dir.): *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, pág. 227.

de trabajo en el momento de inicio y fin de la jornada, por lo que la utilización de estos datos para fines terceros y sin que expresamente se haya informado de ello, generaría una lesión a su derecho fundamental.

Sin embargo, para el supuesto en el que un trabajador que presta servicios a distancia no tenga obligatoriedad de encontrarse en un puesto de trabajo determinado, pudiendo prestar su actividad con libertad de ubicación, acompañar el registro de jornada diaria con un sistema de geolocalización se presentaría como desproporcionado y carente de justificación legal. Podría ser este el caso de trabajadores a distancia en los que la localización del puesto de trabajo resulte indiferente, en tanto la ubicación física pierde relevancia para convertirse ahora en relevante la presencia virtual o activación de funciones o puesta a disposición en una esfera virtual⁴¹ o de conexión remota⁴². De ello, el registro de jornada digital resulta plenamente apto en estos últimos casos, pero, por su parte, la geolocalización aquí no resultaría necesaria ni proporcionada, en tanto no responde a ningún fin inherente a la ejecución del contrato de trabajo.

En segundo lugar, en relación al hardware sobre el que se instala o de donde se obtiene la geolocalización, el registro electrónico plantea un debate adicional en tanto la gran mayoría de estas aplicaciones se comercializa en formato de app descargable sobre un Smartphone o Tablet, lo cual genera que la parte trabajadora pueda encontrarse con la necesidad de proporcionar su dispositivo privado en lo que se ha denominado como *Bring Your Own Device* (BYOD)⁴³.

Al respecto, la jurisprudencia se ha pronunciado negando la licitud de los sistemas GPS integrados en una app dentro de los dispositivos móviles de los trabajadores ya que, se afirma, igual finalidad puede conseguirse mediante la implantación de esos sistemas en dispositivos que no fueran de propiedad del trabajador, y se evitaría así que los trabajadores pongan a disposición datos personales o se encuentren con la necesidad de dar acceso a ellos con la instalación de la app en un soporte en el que se almacena ingente cantidad de datos de su esfera más privada⁴⁴.

⁴¹ Estos trabajadores que prestan servicios a través de plataformas digitales deben también llevar un registro de la jornada *ex art.* 34.9 ET, siendo especialmente importante la posibilidad de trasladar aquí tiempos de presencia o disponibilidad. STSJ de Madrid, de 8 de septiembre de 2021 (rec. 489/2021).

⁴² Ejemplo de ello, el XXIV Convenio colectivo del sector de la banca establece que “como «hora de inicio de jornada» se deberá registrar la hora concreta en la que la persona trabajadora comience su jornada laboral, encontrándose en su puesto de trabajo (artículo 34.5 del ET) o a disposición de la empresa. Este último supuesto, sólo será aplicable cuando la persona trabajadora por sus funciones o responsabilidades esté autorizada por la Empresa para iniciar su prestación de servicios desde otra ubicación física”, en similares términos, Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2022 (código de convenio n.º 99004615011982), BOE de 12 de enero de 2022.

⁴³ Para una reflexión respecto a los problemas que la práctica del BYOD puede presentar en el ámbito laboral, véase MUÑOZ RUIZ, A. B.: “La práctica «Bring your own device» y su incidencia en la relación de trabajo: ¿tecnología a coste cero para la empresa?”, *Foro de Labos*, 19 de noviembre de 2019, disponible en (consultado el 23/03/2022): <https://www.elforodelabos.es/la-practica-bring-your-own-device-y-su-incidencia-en-la-relacion-de-trabajo-tecnologia-a-coste-cero-para-la-empresa/>

⁴⁴ STS de 8 de febrero de 2021 (rec. 84/2019); Para un comentario de la SAN de 6 de febrero de 2019 (proc. 318/2018), que viene a ser ratificada por la antecitada sentencia del TS, véase MARÍN MALO, Mi-

Para todo lo anterior, la negociación colectiva se presenta como un espacio idóneo para establecer cómo se va a realizar el tratamiento de los datos obtenidos mediante la geolocalización cuando se enmarque dentro de las funciones propias del contrato de trabajo. Igualmente, queda abierto a la vía convencional la determinación de la adecuación de estos dispositivos a los fines perseguidos, el dispositivo empresarial sobre el que se van a instalar, así como qué datos se van a recabar, durante cuánto y el uso que de esos datos se va a hacer⁴⁵.

Ejemplo de ello, restringiendo la utilización de sistemas de geolocalización como medida adherida al fichaje electrónico, el Convenio Colectivo de la Empresa Marodri, S.L. prevé que el registro de jornada de la empresa se realizará a través de una app en el dispositivo puesto a disposición por el trabajador, lo cual deviene contrario a la doctrina del TS que considera desproporcionado la utilización de dispositivos móviles de los empleados para la instalaciones de app cuando mismo fin puede obtenerse instalando sobre dispositivos propiedad de la empresa, y matiza que “este sistema no supone la implantación de ningún control de geolocalización en el móvil del trabajador”⁴⁶.

Por su parte, el Convenio Colectivo estatal de centros y servicios veterinarios recoge cómo el registro de la jornada podrá efectuarse “en papel o digital, que será facilitado por la empresa. En el caso de que la empresa facilite algún medio para el registro de jornada a la persona trabajadora, ésta deberá devolverlo a la empresa al finalizar la relación laboral”⁴⁷.

El Convenio Colectivo del Sector de la banca⁴⁸, establece una prevalencia de los sistemas telemáticos para el registro de la jornada diaria, explicitando que “en todos los casos, deberán contemplar los elementos de seguridad necesarios para garantizar la objetividad, fiabilidad, trazabilidad y accesibilidad del registro y garantizar la imposibilidad de manipulación”, ser acompañados por una guía de uso, y que podrán ser descargables en los dispositivos de la empresa. En ese sentido, tampoco descarta que estas aplicaciones puedan ser instaladas en los dispositivos de los empleados, pero sí se afirma que en el caso de que no se haya puesto a disposición un dispositivo de empresa, podrá el trabajador escoger “el registro se podrá llevar a cabo en papel”⁴⁹. Finalmente, se reconoce la posibilidad de que el sistema sea implementado con sistemas de vigilancia y control como pudiera ser la geolocalización, informando de ello a la representación de los trabajadores.

rentxu: La geolocalización del trabajador. Reflexiones a la luz de la jurisprudencia más reciente, en *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección social*, núm.1, Vol. I, marzo 2020, págs. 109 y ss.

⁴⁵ LLORENS ESPADA, Julen: “Los derechos digitales en la negociación colectiva”, en *Trabajo y Derecho*, núm. Extra 11, 2020, pág. 22.

⁴⁶ Código de convenio n.º 36002962011998, BOPPO 25 de febrero de 2020.

⁴⁷ I Convenio colectivo estatal de centros y servicios veterinarios (código de convenio n.º 99100235012020), BOE 14 de agosto de 2020; en iguales términos, Convenio colectivo para los años 2020-2024 del sector de Empresas funerarias de la provincia de Segovia, BO de 22 de febrero de 2021.

⁴⁸ XXIV Convenio colectivo del sector de la banca (código de convenio n.º 99000585011981), BOE de 30 de marzo de 2021.

⁴⁹ En el mismo sentido, véase el Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2022 (código de convenio n.º 99004615011982) y el XXII Convenio colectivo para las sociedades cooperativas de crédito (Código de convenio n.º: 99004835011981), ambos de 12 de enero de 2022.

Todo ello, cabe añadir, no obsta a que la empresa deba realizar una Evaluación de Impacto en donde se constate la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida.

3.3. Datos biométricos

Si la geolocalización puede permitir la verificación de que la persona trabajadora se encuentra el puesto de trabajo en el momento de entrada y salida del puesto de trabajo, técnicas como la identificación mediante huella dactilar, palma de la mano o el reconocimiento facial, aportan al sistema de registro electrónico de la jornada la debida veracidad y permiten una verificación fidedigna respecto a la identidad de la persona que está efectuando el fichaje.

Estas técnicas dirigidas a evitar suplantaciones de identidad aparecen como medidas de muy fácil incorporación y coste cero para la empresa que instala una app de registro de jornada, ya que los actuales Smartphone incorporan la tecnología *Face ID* necesaria para anclar esta funcionalidad a la app de registro electrónico de jornada. De ese modo, las principales apps de registro de jornada introducen este complemento entre los servicios ofrecidos.

Sin embargo, más allá de la indiscutible funcionalidad y efectividad que para el cumplimiento de la finalidad del registro horario se refiere, en lo relativo a su veracidad, los datos extraídos de estas técnicas obtienen por el RGPD la calificación de datos biométricos y, por ende, especialmente sensibles, lo cual genera que su base de tratamiento requiera de unas garantías adicionales (art. 9 RGPD).

Queda prohibido el tratamiento de estos datos especialmente sensibles si bien, aparecen en el art. 9.2 RGPD una serie de exclusiones. En ese sentido, se ha amparado el tratamiento sobre la base del art. 9.2 b) RGPD en tanto viene a autorizarse cuando este “es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado”.

Desde la doctrina se ha apuntado a la especial rigurosidad que debe aplicarse para la autorización de este tipo de medidas que, en todo caso, requerirán de una previa Evaluación de impacto (art. 35 RGPD), probar la necesidad de la medida en el caso concreto, y superar “un juicio de proporcionalidad en su tratamiento, de forma que si existen otros medios de control de la puntualidad distintos y menos intrusivos en el DPDP, debería ser aquellos los utilizados”⁵⁰.

Sin embargo, la dicción del texto legal hace depender la licitud del tratamiento de la previa existencia de un marco legislativo específico en ese sentido, es decir, “en la medi-

⁵⁰ PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo: “Monitorización...”, op. cit., pág. 236.

da en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros”. Actualmente, se carece de una referencia expresa del uso de datos biométricos para el registro de la jornada, ya sea en el marco normativo europeo como español, y ni de los arts. 20.3 o 20 bis ET ni de los arts. 87-90 LOPDDG se desprende claramente la posibilidad de utilización de datos biométricos en un sistema de registro de jornada⁵¹.

En ese sentido, el tratamiento de datos biométricos para el registro de la jornada parece que solo tendría cabida en el supuesto de que así fuese previsto por vía de la negociación colectiva. Ahora bien, ello también plantea problemas de licitud, en tanto la vía convencional no resulta apta para poder regular sobre el contenido esencial de un derecho fundamental, y su rango de acción debe dirigirse al desarrollo de las garantías adicionales para la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral (art. 91 LOPDDG). En lo que a categorías especiales de datos se refiere, las áreas prioritarias de acción de la negociación colectiva son reforzar las garantías de estos datos, que sirven para el cumplimiento de obligaciones legales del empresario, y que estas sirvan para consolidar la protección de los derechos digitales frente a las facultades de control del empresario⁵².

A pesar de todo ello, tanto en sede judicial como desde la AEPD se ha mantenido una postura más laxa respecto al uso de estas medidas cuando vengán a superar el juicio de proporcionalidad⁵³, y sobre la base del art. 9.2. b) y 6 RGPD, se ha encontrado legitimación al tratamiento de la huella para el acceso y control horario de los trabajadores⁵⁴. El uso de datos biométricos, a pesar de no recibir mención expresa, sí viene a dar cumplimiento a un mandato legal, cual es el aportar veracidad al registro obligatorio de la jornada diaria (art. 34.9 ET) para el caso de los trabajadores a distancia.

El tratamiento de datos biométricos viene aceptado cuando respete el principio de limitación de la finalidad, junto a los principios de necesidad, proporcionalidad y minimización de datos. En vista a la proporcionalidad de la medida, los datos biométricos solo podrán utilizarse si son adecuados, pertinentes y no excesivos, y se ha realizado una evaluación estricta de la necesidad y la proporcionalidad de los datos tratados, así como de si la misma finalidad prevista podría alcanzarse de manera menos intrusiva. Siempre que sea posible, el interesado deberá tener la posibilidad de elegir entre los diversos fines de una aplicación con múltiples funcionalidades, en especial si uno o varios de ellos exigen el tratamiento de datos biométricos.

Realmente, parece difícil encontrar otros sistemas de verificación de la identidad que sin la utilización de datos biométricos puedan garantizar que no se está suplantando la identidad de la persona trabajadora que presta servicios a distancia. De ello, la medida deviene necesaria para cumplir con la exigencia legal de veracidad de los datos introducidos en el registro de la jornada y permite mantener un registro fidedigno.

⁵¹ CCOO. *El registro de la jornada...*, op. cit., pág. 10.

⁵² SIERRA HERNÁIZ, Elisa: “El papel de la negociación colectiva en el tratamiento de datos personales de los trabajadores”, en *Temas Laborales*, núm. 152, 2020, pág. 130.

⁵³ STC 160/2021, de 4 de octubre de 2021 (rec. 3884-2017), STS de 21 de julio de 2021 (rec. 4877/2018).

⁵⁴ Procedimiento núm. E/03925/2020, de la Agencia Española de Protección de datos.

Derivado de la necesaria precisión en la obtención de los datos, el sistema a utilizar tendrá que recabar los datos pertinentes para verificar la identidad de la persona en el momento del fichaje, únicamente en ese preciso instante, y según el principio de minimización de datos suprimir toda la información que no resulte determinante para la específica función de verificación, recogiendo en exclusiva aquellos que sean adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados (art. 5 RGPD).

Entre las diferentes formas de tratar los datos biométricos, en ocasiones “la información biométrica capturada de una persona se almacena y se trata en bruto, lo que permite reconocer la fuente de la que procede sin conocimientos especiales; por ejemplo, la fotografía de una cara, la fotografía de una huella dactilar o una grabación de voz. Otras veces, la información biométrica bruta capturada es tratada de manera que solo se extraen ciertas características o rasgos y se salvan como una plantilla biométrica”⁵⁵. Las características biométricas podrán guardarse en diferentes formatos, ya sea como muestra o como una plantilla, siendo esta última una forma reducida de la muestra traducida en códigos, números⁵⁶.

A efecto de respetar el principio de proporcionalidad de la medida, conviene articular un sistema de control mediante huella dactilar, o reconocimiento facial⁵⁷, pero en el que no se almacenen o recopilen datos biométricos sino ciertas características del dibujo que son conocidas como minucias (bifurcaciones terminaciones, bucles, etcétera) y de las cuales, en principio, no es posible la reconstrucción del dibujo original de la huella. De este modo, el sistema no guarda la imagen original de la huella sino un patrón que contiene la posición y tipo de las minucias⁵⁸, y estas minucias pasan a convertirse en una plantilla de huella cifrada pero en la que no se almacena la imagen de la huella⁵⁹. Sin embargo, cabe advertir de que en el caso de que no se complementen los sistemas de autenticación e identificación con otras técnicas, incluso algunos patrones son susceptibles de ser empleados para reconstruir parcialmente la información biométrica original⁶⁰.

Los sistemas de tecnología biométrica pueden funcionar entonces tanto a través de un sistema de “identificación biométrica”, en el que se comparan los datos biométricos del trabajador “(adquiridos en el momento de la identificación) con una serie de plantillas biométricas almacenadas en una base de datos (es decir, un proceso de búsqueda de correspondencias uno-a-varios)”, tanto a través de una “verificación/autenticación

⁵⁵ *Dictamen 3/2012 sobre la evolución de las tecnologías biométricas*. Grupo de Trabajo 29, abril de 2012, pág. 4

⁵⁶ Resolución de Procedimiento sancionador núm. PS/00010/2021 de la AEPD.

⁵⁷ Informe 0036/2020 del gabinete jurídico de la AEPD.

⁵⁸ Procedimiento núm. E/05310/2020, de la AEPD.

⁵⁹ Expediente núm. PS/00050/2021, de la AEPD.

⁶⁰ *14 equívocos con relación a la identificación y autenticación biométrica*. AEPD, junio 2020, págs. 4 y 5; A pesar de su aparente alta seguridad, la autenticación únicamente biométrica está considerada como débil, y se recomienda la complementación con sistemas como el *biohashing* o *shalting* que aportan una mayor seudonimización. Para más información véase MALTONI, Davide, MAIO, Dario, JAIN, ANIL K. PRABHAKAR, Salil. *Handbook of fingerprint recognition*. Springer, London, 2009, pág. 415.

biométrica”, en la que se comparan los “datos biométricos (adquiridos en el momento de la verificación) con una única plantilla biométrica almacenada en un dispositivo (es decir, un proceso de búsqueda de correspondencias uno-a-uno)”⁶¹.

En los sistemas de verificación/autenticación, el procesamiento de datos de cada fichaje funciona de modo que se “realiza una captura de los puntos característicos de la huella del empleado, esta captura se codifica y se compara con la plantilla codificada que está almacenada en la memoria de la fichadora y asociada al ID del empleado. Si es correcta –ambas plantillas coinciden– la fichadora enviara los datos pertinentes del empleado. Nunca se manda la huella codificada ni el nombre, sólo se envía información relevante para el fichaje: fecha, hora, ID del empleado y cualquier código definido de ausencia. Estos datos son los que se transmiten a la aplicación para su posterior procesamiento”⁶².

De este modo, en cada registro o fichaje del usuario el algoritmo de la app debería realizar una verificación con la plantilla cifrada que se encuentra almacenada en su fichadora y se evitaría así tener que contrastar la información del usuario con todas las plantillas almacenadas en la base central de la app, es decir, cada dispositivo móvil cuando compara un registro lo hace con la plantilla única de ese trabajador y no con las plantillas correspondientes a todo el personal de la empresa, y los únicos datos personales que resultan realmente tratados son entonces los de fecha, hora, ID del empleado, en tanto necesarios para el fichaje.

Por su parte, sería conveniente que la fichadora o almacenamiento de datos se conserve en el dispositivo móvil donde se aloja la app, que este resulte de uso exclusivo de la persona trabajadora y se realice la verificación en el dispositivo bajo control del empleado, sin que se almacenen los datos en el sistema o la base central de datos⁶³. Ahora bien, esto puede aumentar la probabilidad de encontrarnos con una brecha de seguridad por la que se sustraigan datos biométricos⁶⁴, por lo que habrá que tenerlo en consideración respecto a las medidas de seguridad a aplicar sobre el dispositivo. Esto se complica cuando la app

⁶¹ *Dictamen 3/2012 sobre la evolución...*, op. cit., pág. 6.

⁶² Expediente núm. PS/00050/2021, de la AEPD.

“La primera etapa del tratamiento es la inscripción de las características biométricas en un sistema biométrico. Las características biométricas se «capturan» bajo la forma de una imagen, como una imagen dactilar. El formato resultante de esta fase se denomina muestra biométrica.

En una segunda etapa, la información contenida en una muestra se extrae, reduce y transforma en etiquetas o números a través de un algoritmo. Esta fase se llama extracción de características. Solo se conservará la «información discriminatoria destacada que es esencial para el reconocimiento de la persona». Las características extraídas se mantienen en una plantilla biométrica bajo la forma de una «representación matemática de la característica biométrica original». La plantilla es una reducción estructurada de una imagen biométrica: la medida biométrica registrada de una persona. La plantilla creada contiene las características personales de los parámetros capturados. Lo que debe almacenarse es la plantilla, presentada en forma digitalizada, y no el propio elemento biométrico. La plantilla de referencia se almacena para su comparación.

En una tercera fase, se comparará una muestra biométrica que se captura (como una punta del dedo) presentada en un sensor con una plantilla previamente grabada (como la plantilla de una huella dactilar)”. Resolución de Procedimiento sancionador núm. PS/00010/2021.

⁶³ Informe 65/2015 del gabinete jurídico de la AEPD.

⁶⁴ *14 equívocos con...*, op. cit., págs. 3 y 4.

se instale sobre dispositivos propiedad del trabajador, ya que muy posiblemente esos datos biométricos o minucias utilizadas para el *Face ID* o verificación dactilar puedan ser igualmente utilizados en el dispositivo para dar acceso a aplicaciones de carácter personal, como pueden ser de banca online, redes sociales etc., por lo que si estos datos se sustrajesen por terceras personas podrían abrir la puerta a esta información de carácter privada. Corresponderá a la empresa establecer las garantías necesarias, por ejemplo, mediante la provisión de sistemas de protección ante *malwares* para esos dispositivos.

Según lo dicho, con carácter general, solo el tratamiento técnico dirigido a la identificación biométrica (uno-a-varios) generará que nos encontremos con datos biométricos considerados como categoría especial de datos. A la inversa, y siempre que los datos biométricos se enmarquen dentro de lo necesario para con la finalidad respectiva, los procesos de autenticación o verificación quedarían incluidos dentro de la base jurídica que dispensa el contrato de trabajo, sin que en ningún caso se requiera de la necesidad de contar con el consentimiento de la parte trabajadora⁶⁵.

Estos sistemas biométricos deberán utilizar “mecanismos basados en tecnologías de cifrado, a fin de evitar la lectura, copia, modificación o supresión no autorizadas de datos biométricos”, permitir la revocación del vínculo de identidad en su diseño, almacenarse en un formato que impida interconexión de bases de datos biométricos y la divulgación de datos no comprobada y ser suprimidos cuando no se vinculen a la finalidad que motivó su tratamiento⁶⁶.

Igualmente, la implantación de un sistema de registro de la jornada mediando el tratamiento de datos biométricos generará que la empresa deba realizar una Evaluación de Impacto relativa a la protección de datos (EIPD) previo a la instauración de la medida, consecuencia de la implantación de una nueva tecnología con alto riesgo de generar un menoscabo sobre los derechos y libertades de las personas trabajadora (art. 35.2 RGPD)⁶⁷. La AEPD, sobre la base del art. 73 t) LOPDGDD ha sancionado con la cuantía de 20.000 euros a una empresa por la no realización de la EIPD incluso cuando empleaba un sistema de registro de jornada en el que el proceso de operación se realiza mediante la técnica de contraste de minucias a través de plantillas entre “uno-a-varios”, con la que se busca la autenticación unívoca del empleado⁶⁸. Desde la perspectiva del “*accountability*” o responsabilidad pro activa de la empresa, se debería realizar una EIPD tanto para los supuestos en los que la app va a realizar un tratamiento de datos biométricos a través del sistema de identificación, como cuando la técnica sea de verificación o autenticación.

⁶⁵ STS de 2 de julio de 2007 (Rec. 5017/2003).

⁶⁶ Procedimientos núm. E/03925/2020, núm. E/05310/2020 y núm. E/07273/2020 de la Agencia Española de Protección de Datos.

⁶⁷ La concurrencia de dos de las situaciones previstas en la *Lista de tratamientos de datos que requieren evaluación de impacto relativa a protección de datos* que ha publicado la AEPD, como son el uso de categorías de datos especiales (punto 4) y el tratamiento que implique el uso de datos biométricos (punto 5) hacen obligatoria la EIPD.

⁶⁸ Expediente núm. PS/00050/2021, de la AEPD.

De este modo, antes de su instauración la empresa tendrá que realizar un análisis sobre la proporcionalidad de la medida con el fin de determinar si el tratamiento es necesario para lograr el fin legítimo de conseguir un registro de la jornada fidedigno, si no existe la posibilidad de introducir un sistema alternativo con menor injerencia sobre los derechos de las personas empleadas, así como las medidas que deben adoptarse para garantizar que las violaciones de los derechos a la vida privada y al secreto de las comunicaciones se limiten al mínimo⁶⁹. Considero que no superaría el test de necesidad el que la app se valga de un sistema biométrico para la verificación de la persona en el inicio y fin de la jornada cuando su prestación se desenvuelva presencialmente en las instalaciones de la empresa, en tanto su utilidad no es cuestionada, pero si la posibilidad de usar medidas menos intrusivas para verificar la identidad de la persona trabajadora en el puesto de trabajo, como lectores de tarjeta⁷⁰. Dentro del tratamiento de datos biométricos, la empresa tendrá que optar por la verificación biométrica que menos lesiva resulta, en una escala gradual aquellas técnicas que recaben un suficiente nivel de información adecuada para la finalidad buscada con la menor intromisión serán las más adecuadas. Por ejemplo, las minucias obtenidas de la huella dactilar serán preferentemente utilizadas a otras técnicas como la identificación mediante el iris o lectura facial, que pueden dar lugar a obtener mayor número de información, incluso del estado de salud del trabajador, no relevante para el tratamiento.

Del mismo modo, la empresa deberá llevar un registro de las actividades de tratamiento (art. 30 RGPD) en el que se refleje el tratamiento específico del registro de la jornada. El hecho de que el tratamiento de datos que aquí se plantea no sea ocasional, sino que revista carácter continuado, o que incluya categorías especiales de datos personales (por ejemplo, en el caso de los sistemas de identificación biométrica) son determinantes para que el registro deba ser obligatorio también para las empresas que empleen a menos de 250 trabajadores (art. 30. 5 RGPD).

Igualmente, la empresa tendrá que cumplir con los deberes de información (arts. 13 RGPD y 11 LOPDDG) y especificar las posibles consecuencias que devendrían de su incumplimiento⁷¹. La persona trabajadora podrá, en su caso, ejercitar los derechos de acceso, rectificación, oposición y supresión, con independencia de que el registro sea más o menos sofisticado⁷².

⁶⁹ *Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo del GT29*, y apartado 72 de la Guía 3/2019 del CEPD.

⁷⁰ Para un supuesto en el que la AEPD considera acreditada la inidoneidad y desproporcionalidad y no pertinencia ni adecuación del sistema de toma de huellas para acceder a los aseos y vestuarios de la empresa, cuando la finalidad de ello era la seguridad de acceso de las personas a las instalaciones, con la consiguiente sanción de 20.000 euros a la empresa, véase la Resolución de Procedimiento sancionador núm. PS/00010/2021.

⁷¹ MUÑOZ RUIZ, A. B.: "Registro de jornada...", op. cit., pág. 148.

⁷² *La protección de datos...*, op. cit., pág. 35.

Bibliografía

- ARRIETA IDIAKEZ, Francisco Javier. “Consecuencia de la disponibilidad en el trabajo a distancia”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel y TODOLÍ SIGNES, Adrián (dir.). *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), págs. 280 y ss. (todo el capítulo 267-283).
- BAZ RODRÍGUEZ, Jesús: “La vigilancia tecnificada del trabajo remoto y deslocalizado. Geolocalización, teletrabajo y entorno laboral ubicuo”, en BAZ RODRÍGUEZ, Jesús (dir.): *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas en España. Vigilancia tecnificada, Teletrabajo, Inteligencia artificial, Big Data*. Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2021, págs. 117 y ss. (todo el capítulo 114-167).
- CCOO. *El registro de la jornada de trabajo. Especial consideración de los sistemas de registro y su impacto en materia de protección de datos*. Secretaría Confederal de Acción Sindical y Gabinete Jurídico Confederal, junio 2019
- CRESPÍ FERRIOL, María del Mar. “Dinámica del registro ¿Cómo hay que registrar?”, en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco y MONREAL BRINGSVAERD, Erik (coord.). *Registro de la jornada y adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación*. Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2020, pág. 147-176.
- *Criterio Técnico 101/2019, sobre actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de Registro de Jornada*. Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Dirección del Organismo Estatal de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, 2019.
- *Guía sobre el Registro de Jornada*. Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019.
- *La protección de datos en las relaciones laborales*. Agencia Española de Protección de Datos, mayo 2021.
- *Lista de tratamientos de datos que requieren evaluación de impacto relativa a protección de datos*. Agencia Española de Protección de Datos, 2019.
- LLORENS ESPADA, Julen: “Los derechos digitales en la negociación colectiva”, en *Trabajo y Derecho*, núm. Extra 11, 2020.
- MARÍN MALO, Mirentxu: La geolocalización del trabajador. Reflexiones a la luz de la jurisprudencia más reciente, en *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección social*, núm.1, Vol. I, marzo 2020, págs. 109-121.
- MUÑOZ RUIZ, A. B.: “La práctica «Bring your own device» y su incidencia en la relación de trabajo: ¿tecnología a coste cero para la empresa?”, *Foro de Labos*, 19 de noviembre de 2019. Versión online
- MUÑOZ RUIZ, A. B.: “Registro de jornada de trabajo y protección de datos personales”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 148, 2021, pág. 377-393.
- PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo: “Monitorización: GPS, Wwearables y especial referencia a los controles biométricos para el registro horario. Aspectos proce-

sales”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel y TODOLÍ SIGNES, Adrián (dir.): *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, pág. 219-270.

— *14 equívocos con relación a la identificación y autenticación biométrica*. AEPD, junio 2020.

SIERRA HERNÁIZ, Elisa: “El papel de la negociación colectiva en el tratamiento de datos personales de los trabajadores”, en *Temas Laborales*, núm. 152, 2020, págs. 115-138.

ARTÍCULOS JURISPRUDENCIALES

El concepto grupo público de empresas. Extensión de la responsabilidad laboral*

The concept of a public groups of Companies. Extension of labor liability

Alfonso Esteban Miguel**

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

Instituto de Derecho Local

Universidad Autónoma de Madrid

ORCID ID: 0000-0001-6897-802X

Recibido: 8/3/2022

Aceptado: 11/3/2022

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6847>

Resumen: Este artículo tiene como objetivo analizar los grupos públicos de empresas desde la perspectiva laboral. Las peculiaridades que presenta la organización administrativa hacen necesario un estudio específico del concepto de grupo público de empresas y del régimen jurídico de los entes del sector público que pueden integrarlo. Esta singularidad también afecta a la extensión de la responsabilidad laboral a los distintos entes del grupo y especialmente a la administración matriz. La responsabilidad solidaria a efectos laborales de los grupos de empresas es una construcción jurisprudencial que hace necesario identificar los elementos para que se produzca y cómo se proyectan en el ámbito público.

Palabras clave: grupo público de empresas/ grupos de empresas laborales/medios propios/responsabilidad solidaria/elementos patológicos.

Abstract: The purpose of this article is to study public groups of companies from a labor perspective. The singularities presented by the administrative organization make it necessary to carry out a specific study of the concept of a public group of companies and of the legal regimen of the public sector entities that can integrate it. This singularity also affects the extension of labor liability to the different entities of the group and

*Este trabajo forma parte del Proyecto I+D+i “El sector público al servicio de la responsabilidad estratégica del Estado” (referencia: PID 2020-115834RB-C31).

**alfonso.esteban@uam.es

***Contrato cofinanciado por el Ministerio de Universidades, Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, y la Universidad Autónoma de Madrid, en el marco de las Ayudas Margarita Salas para la formación de jóvenes doctores (referencia: CA1/RSUE/2021-00850).

especially to the parent administration. Joint and several liability for labor purposes of groups of companies is a jurisprudential construction that requires identifying the elements to be considered and how they are projected in public sphere.

Keywords: public group of companies/ labor company groups/In-house contracts/ joint liability/ pathological elements.

1. Introducción

La colaboración entre sociedades o distintos entes para la persecución de objetivos comunes es cada vez más habitual en las relaciones económicas y jurídicas¹. El sector público no es ajeno a este fenómeno que permite aunar recursos materiales e inmateriales para conseguir sinergias que supongan una mayor eficiencia de los recursos públicos. Una de estas fórmulas organizativas de colaboración son los grupos públicos de empresas compuestos por entes independientes de la Administración, pero en los que esta se reserva el control y la dirección sobre su actividad. La Administración busca con estas estructuras complejas una mayor especialización en la actividad a desarrollar y flexibilidad a la hora de la gestión. La extensión de responsabilidades que puede operar en el ámbito de los grupos laborales de empresas hace necesario analizar con detalle estos entramados organizativos en la medida en que la aplicación de esa responsabilidad puede alcanzar a la propia Administración o al ente matriz que controla al resto de entidades.

El fenómeno de los grupos públicos de empresas tiene puntos de conexión y rasgos comunes a los que presentan los grupos de empresas privados, pero también incorpora diferencias específicas derivadas de la regulación de la organización administrativa y la cooperación entre entes del sector público. Estos factores pueden repercutir en la determinación de la responsabilidad del grupo como empleador. El hecho de que puedan utilizarse distintas estructuras organizativas complejas y flexibles de entes públicos, al amparo del principio de autoorganización de la Administración, debe coexistir y conciliarse con el principio tuitivo del Derecho del Trabajo y la tutela de los derechos laborales. El trabajador no puede ver perjudicada su estabilidad en el empleo o en las condiciones laborales porque la responsabilidad del empleador público se diluya en un entramado empresarial. En este estudio se analizará el fenómeno de los grupos de empresas en el sector público desde una perspectiva jurídico-laboral que contemplará la complejidad de la posible responsabilidad del grupo como empleador y todas las singularidades que presentan este tipo de técnicas organizativas.

¹ En la actualidad se está promoviendo la colaboración entre empresas para obtener subvenciones en el marco de los planes financiados con Fondos *Next Generation* de la Unión Europea para la recuperación y transformación de la economía. MALARET GARCÍA, E., y PADRÓS CASTILLÓN, X., “La col-laboració publicoprivada en el procés d’execució dels plans finançats amb fons NextGenerationEU: més enllà de la tradicional distinció entre formes organitzatives i formes contractuals, l’especial rellevància de les subvencions” *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 63, 2021, pp. 50 y 51.

2. El sector público como empleador múltiple

2.1. Los distintos entes del sector público como empleadores independientes: régimen jurídico

La estructura del sector público y las diversas fórmulas de colaboración entre los distintos entes que lo componen están reguladas de forma específica en el Derecho de organización de la Administración, contenido fundamentalmente en la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP²). Diferentes entes instrumentales conviven con administraciones territoriales o corporaciones de Derecho público en una estructura organizativa compleja con el fin de satisfacer el interés general (art. 103 CE). La regulación administrativa de esta estructura y de las fórmulas de colaboración administrativa inciden directamente en el régimen jurídico del personal que presta servicios en el sector público y, en especial, en la regulación de los grupos públicos de empresas a efectos laborales. En este sentido, cobra una especial transcendencia que los grupos público de empresas pueden estar integrados por cualquier entidad, sin necesidad de que sea una sociedad mercantil. Por tanto, estos no se constituyen solo de sociedades mercantiles públicas, sino que pueden integrar otro tipo de entes con personalidad jurídico-pública, como organismos autónomos, agencias públicas o entidades públicas empresariales³. Ello hace necesario realizar un análisis específico de los distintos tipos de entes independientes de la Administración, pero controlados por ella, que pueden ser parte de un grupo público de empresas.

Debe partirse de la idea de que la premisa de la personalidad jurídica única de la Administración, establecida en el artículo 3.4 LRJSP, no es aplicable a la contratación del personal en el ámbito del sector público. De esta forma, a efectos laborales, cada órgano administrativo o ente personificado se identifica como un empleador independiente que tiene, incluso, su propia inscripción específica en el ámbito de la seguridad social⁴. No solo existe una multitud de empleadores públicos independientes, sino que cada ente instrumental tiene su propio régimen jurídico administrativo y de personal. Pueden diferenciarse dentro de la estructura organizativa del sector público, fundamentalmente, los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las agencias estatales, las sociedades mercantiles públicas y las fundaciones públicas, todos ellos entes con personalidad jurídica propia y diferenciada de su administración matriz territorial, que actúan como empleadores independientes.

Los organismos autónomos son entidades de Derecho público, con personalidad jurídica propia, tesorería y patrimonio propios y autonomía de gestión, que desarrollan actividades propias de la Administración Pública, tanto actividades de fomento, presta-

² Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015).

³ ROQUETA BUJ, R., *El empresario Público. La gestión del personal laboral tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, p. 56.

⁴ PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la Función Pública, régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Madrid, Dykinson, 2020, pp. 808 y 809. El autor es crítico con esta configuración diferenciada de empleadores en la Administración.

cionales, de gestión de servicios públicos o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación, en calidad de organizaciones instrumentales diferenciadas y dependientes de esta (art. 98.1 LRJSP). Estos organismos son dependientes de su Administración territorial, a quien corresponde su dirección estratégica, la evaluación de los resultados de su actividad y el control de eficacia (art. 98.2 LRJSP). El personal al servicio de estos organismos puede ser funcionario o laboral y se regirán por lo previsto en el Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP⁵) y demás normativa reguladora de los funcionarios públicos y la normativa laboral (arts. 100.1 LRJSP y 2.1. d) EBEP).

Por su parte, las entidades públicas empresariales adoptan una forma pública de personificación, pero actúan sujetas al Derecho privado, excepto en aquellas normas de Derecho Administrativo que les sean directamente aplicables (art. 104 LRJSP). Tienen personalidad jurídica propia, patrimonio propio y autonomía en su gestión. Su financiación procederá de forma mayoritaria de los ingresos de mercado y las actividades presenciales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés general, susceptibles de contraprestación que lleven a cabo (art. 103.1 LRJSP). Estos entes dependen de su administración matriz o de un organismo autónomo vinculado o dependiente de esta, a quien corresponde la dirección estratégica, la evaluación de los resultados de su actividad y el control de eficacia (art. 103.2 LRJSP). Dada su sujeción al Derecho privado, su personal se regirá por el Derecho laboral, con las especialidades previstas en la LRJSP y en el EBEP.

La LRJSP en su redacción inicial eliminó las agencias estatales del catálogo de entes integrantes en el sector público. Con ello se pretendía simplificar el esquema organizativo administrativo. Sin embargo, cinco años después de su entrada en vigor, la DF 34^a de la ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, ha añadido los artículos 108 bis y siguientes a la LRJSP, para recuperar este tipo de entes instrumentales. De esta forma, se vuelven a integrar en el sector público este tipo de entes de Derecho público, dotados de personalidad jurídica pública, patrimonio propio y autonomía en su gestión, creados por el Gobierno para el cumplimiento de los programas correspondientes a las políticas públicas que se desarrollen en el ámbito de competencias de la Administración General del Estado. Estas agencias están dotadas de mecanismos de autonomía funcional, responsabilidad por la gestión y control de resultados. Se rigen por las normas de Derecho Administrativo y su personal podrá ser funcionario, estatutario o laboral. El personal funcionario y estatutario se regirá por la normativa reguladora de la función pública correspondiente y el personal laboral por las normas del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET⁶) y aquellas disposiciones administrativas que les sean de aplicación.

Entre los distintos entes instrumentales que componen el sector público también se encuentran entidades con personalidad jurídico-privada. En este sentido una sociedad

⁵ Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015).

⁶ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015).

mercantil tendrá la consideración de pública cuando la Administración o un ente de ella dependiente ejerza un control sobre la sociedad mercantil (art. 111.1LRJSP). De esta forma, para determinar la incorporación de estos entes en el sector público no se tiene en cuenta exclusivamente el criterio de propiedad sobre el capital, sino el criterio de control. Para certificar la existencia de ese control se toman en consideración circunstancias como la posibilidad de que la Administración posea la mayoría de los derechos de voto o tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración. Este tipo de sociedades mercantiles tendrán un especial régimen de tutela y control establecido en los arts. 116 de LRJSP y 166 y siguientes de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante LPAP⁷). Las sociedades mercantiles públicas se registrarán por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en las que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico-financiero y de contratación (art. 113 LRJSP). Por lo que se refiere, en particular, al régimen jurídico aplicable al personal que presta servicios en las sociedades mercantiles públicas, el artículo 117 LRJSP establece que el personal de las sociedades mercantiles estatales se registrará por el Derecho laboral, lo que remite al conjunto de normas laborales que regulan la prestación de servicios laborales por cuenta ajena. Pero tal remisión no impide la aplicación de determinadas normas del EBEP, tal y como impone su DA 1^a. Ello configura un régimen jurídico específico de este personal que queda sujeto a la normativa laboral, y en particular al ET, pero al que igualmente resultan aplicables determinadas normas de Derecho público.

Finalmente, en esta misma categoría de entidades jurídico-privadas se encuentran las fundaciones públicas. El art. 128.1 LRJSP regula los requisitos que determinan que existe control público sobre la fundación. Estas fundaciones únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencia de las entidades del sector público fundadoras, realizadas sin ánimo de lucro para el cumplimiento de fines de interés general, con independencia de que el servicio se preste de forma gratuita o mediante contraprestación. Los estatutos de cada fundación determinarán la Administración pública a la que estará adscritas (art. 129.1 LRJSP). Su régimen jurídico viene determinado por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones⁸ y por lo previsto en la LRJSP. Al igual que las sociedades mercantiles públicas, el personal que preste servicios en las fundaciones públicas se registrará por el Derecho laboral, salvo aquellas excepciones derivadas de su pertenencia al sector público.

Con base en este régimen jurídico de organización administrativa cada Administración territorial ha configurado su propia estructura organizativa, que está en constante cambio para acomodarse a las distintas exigencias del momento y en continua búsqueda de un modelo más eficiente de gestión de los recursos públicos. Así, en algunos casos se configurará un sector público con estructuras simples con pocos entes instrumentales y más concentración de actividad en los distintos departamentos administrativos en los

⁷ Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (BOE núm. 264, de 4 de noviembre de 2003).

⁸ Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2002).

que se divida la Administración. En otros, sin embargo, se optará por estructuras más complejas con elevado número de entes instrumentales con personalidad jurídica propia, pero con una relación de dependencia y control entre ellos. El examen de esta dependencia y control, junto con las diferentes relaciones que entablen entre ellos, será esencial para determinar en su caso si se configuran como un grupo de empresas.

2.2. Las relaciones de colaboración entre los distintos entes del sector público

La colaboración entre la Administración pública y sus entes instrumentales o entre los entes instrumentales pertenecientes a la misma Administración, vinculados por una relación de control, está regulada de forma específica en la LRJSP y en la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP⁹). La utilización de estos sistemas de colaboración se integra en el ejercicio de la potestad de autoorganización y por ello quedan excluidos de la normativa contractual pública. Específicamente se trata de las encomiendas de gestión y de los encargos a medios propios personificados.

La encomienda de gestión es un instrumento de colaboración público-público mediante el cual una entidad pública encarga a otra entidad de Derecho público la realización de actividades de carácter material o técnico de su competencia por razones de eficacia o idoneidad técnica, sin que ello suponga la transferencia de su titularidad ni de los elementos sustantivos de su ejercicio. Las encomiendas de gestión no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la LCSP, es por ello que se excluyen de su ámbito de aplicación al considerarse una técnica de organización administrativa (art. 6 LCSP). Su regulación se establece en el artículo 11 de la LRJSP y, a efectos que aquí interesan, se puede producir entre una administración y una entidad que no está vinculada formalmente a ella o entre una administración y sus entidades instrumentales, siempre y cuando, el encomendado sea una entidad de Derecho público. En este último caso no puede sostenerse que la entidad encomendada tenga la consideración de «tercero» respecto de la Administración territorial madre¹⁰.

Por otro lado, los encargos a medios propios instrumentales, también denominados contratos *in house providing* o cooperación público-público vertical, constituyen una de las técnicas de gestión administrativa de colaboración público-público que ha generado bastante controversia tanto en la doctrina como en los pronunciamientos judiciales, especialmente en los del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En estos casos la Administración presta los servicios con sus propios medios, mediante un ente instrumental considerado medio propio, controlado por la Administración. Por esta razón se puede adjudicar directamente la realización de la prestación requerida de forma directa sin acu-

⁹ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (BOE núm. 272, de 9 de noviembre de 2017).

¹⁰ ROQUETA BUJ, R., *El empresario Público. La gestión del personal laboral...* ob. cit. p. 46.

dir a los procedimientos de adjudicación en libre concurrencia¹¹. La regulación de esta forma de colaboración entre entes del sector público se ha justificado en los últimos años en el Derecho de la Unión Europea y en el Derecho interno con el objetivo de evitar una *huida del Derecho Administrativo* que conduciría a un funcionamiento administrativo menos garantista y transparente que la contratación pública, con el riesgo de que estos instrumentos estuvieran falseando la libre competencia del mercado¹².

Con la premisa de evitar la limitación de la competencia que pueden representar estos instrumentos, y atendiendo a que es una excepción dentro del ámbito contractual público, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido elaborando una amplia doctrina sobre los contratos celebrados entre una entidad que tiene la condición de medio propio y su administración matriz. La jurisprudencia europea asentada desde la sentencia “Teckal”¹³ considera que para que se entienda que un contrato es doméstico o *in house* tienen que concurrir dos requisitos: que la Administración ejerza sobre la entidad un control análogo al que realiza sobre sus propios servicios¹⁴, y que una parte esencial de la actividad de la entidad se realice para la administración matriz que la controla¹⁵. Además, para que se consideren contratos *in house* es requisito necesario que la entidad esté participada en su totalidad por la administración matriz ya que, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado que, si existen otros socios, no puede apreciarse el cumplimiento del requisito de que la Administración realice un control análogo al ejercido a sus propios servicios¹⁶. En relación con este requisito, es necesario matizar que la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública¹⁷ es más flexible que la jurisprudencia europea y deja abierto un pequeño margen para la participación privada.

El régimen jurídico de los encargos a medios propios personificados se regula en la legislación española en los artículos 32 y 33 LCSP. En la aprobación de esta norma, en el año 2017, se reconfiguró la cooperación pública vertical de la anterior normativa diferenciando cada supuesto y realizando una regulación mucho más detallada, incorpo-

¹¹ DÍEZ SASTRE, S., y MARCOS PEÑAS, E., “La convergencia de las reglas de contratación pública y disciplina presupuestaria en el sector público instrumental”, *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 205, 2020, pp. 125 y ss.

¹² AMOEDO SOUTO, C. A., “Los encargos a medios propios e instrumentales: ¿hacia un nuevo comienzo?”, en AA.VV. *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, pp. 370 y 371.

¹³ STJUE de 18 de noviembre de 1999 (asunto C-107/1998), la doctrina de la sentencia “Teckal” se consolida, entre otras en las SSTJUE de 11 de enero de 2005 (asunto C-84/2003), de 13 de octubre de 2005 (asunto C-458/2004), de 6 de abril de 2006 (asunto C-410/2003), de 11 de mayo de 2006 (C-340/2004), de 9 de junio de 2009 (asunto C-480/2006) o de 29 de noviembre de 2012 (asuntos acumulados C-182/2011 y C-183/2011).

¹⁴ SSTJUE de 10 de abril de 2008 (asunto C-393/2006), de 13 de noviembre de 2008 (asunto C-324/2007).

¹⁵ SSTJUE de 19 de abril de 2007 (asunto C-295-05) y de 18 de diciembre de 2007 (asunto C-220/2005).

¹⁶ SSTJUE de 18 de enero de 2007 (asunto C-220/2005), de 8 de abril de 2008 (asunto C-337/2005), de 13 de noviembre de 2008 (asunto C-324/2007) y de 10 de septiembre de 2009 (asunto C-537/2007).

¹⁷ Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DOUE de 28 de marzo de 2014) (art. 12.3.c).

rando la doctrina judicial comunitaria y trasponiendo la Directiva 2014/24/UE. Así, la Ley de Contratos del Sector Público cambia la denominación empleada para esta figura utilizando el concepto de *encargos a medios propios personificados* y la diferencia definitivamente de las encomiendas de gestión regulada en el artículo 11 LRJSP.

La norma contempla una serie de requisitos que deben cumplirse para considerar un ente instrumental como medio propio y para que la relación con su matriz quede bajo la regulación de los arts. 32 y 33 de la LCSP, la aplicación de uno u otro de estos preceptos depende de la clasificación de la entidad matriz como poder adjudicador, un concepto proveniente de las Directivas europeas de contratación pública. En síntesis, los entes filiales pueden ser considerados medios propios personificados de aquellos poderes adjudicadores o de otros entes que no sean poderes adjudicadores para los que realicen más del 80% de su actividad¹⁸, cuando estos ostenten sobre las mismas un control análogo al que puedan ejercer sobre sus propios servicios. En el supuesto de tener forma jurídica de sociedad mercantil o de fundación pública la totalidad de su capital social debe ser público. Además, la LCSP exige que la condición de medio propio personificado se reconozca expresamente en la norma que los cree o en sus estatutos, donde también se deberá determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición.

De los requisitos que se han especificado, el que mayor complejidad de interpretación entraña es el referente a *control análogo*, el resto de requisitos son formales y plantean, en principio, menos problemas en su aplicación. La ley hace un esfuerzo por aclarar el criterio de control y entiende que en todo caso concurre control análogo cuando la Administración o ente matriz pueda conferir encargos que sean de ejecución obligatoria para el medio propio porque así se haya establecido en sus estatutos. De esta forma, existe una unidad de decisión entre ellos, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el que realiza el encargo. Otra de las cuestiones a tener en cuenta para determinar que existe un control análogo es que la compensación por el encargo debe establecerse por referencia a tarifas aprobadas por la entidad matriz y en la forma que reglamentariamente se determine. Dichas tarifas han de calcularse de manera que representen los costes reales de realización de las unidades producidas directamente por el medio propio. Es importante destacar que el control de la entidad matriz se proyecta sobre todo el ente y no sobre el encargo concreto que se hace, lo que intensifica la dirección del ente por parte de su matriz.

Por todo lo expuesto, la determinación de la condición de medio propio de un ente instrumental será eminentemente casuística¹⁹, atendiendo a los rasgos de la entidad y a la actividad que realiza.

¹⁸ La ley especifica cómo debe hacerse ese cálculo (art. 32 LCSP).

¹⁹ SANTIAGO IGLESIAS, D., "Empresas locales", VELASCO CABALLERO, F., (dir.) *Tratado de derecho económico local*, Madrid, Marcial Pons, 2017, p. 179.

3. La problemática general de los grupos públicos de empresas

3.1. El grupo de empresas mercantil como punto de partida de la teoría del grupo de empresas

El fenómeno y, más concretamente, el concepto de grupo de empresas es diferente según la materia desde la cual se estudia. La economía, la sociología o el Derecho han ido moldeando su propia definición y aunque en algunos casos confluyen, en otros muchos se distancian. En el ordenamiento jurídico español no existe una única definición de grupo de empresas o de sociedades²⁰. Ha sido la doctrina de las diferentes disciplinas y la jurisprudencia las que han ido delimitando un concepto de grupo de empresas.

El Código de Comercio²¹, en el art. 42.1, define el grupo de sociedades como aquel *grupo* en el cual “una sociedad ostenta o puede ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras”. Es necesario advertir que esta definición hace referencia exclusivamente a la obligación de formular cuentas anuales y el informe de gestión consolidado²². Como puede apreciarse, la regulación mercantil está basada en la idea de un grupo por subordinación²³, de esta forma el criterio tenido en cuenta para determinar la existencia de un grupo de empresas a efectos mercantiles es el control de una sociedad sobre el resto²⁴. No obstante, para algunos autores lo importante de un grupo de sociedades no es el criterio de control sino de unidad de decisión. Porque esta dirección unitaria de todo el conjunto identifica la existencia de un *interés de grupo*²⁵, en cambio el control es un simple acto patrimonial, consecuencia de la adquisición o tenencia de acciones.

En este sentido, una definición mercantilista de grupo de sociedades, mayoritariamente aceptada por la doctrina, es el conjunto integrado por una pluralidad de entidades y sociedades, jurídicamente independientes, que están sometidas a una dirección unitaria²⁶.

3.1.1. El grupo público de empresas: notas identificativas

Partiendo de la definición mercantilista sobre grupos de empresas, es necesario identificar las características y peculiaridades de un grupo público de empresas. En este sentido,

²⁰ Un completo estudio jurídico de los grupos de sociedades *Vid.* FUERTES LÓPEZ, M., *Grupos públicos de sociedades*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

²¹ Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (Gaceta de Madrid núm. 289, de 16 de octubre de 1885).

²² También se remite a esta definición de grupo de sociedades el art. 5 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015).

²³ MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P. G., *Los grupos de empresas en el Derecho del Trabajo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 32 y 33.

²⁴ MATILLA MAHÍQUES, L., *La estructura organizativa y el régimen jurídico de las sociedades mercantiles públicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 113.

²⁵ FUERTES LÓPEZ, M., *Grupos públicos de sociedades*, ob. cit. p. 26 y 83.

²⁶ Definición de FUERTES LÓPEZ, M., *Grupos públicos de sociedades*, ob. cit. p. 49.

son tres las notas que identifican el grupo público: la pluralidad de entes, la independencia y la dirección unitaria. El componente esencial de un grupo es la pluralidad de entes. No es necesario que tengan forma de sociedad mercantil, sino que pueden tener una forma jurídico-pública o privada, como el caso de las fundaciones, entidades públicas empresariales u organismos autónomos.

La expresión *jurídicamente independientes* hace referencia a que cada uno de los entes que componen el grupo debe tener personalidad jurídica separada, de modo que son, cada uno de ellos, sujetos de derechos y obligaciones. A este respecto, los entes del sector público institucional tienen personalidad jurídica propia, como se ha analizado anteriormente. Según el art. 89 LRJSP “Los organismos públicos tienen personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión”. Por su parte, las entidades públicas empresariales, son entidades de Derecho público, con personalidad jurídica propia, patrimonio propio y autonomía en su gestión, según se determina el art. 103 LRJSP. Finalmente, las empresas públicas en su condición de sociedad mercantil, adquieren personalidad jurídica propia en el momento de su inscripción en el Registro Mercantil, según el art. 33 TRLSC.

En cuanto a la tercera nota identificativa de los grupos públicos de empresas, si el elemento de *dirección unitaria* es más adecuado que el de control en los grupos de sociedades mercantiles, mayor importancia cobra este elemento en los grupos de entes del sector público. Utilizar el concepto de control de la sociedad llevaría al absurdo de identificar como un grupo a la totalidad de administraciones y entidades o sociedades de ellas dependientes, porque para delimitar que una sociedad mercantil es pública se utiliza el criterio de control. No obstante, no es fácil identificar el elemento de *dirección unitaria*. Para ello debe atenderse a otros elementos como la específica actividad que desarrollan los entes institucionales dependientes o la justificación que originó su creación²⁷, delimitando claramente sus objetivos y funciones.

Cuando una Administración territorial crea un ente o una sociedad mercantil para gestionar una actividad o prestar un servicio, su voluntad es que esa gestión se haga de forma específica y separada. Ello supone que, en un primer momento, se descarte que la Administración territorial que crea el ente o la sociedad esté incluida en el grupo de empresas, aunque estas reciban *directrices y estrategias de gestión* del departamento administrativo que ejerza la tutela²⁸. En cambio, si un órgano de esa Administración asume la dirección y el control del ente como una auténtica dirección unitaria, no hay inconveniente en considerarlos como un grupo público de sociedades.

²⁷ *Ibidem*, pp. 100 y 101.

²⁸ El Consejo de Ministros es el competente para determinar las directrices y estrategias de gestión del Sector público empresarial (art. 169 LPAP), el ministerio de tutela ejercerá el control de eficacia de las sociedades (art. 177 LPAP) e instruirá a la sociedad respecto a las líneas de actuación estratégica y establecerá las prioridades en la ejecución de las mismas, además el titular del departamento podrá dar instrucciones a las sociedades para que realicen determinadas actividades, cuando resulte de interés público su ejecución (art. 116 LRJSP). Lo mismo sucede con las sociedades mercantiles autonómicas o locales que reciben directrices del titular de la Consejería u otra unidad administrativa al que quedan adscritas.

No obstante, hay que estar siempre a las circunstancias del caso concreto, porque el hecho de que varias administraciones, entes o sociedades cooperen para la consecución de un fin común no presupone la existencia de un grupo de sociedades. Por ejemplo, no se podría considerar un grupo público de empresas la SEPI (Sociedad Estatal de Participaciones Industriales) que está compuesta por la propia SEPI, que es una entidad de Derecho Público, y un total de 15 empresas participadas de forma directa o mayoritaria. Y ello porque en este caso no hay una dirección de gestión del ente público en el resto de sociedades públicas, de modo que no puede apreciarse una unidad de dirección. La gestión ordinaria de las sociedades participadas corresponde a sus propios órganos de administración²⁹. Es curioso que el conjunto de empresas participadas por la SEPI se denomine Grupo SEPI, en este caso se estaría ante un grupo societario de hecho pero no de derecho.

En cambio, un ejemplo de grupo público de empresas es el grupo TRAGSA (Empresa de Transformación Agraria, S.A.) que tiene filiales como Tecnologías y Servicios Agrarios, S.A. (Tragsatec), Colonización y Transformación Agraria, S.A (CYTASA) o TRAGSA Brasil Desarrollo de Proyectos Agrarios, estas dos últimas constituidas en el extranjero, la primera en Paraguay y la segunda, en Brasil. En este caso, TRAGSA dirige, como accionista único, el resto de filiales. Otro ejemplo, ahora en el ámbito local, es el grupo constituido por Barcelona Servicios Municipales S.A., que administra diferentes sociedades locales públicas dedicadas a la gestión de aparcamientos subterráneos, servicios de alquiler de bicicletas, los parques de la ciudad o los cementerios.

3.1.2. La elusión de responsabilidad en los grupos de empresas: la teoría del levantamiento del velo

La creación de grupos de empresas, en muchas ocasiones, puede esconder el objetivo último de eludir responsabilidades. De ahí la importancia de la teoría del *levantamiento del velo*³⁰. Esta teoría extiende las responsabilidades solidarias a las personas físicas que pretenden permanecer ocultas en su condición de empresario o empleador en un entramado de personas jurídicas, como por ejemplo son los socios o los administradores sociales³¹.

Esta cuestión no es exclusiva de los grupos de empresas formados por sociedades mercantiles privadas. Es posible aplicar la doctrina del *levantamiento del velo* para que responda la Administración en estos supuestos de ocultación y evasión de responsabilidad. Por ejemplo, cuando los acreedores se ven perjudicados por la actuación de la sociedad pública, especialmente cuando no es responsable el administrador por el art. 179 LPAP³². Incluso es posible aplicar el art. 35 LRJSP sobre la responsabilidad patrimonial

²⁹ MATILLA MAHÍQUES, L., *La estructura organizativa...*, ob. cit. p. 123.

³⁰ *Ibidem*, pp. 116 y ss.

³¹ Entre otras, STS de 29 de enero de 2014 (Rec. 121/2013, Sala de lo Social).

³² La exoneración de responsabilidad de las administraciones es una especialidad de las sociedades de capital íntegramente público y sólo cuando cumplen instrucciones del ministro al que corresponde la tutela. Para el resto de situación se aplica la responsabilidad de los administradores contenida en la Ley de Sociedades de Capital.

de la Administración pública cuando estas actúan en relaciones de Derecho privado³³. Ello implica que el Derecho Administrativo interviene como un instrumento válido de control de las actividades que realiza la Administración a través de una personificación jurídico-privada, especialmente cuando son actividades de interés general o se trata de la gestión de un servicio público³⁴.

4. El grupo público de empresas y responsabilidades laborales

4.1. Los grupos públicos de empresas: implicaciones laborales

La regulación jurídico-laboral de los grupos de empresas no ha sido satisfactoria en el Derecho positivo español. Este fenómeno no se ha regulado de una forma unitaria, específica y completa teniendo en cuenta toda su complejidad³⁵. Únicamente se encuentran referencias genéricas y concretas en determinados preceptos de la normativa laboral que regulan materias como, por ejemplo, la sucesión de contratos temporales, la negociación colectiva o los despidos colectivos. En la nueva reforma laboral, aprobada mediante el Real Decreto Ley 32/2021³⁶ (en adelante RDL 32/2021), tampoco se ha hecho un esfuerzo de regular una cuestión tan importante y que cada vez tiene más fuerza tanto en el ámbito privado, como en el público. Es una realidad económico-estratégica y organizativa que nace por la necesidad de colaboración y cooperación entre distintos entes económicos o administrativos.

Esta desregulación o regulación dispersa e inacabada es llamativa cuando en el marco de los grupos de empresas se contemplan multiplicidad de situaciones donde el trabajador puede quedar desprotegido y la responsabilidad del empleador diluida. El grupo de empresas puede ser el reflejo de estrategias flexibles de adquisición y gestión de recursos humanos, que no en todos los casos son respetuosas con los derechos de los trabajadores. En este sentido, los grupos de empresas se proyectan tanto en el ámbito de las relaciones individuales de trabajo como en el marco de las relaciones colectivas³⁷.

³³ Art. 35 LRJSP “Cuando las Administraciones públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes, incluso cuando concurra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad”.

³⁴ DEL GUAYO CASTIELLA, I., *Sector público empresarial e instituciones paraconcursoales*, Barcelona, Marcial Pons, 2004, pp.124 y 125.

³⁵ MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P. G., *Los grupos de empresas en el Derecho del Trabajo*, ob. cit. pp. 46 y 47.

³⁶ Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (BOE núm. 313, de 30 de diciembre de 2021).

³⁷ MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P. G., *Los grupos de empresas en el Derecho del Trabajo*, ob. cit. p. 54.

Algunas normas laborales hacen referencia a los grupos de empresas sin ningún tipo de matización, por lo que hay que entender que se aplicará al concepto de grupo de empresas mercantil³⁸ y, si no hay ninguna excepción contenida en la norma, a los grupos públicos de empresas. Así, por ejemplo, como se analizará a continuación, se aplica el concepto de grupo de empresas al límite de encadenamiento de contratos temporales con un mismo trabajador o a la obligación de presentación de información y documentación en la tramitación de los procedimientos de despido colectivo.

4.1.1. El grupo de empresas como unidad de cómputo para la limitación del encadenamiento de contratos por circunstancias de la producción

Una de las normas que utiliza el grupo de empresas como unidad de cómputo es la contenida en el artículo 15.5 ET para la limitación temporal de los contratos de trabajo. El citado artículo establece que el trabajador que haya tenido dos o más contratos por circunstancias de la producción durante dieciocho meses en un periodo de veinticuatro meses en la misma empresa o grupos de empresas adquirirá la condición de fijo. De este modo, la disposición tiene en cuenta todos los contratos temporales celebrados en las distintas sociedades del grupo.

La aplicación de lo comentado no es tan sencilla cuando el sujeto es un grupo público de empresas. La DA 15ª del Estatuto de los Trabajadores establece que para la aplicación del límite de encadenamiento de contratos temporales solo se tendrán en cuenta los contratos celebrados en cada Administración sin que puedan computar aquellos celebrados por los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculada o dependiente de la misma. Ello supone, en principio, que esta disposición elimina la posibilidad de tener en cuenta a estos efectos los grupos públicos de empresas³⁹. Sin embargo, esta limitación únicamente tendrá virtualidad cuando el grupo público de empresas esté configurado por una Administración y entes instrumentales públicos o privados. El grupo público de empresas compuesto con un ente instrumental público y sociedades mercantiles públicas o únicamente con sociedades mercantiles públicas se regirá exclusivamente por el contenido del art. 15.5 ET. En estos casos, en el grupo público no está integrada una Administración y, en consecuencia, no se aplicará la excepción a la norma general de la DA 15ª ET.

Por tanto, el cómputo temporal de los contratos de trabajo para determinar la fijeza de la relación laboral se realizará teniendo en cuenta todos los contratos por circunstancias de la producción celebrados por las distintas sociedades mercantiles públicas o entes públicos que forman el grupo público de empresas. En este sentido, la DA 15ª ET deja fuera del cómputo para determinar el límite del encadenamiento de contratos temporales en el sector público las modalidades particulares recogidas en la Ley Orgánica

³⁸ ROQUETA BUJ, R., *El empresario Público. La gestión del personal laboral...*, ob. cit. p. 57.

³⁹ ROQUETA BUJ, R., "Los trabajadores indefinidos no fijos: estabilidad versus igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público", *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 442, 2020, p. 33.

6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades⁴⁰, y “en cualesquiera otras normas con rango de ley”. En este último grupo de exclusiones deben incluirse los contratos para la realización de proyectos y para la ejecución de planes y programas públicos de investigación científica y técnica o de innovación (DA 23ª Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación⁴¹). Del mismo modo, deben quedar excluidos de dicha regla los contratos previstos en la DA 5ª RDL 32/2021, que habilita con carácter excepcional a las entidades del sector público a celebrar contratos de duración determinada “siempre que dichos contratos se encuentren asociados a la estricta ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y solo por el tiempo necesario para la ejecución de los citados proyectos” y para aquellos “que resulten necesarios para la ejecución de programas de carácter temporal cuya financiación provenga de fondos de la Unión Europea”. La misma suerte deben correr aquellos contratos temporales recogidos en la nueva DA 9ª de la Ley de Empleo⁴², incorporada por la DF 2ª del RDL 32/2021, que permite a las administraciones públicas realizar contratos para la mejora de la ocupabilidad y la inserción laboral en el marco de programas de activación para el empleo, cuya duración no podrá ser superior a doce meses⁴³.

4.1.2. El grupo de empresas como sujeto obligado a aportar información y documentación en los procesos de despido colectivo o de medidas de flexibilidad internas

La reforma laboral, contenida en el RDL 32/2021, ha derogado la DA 16ª del ET, que contenía la aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público. Es llamativo que no se haga referencia a esta derogación en la extensa exposición de motivos del RDL 32/2021 y por lo tanto no se encuentre ninguna explicación al respecto por parte del legislador. La doctrina se plantea si esta derogación supone la prohibición de que una entidad del sector público pueda efectuar despidos por causas empresariales o supone simplemente la derogación de un régimen especial y será necesario que este tipo de despidos se encauce por el procedimiento común⁴⁴. En este sentido, hay que recordar que el tratamiento especial del despido por causas empresariales para el sector público fue una novedad introducida por la reforma laboral del 2012, pero que previa a esta regulación había sido admitido el recurso a es-

⁴⁰ Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (BOE núm. 307, de 24 de diciembre de 2001).

⁴¹ Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (BOE núm. 131, de 2 de junio de 2011).

⁴² Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo (BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015).

⁴³ Sobre los problemas que plantea la contratación temporal en el sector público tras la reforma del RD 32/2021, DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Temporalidad en el empleo público”, *Revista de Derecho Laboral VLex*, núm. 5, 2022 (en prensa).

⁴⁴ RAMOS MORAGUES, F., “Incidencia de la reforma laboral en el empleo público”, *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, núm. 3, 2022, p.154.

tas medidas extintivas por parte de los entes del sector públicos tanto por la doctrina⁴⁵ como por los tribunales⁴⁶. Por tanto, no hay motivos por los cuales deba entenderse que la derogación de la DA 16 ET suponga la prohibición de las medidas extintivas en el sector público, sino que debe redirigirse al procedimiento común establecido para las empresas privadas. Esta teoría se refuerza porque el legislador en ninguna parte del ET prohíbe específicamente estas medidas y sí lo hace en la DA 17 ET para prohibir que las Administraciones y las entidades de derecho público apliquen la suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornada contemplado en el art. 47 ET.

Volviendo al objeto específico de análisis de los grupos públicos de empresas y valorada la plena aplicación de los despidos por causas empresariales a este colectivo, el grupo de empresas tiene importancia a la hora de determinar el procedimiento y la aportación de información y documentación en los procesos de un despido colectivo. La normativa establecida tanto en el art. 51 ET como en el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo⁴⁷ (en adelante RPDC) obliga a que, si una sociedad mercantil pertenece a un grupo de empresas, debe aportar en el período de consultas las cuentas consolidadas del grupo, o si no están obligadas a consolidar, las cuentas de las demás empresas del grupo. Esta exigencia tiene como objetivo conocer la verdadera situación y las relaciones económicas entre las empresas del grupo que podrían tener relevancia a los efectos de la adopción de medidas de flexibilidad interna o externa⁴⁸.

En los supuestos de que el despido colectivo afecte al personal contratado por empresas públicas, organismos o entidades del sector público empresarial y estos formen parte de un grupo de empresas mercantil, deberán adjuntar en el período de consultas las cuentas anuales debidamente auditadas y el informe de gestión consolidado de la sociedad dominante del grupo o, si no existiera, la documentación económica del resto de empresas del grupo debidamente auditada, según lo establece el art. 4.5 RPDC. Por tanto, estarán obligados a este requisito formal todos los grupos públicos formados por entes que no tiene la consideración de Administración pública.

En cambio, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre esta cuestión de las sociedades mercantiles públicas participadas en su totalidad por una Administración. La Sala

⁴⁵ Entre otros, DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M., *Reformas laborales y Administraciones públicas*, Valladolid, Thomson Reuters, 2013, pp. 99 y ss. y *Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública*, Valladolid, Lex Nova, 2006, p. 425, y MARTÍN JIMÉNEZ, R., “E.R.E.’s en el sector público: notas para un debate”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 833/2011.

⁴⁶ La jurisprudencia ya había admitido antes de la reforma de 2012 la posibilidad de realizar extinciones por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en Ayuntamientos o en organismos públicos: STS de 11 de octubre de 2005 (Rec. 5611/1999, Sala de lo Contencioso-Administrativo); SSTSJ de Andalucía de 9 de mayo de 1997 (Rec. 3757/1996, Sala de lo Social); de Comunidad Valenciana 26 de septiembre de 1997 (Rec. 2860/1996, Sala de lo Social); de Cataluña de 9 de marzo de 1999 (Rec. 7952/1998, Sala de lo Social); de Castilla y León de 24 de julio de 2006 (Rec. 1308/2006, Sala de lo Social) y de Islas Canarias de 28 de febrero de 2011 (Rec. 1549/2010, Sala de lo Social).

⁴⁷ Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (BOE núm. 261, de 30 de octubre de 2012).

⁴⁸ STS de 19 de julio de 2017 (Rec. 14/2017, Sala de lo Social).

de lo Social mantiene que, a efectos de la obligación de aportar información en los procesos de despido colectivo, las sociedades públicas no tienen la consideración de grupo de empresas con su administración matriz. Por tanto, no tienen la obligación de aportar datos económicos de esta última en el procedimiento de despido colectivo⁴⁹.

4.2. *Los grupos públicos de empresas: la protección del trabajador*

La inexistencia de una regulación laboral específica de los grupos de empresas y el carácter tuitivo de protección del trabajador del orden social, han llevado a una importantísima labor jurisprudencial de construcción de criterios para identificar los grupos de empresas a efectos de evitar que los derechos de los trabajadores se vieran lesionados por el hecho de estar inmersos en un complejo entramado societario. El artículo 1.2 ET ha servido de base a la jurisprudencia para en determinadas situaciones derivar responsabilidades solidarias por las obligaciones laborales a todas las empresas del grupo.

La doctrina ha sido muy crítica con la regulación del *grupo de empresas* a efectos laborales o, mejor dicho, con la desregulación. Los criterios jurisprudenciales aportan una fuerte inseguridad jurídica, porque se basan en la articulación sobre indicios⁵⁰. Sería interesante, que el Estatuto de los Trabajadores recogiera una definición clara del *grupo de empresas* para determinar la extensión de la responsabilidad de las empresas del grupo.

La doctrina clásica del Tribunal Supremo sobre los *grupos de empresas* como empleadores siempre ha diferenciado entre *grupos de sociedades* y *grupo patológico de empresas*. El *grupo de sociedades* se reservaba a la noción de grupo de empresas de Derecho Mercantil, que no establecía que las empresas del grupo fueran responsables solidarias de las obligaciones laborales. En cambio, el *grupo patológico de empresas* suponía que existía la obligación de responder de forma solidaria de las obligaciones laborales, siempre y cuando se dieran las condiciones establecidas por la jurisprudencia.

No obstante, en este sentido, el Tribunal Supremo en el año 2015 se replanteó estas categorías, debido a que la realidad de los grupos de sociedades en el mundo económico es muy variada y no tienen por qué tener un fin defraudador. Fue concretamente en el caso de un grupo público de empresas, el Grupo TRAGSA, donde el Tribunal

⁴⁹ El Tribunal Supremo rechazó la pretensión de nulidad del despido colectivo de una empresa mercantil pública de titularidad íntegramente local por no aportar los datos económicos del ente local matriz. STS de 12 de julio de 2017 (Rec. 278/2016, Sala de lo Social): “este dato [que la dirección de la sociedad corresponda a la Corporación municipal en virtud del art. 85 ter LBRL y de los arts. 90 a 94 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales] para nada consiente imputar a esa relación corporación/sociedad la cualidad de “empresa de grupo”, con todas las consecuencias laborales que ello comporta (entre otras la aquí pretendida en el PDC) y que son propias de las empresas privadas, pues de lo contrario se reduciría en no escasa medida la razón de ser y eficacia de las sociedades mercantiles públicas, a la par que indirectamente se vulneraría de forma toda la normativa que las regula” (FJ. 6).

⁵⁰ MERCADER UGUINA, J., “El desconcertante mundo de los grupos “laborales” de empresas y sus nuevas formulaciones jurisprudenciales” en AA. VV. *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 497.

Supremo efectuó una matización terminológica respecto de los grupos de empresa reservando el término *grupo patológico* exclusivamente a los supuestos en que las empresas han evitado la responsabilidad solidaria en materia de personal con ocultación o fraude, pero en el caso de que el grupo de empresas no actúe con finalidad defraudadora, la terminología utilizada es la de *empresa de grupo* o *empresa-grupo*⁵¹. Por tanto, el grupo patológico queda relegado a una subcategoría de lo que se ha denominado *empresa de grupo* o *empresa-grupo*.

Según lo expuesto, la actual doctrina del Tribunal Supremo defiende que es posible diferenciar entre un *grupo de sociedades* y una *empresa de grupo* a efectos laborales⁵² porque no es suficiente que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones laborales contraídas por una de ellas, sino que es necesaria la concurrencia de una serie de elementos adicionales. Asimismo, el concepto de *empresa de grupo* depende de cada caso concreto y de la valoración de las pruebas que se pongan de manifiesto, sin que se pueda llevar a cabo una relación numérica de requisitos cerrados para que pueda entenderse que exista la extensión de responsabilidad de las empresas del grupo⁵³. En esta última categoría es donde se encuadra la subcategoría específica de “grupo patológico de empresas” donde el grupo de empresas ha actuado con abuso, fraude u ocultación a terceros.

La aplicación de la doctrina de los *grupos de empresas* a efectos laborales también se proyecta sobre los entes integrantes del sector público. No hay motivo para limitar la responsabilidad de los entes públicos integrados en un grupo cuando se aprecian los elementos determinados por la jurisprudencia⁵⁴. Sin embargo, que en un conjunto de empresas públicas o de entes de naturaleza jurídico-pública se den los elementos que definen un grupo a efectos mercantiles no supone que se deba calificar como *empresa de grupo* o como *grupo de empresas patológico* a efectos laborales, para ello se requiere la concurrencia de elementos adicionales. En este sentido, la existencia de un grupo público de sociedades implica, con carácter general, que existe independencia y no comunicación de responsabilidades laborales entre las distintas entidades integrantes del grupo. De esta forma, que la administración matriz sea propietaria, total o mayoritariamente, del capital social o que ejerza funciones de control sobre la empresa pública no implica que actúen en el tráfico jurídico como un grupo de empresas a efectos laborales y, que por consiguiente, exista comunicación de responsabilidades⁵⁵. Lo mismo ocurre cuando el grupo

⁵¹ STS de 20 de octubre de 2015 (Rec. 172/2014, Sala de lo Social), (FJ. 4).

⁵² Entre otras, las SSTS de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012, Sala de lo Social), de 28 de enero de 2014 (Rec. 16/2013, Sala de lo Social), de 2 de junio de 2014 (Rec. 546/2013, Sala de lo Social), de 22 de septiembre de 2014 (Rec. 314/2013, Sala de lo Social), de 24 de febrero de 2015 (Rec. 124/14, Sala de lo Social).

⁵³ STS (Sala de lo Social) de 20 de octubre de 2015 (Rec. 172/2014), (FJ. 4).

⁵⁴ ROQUETA BUJ, R., *El empresario Público. La gestión del personal laboral...*, ob. cit. pp. 64 y 65. PRECIADO DOMÈNECH, C. H., *Los grupos de empresas tras las últimas reformas*, Albacete, Bomarzo, 2014, p. 85, MORENO GENE, J., *Los grupos de empresas públicos. Identificación del empresario responsable*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 89 y ss.

⁵⁵ SSTSJ de Andalucía de 24 de enero de 2013 (Rec. 2571/2012, Sala de lo Social) y de Cataluña de 10 julio de 2013 (Rec. 21/2013, Sala de lo Social).

está integrado por un ente público matriz y sociedades mercantiles públicas⁵⁶.

En este sentido cada ente o empresa pública será considerada como la única empleadora de sus trabajadores. Lo cual se proyecta en una doble vertiente. La primera es que el ente público o la sociedad mercantil pública serán los exclusivos titulares de los derechos y obligaciones que se derivan del contrato de trabajo. Y la segunda es que la administración matriz, el ente público matriz o la sociedad mercantil pública matriz no tiene ninguna responsabilidad frente a los trabajadores de la sociedad instrumental⁵⁷.

4.3. La empresa de grupo público: la extensión de responsabilidad como empleador al grupo de empresas

La independencia jurídica y la limitación de responsabilidades en el ámbito laboral de los miembros de un grupo público de empresas, no impide que en determinados supuestos se convierta en lo que el Tribunal Supremo ha denominado *empresa de grupo*. Ello implica la comunicación de responsabilidad en las obligaciones laborales entre las entidades integrantes del grupo. Asimismo, en el supuesto de que exista en el grupo el propósito de evitar las responsabilidades laborales de forma fraudulenta se declarará un grupo de empresas patológico y se aplicará la teoría del *levantamiento del velo* con la intención de proteger los derechos de los trabajadores afectados. De esta forma estos grupos se integran en su conjunto dentro del art. 1.2. ET, calificando al grupo como empleador de los trabajadores, como único empleador⁵⁸. En estos supuestos requerirá la simple concurrencia de algún elemento adicional establecido por la jurisprudencia para extender la responsabilidad solidaria entre ellos, sin la necesidad que se demuestre un fraude hacia los derechos de los trabajadores.

Los elementos adicionales especificados por el Tribunal Supremo para entender que se está ante una *empresa de grupo* con responsabilidad solidaria de las obligaciones en materia de personal son básicamente: confusión de plantillas, confusión patrimonial o unidad de caja, y utilización fraudulenta de la personalidad jurídica o ejercicio abusivo de la relación unitaria. En este sentido, no es necesario que en cada caso concurren de forma acumulativa cada uno de los elementos señalados, es suficiente con que concurra alguno de ellos.

⁵⁶ SSTSJ de Cataluña de 13 de marzo de 2014 (Rec. 661/2013, Sala de lo Social), 30 de abril de 2014 (Rec. 5659/2013, Sala de lo Social), de 24 de julio de 2014 (Rec. 3814/2014, Sala de lo Social) y 9 de septiembre de 2014 (Rec. 3904/2014, Sala de lo Social) y del País Vasco de 15 de septiembre de 2015 (Rec. 13/2015, Sala de lo Social).

⁵⁷ ROQUETA BUJ, R., *El empresario Público. La gestión del personal laboral ...*, ob. cit. pp. 56 y 57.

⁵⁸ SSTJ de 20 de octubre de 2015 (Rec. 172/2014, Sala de lo Social), de 21 de mayo de 2015 (Rec. 257/2014, Sala de lo Social) y de 26 de marzo de 2014 (Rec. 86/2014, Sala de lo Social), “en puridad no existe una titularidad jurídica empresarial de cada una de las sociedades demandantes, pues aun formalmente distintas, actúan en realidad como una única empresa, constituyendo pues un verdadero empresario, con la responsabilidad solidaria que de ello se deriva para todas las sociedades que integran formalmente el grupo”.

4.3.1. Confusión de plantillas

La confusión de plantillas se identifica con la prestación de trabajo indistinta, de forma simultánea o sucesiva, a favor de varios de los entes integrantes del grupo⁵⁹. Por tanto, la relación de trabajo es única, cuyo titular es el grupo en su condición de sujeto real y efectivo de la explotación unitaria por cuenta de la que prestan servicios los trabajadores⁶⁰.

La confusión de plantillas es, normalmente, una situación creada por las empresas del grupo, pero se puede producir también por la aplicación de un régimen convencional común en el grupo de empresas que permita la movilidad del personal de una entidad a otra. En estos supuestos, es el convenio colectivo el que configura el elemento de una plantilla única del grupo de empresas, con independencia de la utilización que hagan de esta facultad las empresas del grupo⁶¹. Un ejemplo de esta cuestión son las entidades integradas en el Grupo RTVE que se rigen por un convenio colectivo único que permite la movilidad entre las distintas entidades y sociedades que integran el grupo⁶².

Sin embargo, no todas las fórmulas de cooperación tienen como fin la creación de una *empresa de grupo*. No se está ante un funcionamiento unitario cuando los grupos de sociedades centralizan una serie de actividades y tareas en aras de evitar duplicidades en los puestos y conseguir un sistema eficiente, o cuando se externalicen las funciones de administración y dirección, incluso es posible que una de las empresas del grupo tenga como objeto social la prestación de dichos servicios⁶³.

4.3.2. La confusión patrimonial o la unidad de caja

La confusión patrimonial no hace referencia a la composición y participación en el capital de cada sociedad en las otras del grupo⁶⁴, sino a la pertenencia y utilización del patrimonio social de forma indistinta. Ello no supone que las sociedades no puedan compartir infraestructuras o medios de producción comunes, siempre que esté clara y formalizada la pertenencia común o la cesión del uso⁶⁵. En relación con las empresas públicas, la mayoría de grupos integrados por varias empresas suelen responder a estructuras donde el capital social de las empresas filiales está participado al 100% por la sociedad matriz que, a su vez, es propiedad íntegramente de un organismo público o de la Administración⁶⁶.

⁵⁹ STS de 29 de septiembre de 2015 (Rec. 1/2015, Sala de lo Social), (FJ. 14).

⁶⁰ Así lo determina la STSJ de Extremadura de 21 de marzo de 2013 (Rec. 20/2013, Sala de lo Social) en relación con el grupo de empresas público Avante (FJ. 2).

⁶¹ ROQUETA BUJ, R., *El empresario Público. La gestión del personal laboral...*, ob. cit. p. 66.

⁶² STSJ de Madrid de 24 de abril de 2001 (Rec. 477/2000, Sala de lo Social) (FJ. 3).

⁶³ STS de 20 de octubre de 2015 (Rec. 172/2014, Sala de lo Social), (FJ. 4).

⁶⁴ Aunque la participación de una empresa en otra pueda alcanzar porcentajes muy elevados o incluso la totalidad del capital de una de ellas esté participado por otra sociedad del grupo. SSTS de 28 de enero de 2014 (rec. 16/2013, Sala de lo Social) y de 25 de septiembre de 2013 (Rec. 1/2013, Sala de lo Social).

⁶⁵ STS (Sala de lo Social) de 4 de abril de 2014 (Rec. 132/2013).

⁶⁶ Ejemplo de un grupo de empresas públicas donde el Tribunal Supremo no apreció “empresa de grupo”

En relación con el elemento anterior se encuentra la unidad de caja, que supone el grado extremo de la confusión patrimonial. Es lo que ha denominado el Tribunal Supremo como *permeabilidad operativa y contable*⁶⁷. Ello no supone que no pueda utilizarse la técnica de *cash poolig*, que supone la gestión centralizada de la tesorería de los grupos de empresas o para sociedades con muchas delegaciones, porque en estos casos no hay confusión patrimonial, sino que es un mero sistema contable. En referencia a las empresas públicas, hay que llamar la atención de que tienen un sistema contable distinto a las empresas privadas. Las cuentas de las sociedades mercantiles públicas se integran en las cuentas de la Administración que tenga la titularidad de sus acciones. Ello no supone que a efectos laborales exista un grupo con las entidades integrantes en las cuentas de dicha Administración, ni con la Administración propiamente.

Un ejemplo de extensión de responsabilidad solidaria del Ayuntamiento frente a los trabajadores de una sociedad municipal es cuando esta carece de ingresos propios y es el Ayuntamiento quien realiza transferencias de forma directa, que no subvenciones, porque de no ser por estas aportaciones la sociedad no es viable⁶⁸. También es posible que se declare la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales y la extensión de responsabilidad solidaria en el grupo formado por la Administración y una fundación. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid apreció que existía confusión de plantillas y patrimonios entre la Universidad Autónoma de Madrid y la Fundación General y la Asociación de Antiguos Alumnos de dicha universidad⁶⁹.

4.3.3. Utilización fraudulenta de la personalidad jurídica o el ejercicio abusivo de la dirección unitaria

El elemento de la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica responde a la creación de una sociedad que quiere evitar las responsabilidades en cuestiones de personal. A ello responde la denominada doctrina del *levantamiento del velo* en los supuestos de existencia de una empresa real y otra empresa *pantalla* que sirve para eludir las responsabilidades sociales de la primera. Este es el supuesto típico de los denominados grupos de empresas patológicos.

El ejercicio abusivo de la dirección unitaria se produce cuando la dirección se ejerce anormalmente y causa perjuicio a los trabajadores, persiguiendo únicamente el beneficio del grupo o de la empresa dominante⁷⁰. Pero, en cambio, la dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para entender la existencia de *empresa de grupo* a efectos

fue el integrado por TRAGSA, que como sociedad matriz era titular del 100% del capital de la sociedad TRAGSATEC. STS de 20 de octubre de 2015 (Rec. 172/2014, Sala de lo Social), (FJ. 4).

⁶⁷ STS de 20 de octubre de 2015 (Rec. 172/2014, Sala de lo Social), (FJ. 4).

⁶⁸ STSJ de Andalucía de 23 de mayo de 2013 (Rec. 29/2012, Sala de lo Social).

⁶⁹ STSJ de Madrid de 20 de junio de 2014 (Rec. 311/2014, Sala de lo Social)

⁷⁰ SSTs de 21 de mayo de 2015 (Rec. 257/2014, Sala de lo Social) y de 20 de octubre de 2015 (Rec. 172/2014, Sala de lo Social).

de la responsabilidad de obligaciones sociales⁷¹, porque si no hay abuso es una consecuencia lógica del grupo de empresas⁷². Esta posición ha sido mantenida también por la jurisprudencia comunitaria que no considera empresario, a los efectos de la Directiva 98/59/CE⁷³, a la empresa matriz de un grupo que decide sobre las extinciones laborales de sus filiales⁷⁴.

La dirección unitaria es intrínseca a la personificación de entes públicos de la Administración. Como se ha analizado anteriormente, es a la administración matriz a quien corresponde la dirección estratégica, la evaluación de los resultados de la actividad y el control de eficacia tanto de los organismos autónomos como de las entidades públicas empresariales. Esta circunstancia por sí sola no puede suponer extender la responsabilidad solidaria a la administración matriz respecto de las obligaciones laborales contraídas por estos entes y sus trabajadores. Es necesario que se observe con claridad que se ha utilizado la personificación instrumental independiente con una voluntad defraudadora o que concurren otro de los elementos adicionales como la confusión de plantilla o patrimonial⁷⁵.

4.4. Un supuesto especial: la extensión de responsabilidad laboral de los medios propios a su administración matriz

La doctrina⁷⁶ y la jurisprudencia ha venido admitiendo sin matices la posibilidad de considerar un grupo de empresas a efectos laborales o una *empresa grupo* al conjunto integrado por un ente público y sus empresas públicas⁷⁷ o a un conjunto de sociedades mercantiles públicas⁷⁸ cuando se identifican los elementos definidos por la jurisprudencia para extender la responsabilidad solidaria a todo el grupo y concretamente a la entidad matriz, que puede ser la propia Administración territorial.

⁷¹ SSTs de 16 de enero de 1998 (Rec. 2365/1997, Sala de lo Social), de 23 de octubre de 2012 (Rec. 351/2012, Sala de lo Social) y de 29 de diciembre de 2014 (Rec. 83/2014, Sala de lo Social).

⁷² STS de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012, Sala de lo Social) (FJ. 10).

⁷³ Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos (DOUE núm. 225, de 12 de agosto de 1998).

⁷⁴ STJUE de 10 de septiembre de 2009 (asunto C-44/08). También esta doctrina ha sido recogida por las STS de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012, Sala de lo Social), (FJ. 9); de 19 de diciembre de 2013 (Rec. 37/2013, Sala de lo Social), (FJ. 7); de 26 de marzo de 2014 (Rec. 158/2013, Sala de lo Social) (FJ. 8); de 4 de abril de 2014 (Rec. 132/2013, Sala de lo Social), (FJ.2); de 20 de mayo de 2014 (Rec. 276/2013, Sala de lo Social) y de 21 de mayo de 2014 (Rec. 182/2013, Sala de lo Social).

⁷⁵ Son varias las resoluciones que han aplicado la teoría del levantamiento del velo para exigir responsabilidad solidaria a la administración matriz, por ejemplo, la STS de 17 de febrero de 2014 (Rec. 142 y 143/2013, Sala de lo Social). En este caso, la sentencia incorpora un elemento interesante al tratarse de una Administración pública y es la posibilidad de aplicar en estos supuestos la técnica de control de la actuación administrativa de la desviación de poder. Un análisis de esta sentencia en PRECIADO DOMÈNECH, C. H., *Los grupos de empresas tras las últimas reformas*, ob. cit., pp. 94 y ss.

⁷⁶ ROQUETA BUJ, R., *El empresario Público. La gestión del personal laboral ...*, ob. cit. pp. 74 y ss.

⁷⁷ Entre otras, por ejemplo, la STSJ de Madrid de 24 de abril de 2001 (Rec. 477/2000, Sala de lo Social), en el caso del Grupo RTVE.

⁷⁸ Entre otras, por ejemplo, la STSJ de Extremadura de 21 de marzo de 2013 (Rec. 20/2013, Sala de lo Social) en relación con el grupo de empresas público.

En este sentido especial interés tiene el análisis concreto de los medios propios personificados. Como se ha adelantado, la Administración o el ente matriz tiene con estas entidades filiales una especial relación de control y por ese motivo sus relaciones se articulan mediante encargos directos sin necesidad de aplicar las normas de la contratación pública. La declaración como medio propio es una técnica organizativa administrativa y el reconocimiento de una personalidad jurídica independiente es solo a efectos instrumentales, porque es una administración matriz quien ejerce un control y dirección relevantes de la entidad. En estos supuestos no puede considerarse a los medios propios como «terceros» respecto de su Administración o entidad matriz⁷⁹.

En estos supuestos la relación entre Administración o ente matriz y su medio propio debe ser reconducida a la consideración de una «posición empresarial plural» del artículo 1.2 del ET, derivando la responsabilidad solidaria de las obligaciones laborales entre ellos⁸⁰.

Solución distinta ha sido aplicada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en el supuesto de responsabilidad por deudas contraídas con la Seguridad Social. En este supuesto ha considerado que la calificación como grupo de empresas a efectos laborales no es acertada en la relación entre una administración matriz y una sociedad mercantil pública que es calificada como *medio propio*⁸¹. Ello no implica que no exista responsabilidad solidaria entre la administración matriz y el medio propio por las deudas contraídas con la Seguridad Social o por las obligaciones laborales como empresario, pero esta responsabilidad no se encauza por aplicación de la doctrina laboral de empresa de grupo sino por la propia configuración jurídica de *medio propio*. En palabras del Tribunal Supremo “el «medio propio» tiene unas grandes similitudes con el «grupo de empresas» en supuestos como el de autos en razón no solo al control sino también a la confusión patrimonial y el funcionamiento en favor del ente local en régimen de cuasi exclusividad”. Sin embargo, “no resulta apropiada la denominación «grupo de empresas» entre un ente público y una sociedad controlada por aquel. [...] En una concepción más avanzada y acorde con las realidades socioeconómicas actuales, estamos ante lo que califica un «medio propio» de los entes públicos. Tales medios propios pueden ser equiparados, a efectos de la responsabilidad solidaria por deudas a la Seguridad Social, a lo que en el sector privado se califica como «grupo de empresas»”⁸².

La doctrina mantenida por el Tribunal Supremo en esta resolución puede parecer alejada de la posición de aplicar las consecuencias del grupo de empresas a efectos laborales a la Administración y sus medios propios, pero no es así. En estos supuestos parece

⁷⁹ ROQUETA BUJ, R., *El empresario Público. La gestión del personal laboral ...*, ob. cit. p. 81.

⁸⁰ *Ibidem*, ob. cit. p. 81. El Tribunal Supremo ha mantenido la existencia de una “posición empresarial plural (ex art. 1.2.ET)” por ejemplo, en la encomienda de gestión de la empresa pública EPSA por parte de la Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía al apreciar elementos que desvirtúen la independencia de ambas entidades (STS de 14 de mayo de 2014 (Rec. 1467/2013, Sala de lo Social) o en la de la Junta de Galicia al Instituto Gallego de la Vivienda y el Suelo (STS de 11 de julio de 2012 (Rec. 1591/2011, Sala de lo Social).

⁸¹ STS de 13 de junio de 2019 (Rec. 6701/2017, Sala de lo Contencioso-Administrativo).

⁸² STS de 13 de junio de 2019 (Rec. 6701/2017, Sala de lo Contencioso-Administrativo) (FJ. 7).

extender directamente la responsabilidad solidaria de las obligaciones laborales contraídas por un medio propio a su Administración o ente matriz sin necesidad de apreciar elementos adicionales a la propia configuración como medio propio personificado. Es decir, sin considerarlos empresa de grupo⁸³.

5. A modo de conclusión

La ausencia de una regulación específica de los grupos de empresas a efectos laborales y la compleja jurisprudencia sobre la *empresa de grupo* basada en indicios sobre la relación entre los entes integrantes de un grupo de empresas dificulta que en la práctica se proceda a extender la responsabilidad al grupo como empresario. Ello obliga a una judicialización de los casos y que sean los tribunales quienes valoren en cada caso si concurren las circunstancias adicionales para determinar una responsabilidad solidaria a efectos laborales con el objetivo de proteger al trabajador que presta servicios en el grupo.

En el caso de los grupos públicos de empresas, esa complejidad se acentúa por la propia regulación de la organización administrativa y la diversidad de entes con régimen jurídico singular que integran el sector público. Sin embargo, que la Administración configure el sector público con diferentes entes instrumentales bajo el principio de autoorganización no puede suponer que la responsabilidad como empleadora de la Administración quede diluida y afecte a los derechos laborales de los trabajadores que prestan servicios en el grupo de empresas. En estos casos, es posible extender la responsabilidad solidaria a la Administración o ente público matriz respecto de las obligaciones laborales contraídas entre los entes integrantes del grupo y sus trabajadores cuando se aprecien los elementos adicionales especificados por la jurisprudencia para declarar una *empresa de grupo*: confusión de plantillas, confusión patrimonial o unidad de caja. Incluso es posible que se aplique la teoría del *levantamiento del velo* y se declare un grupo de empresas patológico cuando la Administración utilice la personalidad jurídica independiente de sus entes de forma fraudulenta o haga un ejercicio abusivo de la relación unitaria.

⁸³ La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ya había apuntado esta doctrina. STS de 22 de julio de 2015 (Rec. 325/2014, Sala de lo Social). En este supuesto el Tribunal Supremo no declara que exista un grupo de empresas patológico porque “el hecho de que “Sevilla Global S.A.” sea propiedad del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla o esté financiada por fondos municipales no significa que actúen en el tráfico jurídico como un grupo de empresas, sino como un ente local y una sociedad instrumental creada por este organismo.” Sin embargo, declara la responsabilidad solidaria al Ayuntamiento ya que “es el empresario real de los trabajadores afectados por el despido colectivo, ya que para se establezca una independencia de responsabilidades entre las sociedades municipales y sus trabajadores y el ente local propietario de sus acciones, es necesario que estas empresas actúen autónomamente, organizando sus recursos y su patrimonio, obteniendo ingresos propios, encargándose de una competencia municipal para desempeñarla como gestora del servicio público, situación que no concurre.” (FJ. 7).

5. Bibliografía

- AMOEDO SOUTO, C. A., “Los encargos a medios propios e instrumentales: ¿hacia un nuevo comienzo?”, en AA.VV. *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, pp. 369-409.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Temporalidad en el empleo público”, *Revista de Derecho Laboral VLex*, núm. 5, 2022 (en prensa).
- DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M., *Reformas laborales y Administraciones públicas*, Valladolid, Thomson Reuters, 2013.
- DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M., *Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública*, Valladolid, Lex Nova, 2006.
- DEL GUAYO CASTIELLA, I., *Sector público empresarial e instituciones paraconcursales*, Barcelona, Marcial Pons, 2004.
- DÍEZ SASTRE, S., y MARCOS PEÑAS, E., “La convergencia de las reglas de contratación pública y disciplina presupuestaria en el sector público instrumental”, *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 205, 2020, pp. 125-156.
- FUERTES LÓPEZ, M., *Grupos públicos de sociedades*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- MALARET GARCIA, E. y PADRÓS CASTILLÓN, X., “La col-laboració publicoprivada en el procés d’execució dels plans finançats amb fons NextGenerationEU: més enllà de la tradicional distinció entre formes organizativas i formes contractuals, l’especial rellevància de les subvencions” *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 63, pp. 39-60.
- MARTÍN JIMÉNEZ, R., “E.R.E’s en el sector público: notas para un debate”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 833/2011.
- MATILLA MAHÍQUES, L., *La estructura organizativa y el régimen jurídico de las sociedades mercantiles públicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- MERCADER UGUINA, J., “El desconcertante mundo de los grupos “laborales” de empresas y sus nuevas formulaciones jurisprudenciales” en AA. VV. *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 483-498.
- MORENO GENE, J., *Los grupos de empresas públicos. Identificación del empresario responsable*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P. G., *Los grupos de empresas en el Derecho del Trabajo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021.
- PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la Función Pública, régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Madrid, Dykinson, 2020.
- PRECIADO DOMÈNECH, C. H., *Los grupos de empresas tras las últimas reformas*, Albacete, Bomarzo, 2014.
- RAMOS MORAGUES, F., “Incidencia de la reforma laboral en el empleo público”, *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, núm. 3, 2022, pp. 142-155.

ROQUETA BUJ, R., “Los trabajadores indefinidos no fijos: estabilidad versus igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 442, 2020, pp. 23-61.

ROQUETA BUJ, R., *El empresario Público. La gestión del personal laboral tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018.

SANTIAGO IGLESIAS, D., “Empresas locales”, VELASCO CABALLERO, F., (dir.) *Tratado de derecho económico local*, Madrid, Marcial Pons, 2017, pp. 153-189.

Inseguridad jurídica en los contratos de duración determinada en la alta dirección. Las causas de temporalidad y la indemnización debida al alto directivo tras la extinción de la relación por expiración del tiempo convenido

Legal uncertainty in senior management fixed-term contracts. The causes of temporality work and the severance pay due to the senior manager after termination of the employment relationship due to the expiration of the agreed time

Gabriela Rizzo Lorenzo

Profesora Derecho Trabajo Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0002-7737-695X

Recibido: 14/1/2022

Aceptado: 4/3/2022

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6848>

Resumen: De la relación laboral especial de alta dirección siempre han surgido controversias judiciales, siendo una de ellas la extinción por finalización del término convenido, regulado en el Real Decreto de Alta Dirección por remisión al Estatuto de los Trabajadores. El TSJ de Madrid se ha pronunciado al respecto recientemente, inaplicando el art. 49 ET para los contratos temporales en la alta dirección, entendiendo que las causas de temporalidad del ET no son aplicables a la alta dirección. La relevancia del fallo es doble: primero, por ser opuesto a otra sentencia de la misma Sala sobre hechos sustancialmente idénticos; y segundo, por las consecuencias de aplicar un argumento u otro (en especial tras la reforma laboral introducida por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre).

Palabras clave: Alta dirección; contrato temporal; finalización del término convenido; indemnización; reforma laboral

Abstract: Many legal controversies have always arisen from the special employment relationship of senior management; one of them is the termination by the end of the agreed term, regulated in the Royal Decree of Senior Management by reference to the Statute of Workers Rights. Recently, the High Court of Justice of Madrid has decided not to apply Article 49 of Statute of Workers Rights for temporary contracts in se-

*grizzo@der-pr.uc3m.es

nior management, because understands that the causes of temporality of the Statute of Workers Rights are not applicable to this special relationship. This judgment is of particular importance for two reasons: because it has a pronouncement opposed to another judgment of the same Chamber and on identical facts; and by the consequences of applying one argument or another (especially after the labour reform introduced by Royal Decree-Law 32/2021, of December 28)

Keywords: Senior management; fixed-term contract; expiration of the agreed time; labour reform.

La incertidumbre en la aplicación del particular sistema de fuentes del Real Decreto por el que se rige la relación especial de alta dirección no es una controversia nueva en nuestra doctrina judicial y, desde luego, tampoco es una cuestión resuelta por nuestra jurisprudencia. No encontramos en ninguna de ellas un atisbo de consenso o uniformidad a la hora de determinar qué regulación resultará aplicable a determinados conflictos nacidos en el seno de estas relaciones especiales: en este caso concreto, para la indemnización por finalización del contrato por expiración del tiempo convenido.

Recordemos que el art. 2.1.a) del Estatuto de los Trabajadores considera a la alta dirección como una relación laboral de carácter especial, de tal modo que la misma quedará sujeta a lo contenido en su propia norma: el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (en adelante RDAD). Este Real Decreto dispone, en su art. 3, que esta relación especial se regulará, en primer lugar, por lo dispuesto libremente por partes, con el único límite de lo contenido en dicha norma; y, para lo no acordado por las partes ni regulado por el reglamento, se estará a lo dispuesto en la legislación civil o mercantil y a sus principios generales. De esta forma, la legislación laboral no será fuente supletoria de la relación especial, y el Estatuto de los Trabajadores solamente será de aplicación cuando el RDAD, por remisión directa, así lo determine.

Este sistema de fuentes ha sido frecuentemente criticado por la doctrina social, por cuanto que muchos han considerado que la aplicación supletoria del derecho civil y mercantil complica la labor de la jurisdicción competente, que es la social (art. 14 del RDAD)¹. Sostiene este sector doctrinal que la aplicación supletoria de la normativa laboral no hubiese perjudicado a la autonomía de la voluntad conferida a las partes, por cuanto la relación se seguiría rigiendo, en primer término, por lo convenido por estas. Sin embargo, el Real Decreto ha permanecido inalterado a este respecto y, fruto de esta

¹ Llama la atención «que la legislación supletoria elegida no sea la laboral común (...) [pues] quizá hubiera sido más lógico atribuir ese papel a la LET y a sus normas de desarrollo, lo cual no resulta incompatible con el reconocimiento de un mayor espacio entre las fuentes normativas a la autonomía de la voluntad, sobre la base de la más aparente igualdad entre los sujetos contratantes». DE VAL TENA, Ángel Luis; *Los trabajadores directivos de la empresa. Consejeros y administradores. Personal de alta dirección. Empleados directivos*. Navarra, Aranzadi, 2010 (p. 183).

configuración del sistema de fuentes, han surgido diversas polémicas, tanto en la posible aplicación del Estatuto de los Trabajadores cuando no hay remisión expresa del RDAD, como en aquellos casos en los que, habiendo remisión expresa, esta no se hace hacia la totalidad del texto del Estatuto de los Trabajadores, quedando sin regulación, en defecto de pacto, los términos no contenidos expresamente en la remisión.

1. El pacto de temporalidad en el contrato de alta dirección: los términos convenidos y la aplicación del Estatuto de los Trabajadores por remisión expresa del RDAD

Este último ha sido el caso analizado en la sentencia del TSJ de Madrid, núm. 428/2021, de 7 de junio (rec. 272/2021)² que, confirmando el fallo de instancia, resolvía en favor de la empresa el recurso interpuesto por el alto directivo, que vio extinguido su contrato, sin derecho a indemnización, por expiración del tiempo convenido. La relación laboral de carácter especial (relación cuya naturaleza no se discute), fue suscrita entre las partes en 2001 para prestar servicios como alto directivo en la AGENCIA ESPAÑOLA DE COOPERACION INTERNACIONAL, empresa pública para la que trabajó en diversas delegaciones (entre ellas la de República Dominicana y la de México) a través de sucesivas prórrogas del contrato que, desde el inicio, ha tenido carácter temporal.

En 2017 el trabajador participa en un proceso selectivo convocado por la Dirección, firmando, en marzo del mismo año, el contrato de alta dirección para el puesto de Coordinador General de la Cooperación Española en la delegación de Panamá. Este contrato se firmó con una duración determinada, que iba desde el 01.08.2017 hasta el 31.07.2019, y que se prorrogó, en una única ocasión, para el periodo comprendido del 01.08.2019 al 31.07.2020. La empresa, al llegar esta última fecha, decidió no prorrogar el contrato y dio por finalizada la relación por expiración del tiempo convenido, comunicando al trabajador que la misma se extinguía sin derecho a indemnización en aplicación de los términos pactado en el contrato.

La Cláusula IX del contrato suscrito, rotulada «*Extinción del contrato*», disponía lo siguiente:

- «b) *Desistimiento del empleador. Este contrato podrá extinguirse por voluntad unilateral de la entidad, sin necesidad de reflejar causa alguna que lo justifique. Esta decisión deberá ser comunicada por escrito al Directivo, con un plazo de antelación de quince días naturales. En caso de incumplimiento del preaviso mencionado, al Entidad deberá indemnizar al Directivo con una cuantía equivalente a la retribución correspondiente al periodo de preaviso incumplido. El Directivo tendrá derecho a una indemnización equivalente a siete días del salario anual en metálico por un año de servicio con el límite de seis de mensualidades.*
- c) *Finalización del plazo. La renuncia expresa por cualquiera de las partes a continuar con la vigencia del contrato, una vez llegada la fecha de terminación del mismo o de la última*

² STSJ de Madrid, de 7 de junio de 2021 (Rº 272/2021).

prórroga acordada, dará lugar a la extinción del contrato por finalización del plazo, sin derecho a indemnización alguna a favor del Directivo».

Igualmente, en caso de que, de conformidad con lo señalado en la cláusula III, cualquiera de las partes haya optado tácitamente por no prorrogar el contrato, el mismo se extinguirá por finalización del contrato al llegar su fecha de finalización o de la última prórroga acordada, sin derecho a indemnización alguna a favor del Directivo».

En virtud de dicho pacto, la empresa entiende que, al no prorrogarse el contrato, el cumplimiento del plazo terminaba con la relación sin necesidad de preaviso ni de indemnización. En desacuerdo con la empresa, el alto directivo impugna la decisión extintiva, que es desestimada íntegramente en instancia, recurriendo ahora en suplicación al considerar que, y en aplicación del art. 12 del RDAD, le corresponde la indemnización contenida en el art. 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, de doce días de salario por año de servicio.

2. El posible pacto de renuncia a la indemnización en el contrato de alta dirección de duración determinada

Tal como dejábamos al principio apuntado, los únicos límites a la autonomía de la voluntad de las partes en esta relación especial son los contemplados en el RDAD, dentro del cual podemos encontrar dos tipos de disposiciones en relación a la extinción de la relación especial: 1) las extinciones reguladas *ad hoc* en el RDAD, y que son: el desistimiento (arts. 10.1 y 11.1 del RDAD), el despido disciplinario (art. 11.2 RDAD) y la extinción indemnizada por voluntad del alto directivo (art. 10.3 del RDAD); y 2) las restantes casusas de extinción, para las cuales el art. 12 del RDAD nos remite al Estatuto de los Trabajadores, donde establece que, «*Dejando a salvo las especialidades consignadas en los artículos anteriores, esta relación laboral especial podrá extinguirse por las causas y mediante los procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*».

Sostiene el recurrente en su argumentación, por un lado, que debería ser de aplicación, en cumplimiento de la remisión del RDAD, el art. 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores para la indemnización de los contratos por expiración del tiempo convenido; y, por otro, que, de considerarse que la llegada «*a término del contrato no fuera considerada como expiración del tiempo convenido, no podría imponerse al trabajador una renuncia a la indemnización que le habría correspondido por aplicación de lo dispuesto en el art.11 del RD 1382/1985 (siete días de salario por año de servicio con el límite de seis mensualidades)*».

Antes de entrar a analizar los Fundamentos de la Sala, cabe matizar que la remisión hecha al Estatuto de los Trabajadores en el art. 12 del RDAD presenta una serie de particularidades. La primera de ellas es que la remisión no se hace a un artículo concreto del Estatuto de los Trabajadores, sino que se refiere a todas aquellas causas contempladas y reguladas en él (aunque *dejando a salvo las especialidades consignadas en los artículos anteriores*; esto es: se entienden excluidas las causas de extinción con regulación propia

en el RDAD). Asimismo, tampoco serán aplicación aquellas disposiciones que vayan en contra de lo regulado en el Real Decreto o que sean incompatibles con la naturaleza de esta relación especial.

En segundo lugar, como ya se ha adelantado, no todas las causas de extinción del art. 49.1 del Estatuto de los Trabajadores se entenderán incluidas en la remisión, quedando exceptuadas las siguientes: la letra *d*): extinción por dimisión del trabajador (la misma ya está regulada en el art. 10.1 del RDAD); la letra *h*): por fuerza mayor (regulada en el art. 10.3.c) del RDAD); y letra *j*): extinción por voluntad del trabajador, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario (regulada en el art. 10.3 del RDAD).

En tercer y último lugar, es preciso señalar que el art. 12 del RDAD, además de especificar que la remisión no puede afectar a lo ya regulado en la norma específica, dice textualmente que «*esta relación laboral especial podrá extinguirse por las causas y mediante los procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*». Es decir, que las causas de extinción serán las del art. 49 (con las excepciones ya vistas), pero como además se refiere a los procedimientos, entonces la remisión también incluirá lo dispuesto en los arts. 51, 52 y 53 del Estatuto de los Trabajadores para el despido colectivo y por causas objetivas, en tanto que las mismas regulan el procedimiento mediante el cual se deben llevar a cabo estas extinciones.

Por lo tanto, la remisión del art. 12 del RDAD al Estatuto de los Trabajadores se hace para las restantes causas de extinción, incluyendo la misma la regulación de los procedimientos para ello. Sin embargo, ¿se encuentran las indemnizaciones contempladas en dichos preceptos –en concreto para este caso la indemnización del art. 49.1.c) para la extinción por expiración del tiempo convenido– contenidos en la remisión? Y, si no es así, ¿cabe pacto de renuncia a la indemnización para estas otras causas de extinción?

3. La extinción del contrato de alta dirección por expiración del tiempo convenido: art. 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores

Dice el art. 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores³, en su nueva redacción introducida por la reforma laboral de diciembre de 2021⁴, que el contrato de trabajo se extinguirá:

«c) Por expiración del tiempo convenido. A la finalización del contrato, excepto en los contratos formativos y el contrato de duración determinada por causa de sustitución, la persona trabajadora tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte

³ Redacción del art. 49.1.c) ET introducida por el art. 1.8 del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (BOE núm. 313, de 30/12/2021).

⁴ Aunque la modificación introducida por el RD-Ley 32/2021 elimina el contrato temporal por obra o servicio determinado, no afecta a la cuantía indemnizatoria contemplada para la expiración del contrato por tiempo convenido, por lo que la modificación no es relevante en relación al tema abordado, ni para el estudio de la doctrina judicial construida sobre el mismo, que no se ve alterada por la nueva redacción.

proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación.
(...)

Teniendo en cuenta que para el desistimiento empresarial el RDAD establece una indemnización mínima –y no renunciante⁵– de siete días de salario por año de servicio con un límite de seis mensualidades, no parece muy acertado pensar que la indemnización para la extinción por expiración del tiempo convenido sea de doce días de salario y sin límite de mensualidades. Resulta evidente que la redacción del art. 49 del Estatuto de los Trabajadores no fue pensada para una relación especial, de modo que es normal que la cuantía de las indemnizaciones tampoco sea la idónea para las mismas. Por este motivo, autores como MOLERO MANGLANO⁶ niegan que la indemnización del art. 49 esté incluida en la remisión, no resultando la misma aplicable al contrato de alta dirección; o con opinión algo más flexible, HURTADO COBLES⁷, que entiende que la disposición del Estatuto de los Trabajadores sí será aplicable, pero solo en ausencia de pacto, de modo que las partes, mediante acuerdo, podrían renunciar a ella.

Si partimos de la idea sostenida por este sector de la doctrina (la indemnización del art. 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores no es aplicable a la alta dirección) entonces nos encontraremos ante dos posibles situaciones: que las partes hayan convenido expresamente sobre la extinción (bien renunciando a toda indemnización, bien fijando una cuantía determinada); o que nada hayan acordado al respecto. En este último caso, si la indemnización de doce días no es aplicable, ¿le corresponde indemnización al alto directivo?

En este punto, a su vez, caben otras dos posibilidades: negar toda posible indemnización; o aplicar la del art. 11 del RDAD para el desistimiento, por disposición del apartado c), *in fine*, del art. 49.1 del Estatuto de los Trabajadores, que dice que la indemnización será la de doce días, «o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación». El problema de esta última opción es que nos hace entrar en un bucle entre disposiciones: el art. 12 del RDAD nos remite al Estatuto de los Trabajadores, y el Estatuto de los Trabajadores nos devuelve al art. 11 del RDAD para aplicar la indemnización fijada para desistimiento. Esta compleja mecánica no parece responder a la voluntad legislativa que, si así lo hubiera querido, habría extendido los efectos del desistimiento a estas otras causas de extinción, sin necesidad de remitir al Estatuto de los Trabajadores para que este, a su vez, nos devuelva al RDAD.

⁵ STS de 22 de abril de 2014 (Rº 1197/2013, Sala de lo Social): aunque confirma que el art. 3.5 del ET no es aplicable a la relación especial de alta dirección, entiende que el pacto de renuncia a la indemnización legal fijada en el RDAD no es posible, pues «no parece lógico interpretar que el legislador permita un pacto (...) que consista, lisa y llanamente, en eliminar toda indemnización. Si fuera así, el legislador incurriría en una palmaria contradicción con lo que él mismo establece en primer lugar y de manera terminante: el alto directivo “tendrá derecho”».

⁶ MOLERO MANGLANO, Carlos; *El contrato de alta dirección*. Madrid, Civitas, 2011 (p. 558).

⁷ HURTADO COBLES, José; Régimen extintivo del contrato de alta dirección. Un estudio práctico de la jurisprudencia y doctrina actual. Madrid, CEF, 2014 (p. 119).

Por otra parte, el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores sobre la duración de los contratos y las causas de temporalidad, en principio no sería aplicable a esta relación por no haber remisión directa al mismo; sin embargo, la misma Sala de lo Social del TSJ de Madrid señaló, en sentencia núm. 553/2015, de 17 julio (rec. 48/2015)⁸ que, también para la alta dirección será aplicable la normativa laboral general e indisponible sobre las causas de temporalidad en los contratos, pues «*la primera regla que rige la contratación laboral es la de que el contrato se presume hecho por tiempo indefinido, de forma que sólo pueden alcanzar la condición de vehículo hábil para justificar un contrato temporal aquellos que se han celebrado acogiéndose a las exigencias legales para su celebración, siendo éste el criterio reiterado de la Sala*», de modo que «*no pueden las partes libremente configurar contratos laborales temporales según su libre voluntad y al margen de los tipos legalmente establecidos*».

Con la argumentación de la referida sentencia del TSJ de Madrid, núm. 553/2015, de 17 julio (rec. 48/2015) se pretende, además, evitar el fraude en la contratación. Porque si en la alta dirección no existen límites en la contratación temporal, entonces la empresa podrá realizar contratos de alta dirección de muy corta duración e ir prorrogándolos indefinidamente; y, en el momento en que desease terminar la relación, solamente tendría que comunicar al alto directivo su intención de no renovarlo, pudiendo extinguir la relación por *expiración del tiempo convenido*. Asimismo, de poder pactarse la renuncia a la indemnización –tal como se sugiere por algunos autores y por la sentencia del TSJ de Madrid de 2021 aquí examinada–, el empresario tendría una forma muy sencilla de eludir el desistimiento preavisado e indemnizado, yendo en contra de lo dispuesto, en unificación de doctrina, por el TS en sentencia de 22 de abril de 2014 (rec. 1197/2013)⁹, sobre el carácter irrenunciable, y de mínimos, de la indemnización dispuesta en el RDAD.

4. La dudosa aplicación de las causas de temporalidad del Estatuto de los Trabajadores a la alta dirección: la dispar argumentación de las sentencias de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 2015 y de 2021

El especial interés de la citada STSJ de Madrid de 2015, en comparación con la ahora examinada de 2021, radica en que la situación estudiada por ambas es prácticamente idéntica y, de hecho, la empresa demandada es la misma (la Agencia Española de Cooperación Internacional).

En sendas situaciones, el alto directivo lo había sido en virtud de sucesivos contratos temporales que se fueron prorrogando, desempeñando sus laborales en las sedes de distintos países hasta que, en un momento determinado, la empresa decide no prorrogar nuevamente el contrato y comunica la extinción de la relación por *expiración del tiempo convenido*.

En la primera de ellas, la STSJ de Madrid, núm. 553/2015, de 17 julio (rec. 48/2015), el recurso es interpuesto por la empresa, al reconocerse en instancia la indemnización al

⁸ STSJ de Madrid, de 17 de julio de 2015 (R° 48/2015).

⁹ *Op. cit.*, STS de 22 de abril de 2014 (R° 1197/2013, Sala de lo Social).

alto directivo por desistimiento empresarial, y no por expiración del plazo. Lo que se discute en el proceso es la naturaleza de la finalización del contrato suscrito por las partes, sosteniendo la empresa recurrente *«que el contrato no ha finalizado por desistimiento del empleador sino por mutuo acuerdo entre las partes, al llegar el término pactado en aquél»*.

Responde la Sala a esta cuestión desestimando la pretensión de la empleadora y explicando lo ya expuesto en el apartado anterior: que la temporalidad debe responder a una de las causas válidas recogidas en el Estatuto de los Trabajadores y que, *en «el caso ahora enjuiciado ha de adoptarse igual solución en orden a la extinción de la relación laboral de alta dirección por desistimiento del empleador, sin que alcance virtualidad la finalización del término temporal pactado en contrato que invoca el recurrente, habida cuenta de que la misma no obedecía a causa alguna. No se olvide, de lo actuado se infiere que la prestación de servicios durante aproximadamente trece años lo ha sido, no para obra o servicio determinado, con sustantividad propia, ni por ninguna otra de las circunstancias que pudieran dar entrada a la calificación del contrato como temporal, sino para actividades de dirección, programación y gestión propias e inherentes a la actividad empresarial, eso sí, mediante la cobertura de un contrato de Alta Dirección sometido a plazo determinado y prórrogas sucesivas, y cuya cláusula 13 dispuso la posibilidad de extinguirlo por voluntad de las partes»*.

En la segunda sentencia de esta misma Sala, núm. 428/2021, de 7 junio (rec. 272/2021), la fundamentación jurídica es distinta, por cuanto lo que se discute en primer término no es la naturaleza de la finalización del contrato, sino la indemnización debida para la resolución del contrato de alta dirección por expiración del tiempo convenido. Sin embargo, el segundo motivo esgrimido por el recurrente sí guarda identidad con la argumentación de la sentencia del TSJ de Madrid de 2015, pudiendo quizá llegar a admitirse sobre el mismo un recurso para la unificación de doctrina, ya que la conclusión de la Sala, en esta ocasión, es opuesta a la de 2015.

De esta sentencia de junio de 2021 hay que empezar subrayando que la naturaleza de la relación no ha sido discutida y, aunque de entrada pudiera parecer que el alto directivo no reúne los requisitos del art. 1 del RDAD, queda recogido en los Hechos y en los Fundamentos de Derecho que la empresa pertenece al sector público estatal y que el trabajador es alto directivo de conformidad con su normativa reguladora. Este hecho, relevante en materia de preaviso e indemnizaciones, no lo es en el presente caso, al no discutirse ni el preaviso reducido contemplado en la norma estatal para lo altos directivos en empresas públicas, ni al existir pacto alguno de blindaje que pudiera ir en contra de dichas disposiciones especiales.

Así, estando ante una indiscutida relación de alta dirección, sometida a las normas del RDAD y de conformidad con los inalterados Hechos Probados del fallo de instancia, la Sala entra a analizar el recurso planteado por el alto directivo que, en desacuerdo con el fallo del Juzgado de lo Social, acude ahora en suplicación instrumentalizando el recurso en dos motivos:

Primero, vulneración del art. 12 del RDAD en relación al art. 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, pues sostiene que la llegada a término del contrato, tras veinte años de

relación, debería ser considerada como despido, teniendo derecho a la indemnización de doce días de salario por año de servicio. Cabe precisar, respecto de este primer motivo esgrimido por el alto directivo, que la extinción del vínculo laboral por la llegada a término del contrato no es un despido, sino precisamente una *extinción por expiración del plazo acordado*, y que la indemnización contemplada en el Estatuto de los Trabajadores es para esta causa, y no para un despido.

Y, *segundo*, si llegara a considerarse que el contrato no se ha extinguido por *expiración del tiempo convenido*, entonces la indemnización que le correspondería sería la del art. 11 del RDAD, y la renuncia pactada no sería posible (derecho irrenunciable). Este segundo motivo, que presenta mayor similitud con la sentencia de 2015, no llega a cobrar relevancia en la fundamentación del TSJ, que es algo parca al respecto.

El TSJ de Madrid entiende que ambos motivos están íntimamente relacionados y los analiza de forma conjunta. Para ello comienza recordando la prelación de fuentes en la relación de alta dirección, señalando que, a salvo de lo contenido en el RDAD, lo que prima es la voluntad de las partes y, a falta de pacto o de disposición específica, se deberá acudir a la legislación civil o mercantil, por cuanto la legislación del Estatuto de los Trabajadores solo es de aplicación por remisión directa del RDAD.

Pero a continuación de dicho recordatorio, señala el fallo que *«No nos encontramos, por tanto, ante un contrato temporal regido por el art. 49.1.c del ET y a cuya extinción le resulte de aplicación, por ende, la indemnización de 12 días por año trabajado. Tales previsiones son de aplicación a los contratos temporales regidos por el ET, esto es, a los contenidos en el art. 15.1 ET»*. Lo que parece desprenderse de esta afirmación –y de la restante argumentación que enseguida analizaremos–, es que el apartado *c)* del art. 49.1 del Estatuto de los Trabajadores no es en ningún caso aplicable a la alta dirección, porque las causas de temporalidad del art. 15 del mismo cuerpo legal no afectan a esta relación especial.

Dice la sentencia que la indemnización dispuesta en el Estatuto de los Trabajadores para estos casos fue pensada *«para «compensar» la inseguridad y la falta de estabilidad derivada de la duración incierta de un contrato laboral común, sin que pueda trasladarse dicho razonamiento a los altos directivos, no solo porque no lo prevé la ley y no nos hallamos ante un despido, sino además porque se trata de una relación especial que por su propia naturaleza se rige por los principios de «libre designación-libre cese»»*. Pero la extinción por expiración del plazo en una relación común tampoco es un despido, y la temporalidad en la alta dirección también crea inseguridad y falta de estabilidad en el alto directivo (a pesar de que los elevados salarios en estas relaciones puedan paliar parte de los efectos adversos de la temporalidad). Asimismo, la relación especial se erige sobre la confianza mutua de los contratantes, la cual justifica la vasta autonomía de la voluntad conferida a las partes, pero no se rige por los principios de *“libre designación-libre cese”*: la específica figura del desistimiento, admitida para esta relación especial e impensable para una común, no da carta blanca al empresario para cesar al alto directivo por cualquier causa y sin ningún requisito, pues precisamente para evitar que esto suceda el RDAD dispone la obligatoriedad del deber de preaviso (o su compensación) y la indemnización de siete días; y todo ello para un desistimiento válido, pues ante la prueba de que la extinción trajo causa en

una vulneración de derechos o libertades, la única consecuencia posible será la declaración de nulidad del despido y la readmisión obligatoria del alto directivo¹⁰.

Para justificar la inaplicación del art. 49 a los contratos temporales en la alta dirección, el TSJ sostiene que la propia redacción del Estatuto de los Trabajadores excluye de su ámbito de aplicación a las relaciones especiales (incluida la de alta dirección, *ex art. 2.1.a*) ET). Estas relaciones especiales se regirán por su normativa específica, la cual en todo caso deberá respetar «*los derechos básicos reconocidos por la Constitución*» (art. 2.2 ET); así como las garantías salariales de los arts. 27.2, 29, 32 y 33 del Estatuto de los Trabajadores, que expresamente quedan protegidas por su Disposición Adicional 5ª. En cuanto al resto del articulado del Estatuto de los Trabajadores, no resultará de aplicación a estas relaciones especiales, por lo que tampoco lo será la indisponibilidad de derechos del art. 3.5 ET.

Concluye la Sala aseverando que la voluntad de pacto del art. 3 del RDAD autoriza a las partes, no solamente a cualquier acuerdo sobre la duración del contrato (no siendo las causas de temporalidad de Estatuto de los Trabajadores aplicables a la alta dirección), sino también a cualquier otro pacto sobre la indemnización, incluida la renuncia a la misma. Y siendo esto así, entiende que los motivos alegados por el recurrente son contrarios a la buena fe y a esa libre voluntad expresada por las partes en el contrato, y que «*en la comunicación de extinción de la relación laboral de alta dirección comunicada al trabajador el 03.06.2020 no se contiene, como tal, una remisión expresa a las consecuencias indemnizatorias previstas en el artículo 49.1 c) ET*».

Esta última afirmación solamente hace referencia a aquellos casos en que las partes hayan suscrito una indemnización para este tipo de extinción, y lo hayan hecho por remisión a las consecuencias indemnizatorias del art. 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores; pero no es el motivo por el que el trabajador ha recurrido. En los Fundamentos de Derecho que recoge el TSJ en esta sentencia no se hace ninguna referencia al art. 12 del RDAD, ni a la remisión del mismo al Estatuto de los Trabajadores; la Sala no se pronuncia sobre si la indemnización está contenida o no en la remisión, ni sobre qué ocurriría si se entendiera que está excluida. Y el motivo por el que no hace ninguna referencia al art. 12 del RDAD en relación al art. 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores es porque, desde el comienzo de su razonamiento, la Sala ha negado que las causas de temporalidad del art. 15 del Estatuto de los Trabajadores sean aplicables a la relación especial de alta dirección, lo cual permite que las partes convengan la duración que estimen oportuna sin ningún tipo de límite.

Sin embargo, el art. 12 del RDAD dice que para el resto de extinciones (es decir, las no contempladas expresamente en el RDAD), se estará «*a las causas y los procedimientos*» del Estatuto de los Trabajadores. Entonces, si la duración del contrato no debe traer causa alguna, el art. 49.1.c) ET no es solo que no se aplique, sino que apenas se limitará a contemplar *la expiración del tiempo convenido* como una causa *más* de extin-

¹⁰ STS de 18 de junio de 2012 (Rº 2604/2011, Sala de lo Social): aplica la sentada doctrina del TC para declarar la nulidad radical «*del despido que vulnere los derechos fundamentales del trabajador (...) con la consecuencia de obligada readmisión y con exclusión de la posibilidad de reemplazar ésta por el abono de una indemnización sustitutoria*».

ción, sin ninguna consecuencia asociada. Porque si la remisión del RDAD al Estatuto de los Trabajadores no incluye las causas, dicha disposición no es necesaria y está vacía de contenido, ya que si el art. 12 del RDAD no existiese, entonces las partes podrían igualmente convenir cualquier duración del contrato, y su extinción solamente daría derecho a indemnización si así se hubiese pactado, ya que, como señala el TSJ, «*en la legislación civil y mercantil no se contempla que la extinción del contrato por consumación del plazo de su vigencia dé lugar a indemnización alguna*».

La consecuencia de la postura sostenida por el TSJ de Madrid en esta sentencia de 7 de junio de 2021 es que el art. 12 del RDAD, para los contratos de duración determinada, está vacío de contenido; y, para las restantes causas de extinción, el art. 49 ET solamente será de aplicación cuando fije algún procedimiento específico en relación a la forma en que deba producirse la extinción de la relación (por ejemplo, para la comunicación del despido por causas objetivas, arts. 52 y 53 ET), pero nunca para los efectos. El TSJ de Madrid comparte la posición del juzgador *a quo* y suscribe la posición doctrinal de libertad absoluta de pacto en relación con todo aquello que no esté específicamente contemplado en el RDAD, por todo lo cual desestima el recurso interpuesto y confirma la extinción de la relación por expiración del tiempo convenido, sin derecho a indemnización.

5. Conclusiones

Al no contar con jurisprudencia unificada para las cuestiones aquí debatidas, quedarán al arbitrio judicial las consecuencias de los pactos alcanzados y los efectos de la ausencia de los mismos. Sin embargo, la inseguridad jurídica que se deriva de ambas situaciones no es la misma.

En cuanto a la indemnización por la resolución de un contrato de alta dirección por expiración del tiempo convenido, la reciente posición de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid es coincidente con la de diversos autores, pudiendo entenderse que, dada la cercanía de las partes en el ámbito de esta relación especial y en consonancia con la amplia autonomía de la voluntad conferida por el RDAD, corresponderá al alto directivo instar, en la negociación de su contrato de duración determinada, la inclusión de una indemnización para el caso de finalización del plazo convenido (por ejemplo, la misma que para el desistimiento). Es decir, que la *única* consecuencia derivada de entender que en la remisión del art. 12 al RDAD al Estatuto de los Trabajadores no se incluyen los efectos, es la de que, para estos casos, las partes deberán pactar expresamente sobre las consecuencias o requisitos de la extinción, pues de lo contrario se entenderá que la relación termina al finalizar el plazo, sin deber de preaviso y sin generar derecho a indemnización. Tanto para el caso de aceptarse esta postura, como la contraria (esto es, que la remisión al Estatuto de los Trabajadores incluye las indemnizaciones allí contempladas), sería conveniente poder tener doctrina unificada del Tribunal Supremo, o resolver la cuestión a través de la oportuna modificación del RDAD, aunque no se ven indicios, en el corto plazo, que nos sugieran poder contar con ninguna de ellas.

Cuestión distinta es la relativa a las causas de temporalidad en los contratos de alta dirección, pues de ella se derivan consecuencias adicionales que dejan al alto directivo en una situación menos aventajada (o menos equiparada en relación al empresario). Como ya se señaló cuando se analizaba el primer fallo del TSJ de Madrid (núm. 553/2015, de 17 julio, rec. 48/2015), si las causas de temporalidad del art. 15 del Estatuto de los Trabajadores no sirven como límites a la relación especial, entonces el empresario, en el proceso de contratación y negociación, podrá argumentar –y hasta imponer– la necesidad de un contrato de duración determinada, e ir prorrogándolo indefinidamente, sin límite temporal alguno. Finalmente, podrá extinguir la relación a conveniencia al terminar cualquiera de estos periodos (que podrán incluso ser muy breves) sorteando los mínimos del RDAD, al no deber cumplir ni con el preaviso, ni con la indemnización de mínimos de la norma.

Es un asunto de relevancia, máxime ahora, en que la reforma laboral introducida por el del Real Decreto-ley 32/2021 ha suprimido el contrato por obra o servicio determinado¹¹. De modo que, saber si las causas de temporalidad del Estatuto de los Trabajadores son o no vinculantes en los contratos de alta dirección, se torna una cuestión de superior interés, ya que, de exigirse que para la validez del contrato de duración determinada se deba cumplir con una de las condiciones del Estatuto de los Trabajadores (que actualmente son dos: circunstancias de la producción o sustitución del trabajador), entonces la contratación temporal en la alta dirección será prácticamente inexistente.

Por otro lado, como sobradamente se ha señalado, aceptar la posición contraria relega el contenido del RDAD a una posición casi anecdótica. Esta postura, en contra de lo que la misma legislación civil salvaguarda, deja la decisión extintiva al arbitrio de una sola de las partes. Y la alta dirección, como relación, aunque especial, laboral, perdería en cierto modo su laboralidad, ya que la protección del RDAD sería fácilmente eludible y ambos contratantes quedarían en igualdad de condiciones, como si de una relación de carácter mercantil se tratase.

¹¹ *Vid, op. cit.*, nota al pie núm. 3.

DEBATES

El impacto de la reforma laboral de 2021 sobre la negociación colectiva

The impact of the 2021 labour reform on collective bargaining

Jesús Cruz Villalón

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

ORCID ID: 0000-0002-1275-5289

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6849>

1. Un nuevo equilibrio en el proceso negocial

Puede existir una cierta percepción de que, ante las indudables novedades introducidas por la reforma laboral en materia de contratación laboral, no se han producido grandes cambios en materia de negociación colectiva. El centro de atención se ha situado tanto en relación con la contratación, mientras que han pasado más inadvertidas las modificaciones que se han producido en materia de negociación colectiva. Ello probablemente se debe a varios factores, entre los que destacaría resumidamente los siguientes: algunos aspectos de la reforma ya se daban por descontados, lo que ha llevado a infravalorar su trascendencia; existía la perspectiva de que iban a introducirse cambios en otros terrenos, que sin embargo al final se ha optado por mantener el régimen vigente en aras del logro del Acuerdo social que sustenta la reforma; hay aspectos de la reforma que por no situarse estrictamente en el título del Estatuto de los Trabajadores relativo a la negociación colectiva, o bien porque se encuentran dispersos a lo largo del texto legal, han pasado inadvertidos a pesar de su trascendencia.

Frente a esta infravaloración del impacto de la reforma laboral en materia de negociación colectiva, parece oportuno realizar un balance de conjunto de los efectos que pueden tener estos cambios en el desarrollo futuro de los procesos negociales, que, a nuestro juicio, pueden ser de mucha mayor importancia a la que inicialmente parece que se proyecta de una primera lectura del texto legal. En efecto, a nuestro entender, las nuevas reglas de juego en materia de negociación colectiva alteran sustancialmente el equilibrio de posiciones en el desarrollo futuro de los procesos negociales, lo que puede reforzar el papel central de los convenios colectivos dentro de nuestro sistema institucional de relaciones laborales en su conjunto.

Ante todo, frente a una actitud de clara desconfianza por parte de la reforma laboral de 2012 respecto de los efectos de la negociación colectiva sobre el mercado de trabajo y, en general, de la gestión de la negociación colectiva, la reforma de 2021 recupera el valor positivo del convenio colectivo en nuestro sistema laboral, refuerza su protagonismo en el conjunto del desarrollo de las relaciones laborales y establece una relación más pacífica y enriquecedora entre la norma estatal y el convenio colectivo. A mayor abundamiento, se trata de una reforma que, en general, se construye sobre una premisa de mayor respeto a la autonomía negocial de las organizaciones sindicales y empresariales y, por tanto, de menor condicionamiento desde la norma estatal del marco normativo de la propia negociación colectiva. Veamos todo esto concretado en cada uno de los aspectos básicos de la reforma laboral objeto de comentario.

2. La concurrencia convencional en materia salarial

La primera modificación, y probablemente la de mayor trascendencia en la arquitectura de nuestro sistema negocial, consiste en la supresión de la preferencia imperativa e indisponible del convenio colectivo de empresa respecto de los convenios sectoriales en lo que afecta a la totalidad de la cuantía de la retribución, tanto en lo que refiere al salario base como a los complementos salariales. Aun cuando se mantenga la preferencia aplicativa del convenio empresarial respecto del resto de la lista introducida con la reforma de 2012, no cabe la menor duda de que la de mayor trascendencia en términos de equilibrio de posiciones entre las partes es la que se refiere a la cuantía del salario, de ahí que haya que hacer hincapié en la importancia del cambio legal. La preferencia aplicativa del convenio de empresa en materia salarial ha provocado un efecto enorme de devaluación salarial, en una primera fase, y de dificultad de gestión homogénea de la política de rentas por parte de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, en una segunda fase. De ahí que el escenario pueda cambiar sustancialmente a partir de ahora en lo que se refiere a la capacidad de estas organizaciones en el diseño general de la política de rentas.

Eso sí, el cambio ni va a resultar inmediato, a resultados de lo contemplado en la disposición transitoria 6ª de la norma reformadora, ni va a resultar simple, por cuanto que la reforma no pretende establecer un modelo alternativo desde la norma estatal. A tal efecto, deben aclararse aspectos muy evidentes, pero que han sido confundidos por ciertas lecturas rápidas de la nueva regulación. Ante todo, conviene aclarar que la supresión de la preferencia del convenio empresarial en esta materia no supone que ello venga sustituido por la preferencia aplicativa de los convenios sectoriales. La reforma de 2021 es mucho más respetuosa con la autonomía de los interlocutores sociales en la fijación de las reglas de concurrencia entre convenios colectivos. En concreto, a partir de ahora, en caso de concurrencia entre convenios sectoriales y de empresa para las materias para las que no rige la preferencia empresarial ha de atenderse en primer lugar a lo que se pueda establecer por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a través de

los correspondientes acuerdos interprofesionales, lo sean ámbito estatal o de Comunidad Autónoma. A estos efectos, ya avanzamos lo que concluiremos al final de este trabajo, deviene especialmente oportuno y necesario que se alcance un acuerdo interconfederal o acuerdos interprofesionales a través de los cuales se diseñen reglas seguras y de equilibrio sobre este tipo de concurrencia convencional.

En segundo lugar, caso de que no se hayan celebrado este tipo de acuerdos interprofesiones sobre esta materia, que es lo más generalizado en estos momentos, resultaría de aplicación el apartado primero del art. 84 ET, conforme al cual “un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios colectivos de ámbito distinto”. Esta regla es la que se ha interpretado como receptora de un denominado principio “prior in tempore”, que vendría a alterar la regla clásica conforme a la cual la norma o el contrato posterior deroga o sustituye al precedente. Comoquiera que esa regla clásica tiene su plena lógica cuando se trata de idénticos sujetos o poderes normativos quienes expresan una nueva voluntad regulativa (art. 86.5 ET), es más compleja su aplicación cuando se trata de convenios de diverso ámbito que ni tienen entre sí posiciones de jerarquía normativa, ni implican identidad de sujetos negociadores integrantes de mesas que actúan en ámbito diverso. Por ello y por razones de mantener un cierto equilibrio negocial se prevé esa a modo de preferencia del convenio anterior en el tiempo. No obstante, resulta imprescindible realizar algunas aclaraciones. Primera, frente a ciertas interpretaciones en el sentido de que ello suponía que el convenio posterior sería “nulo” por contradecir lo pactado en el primero en el tiempo, se advierte que se trata de una simple preferencia aplicativa, que no impide la negociación de esa materia en otro ámbito, sino exclusivamente que lo pactado no sería aplicable mientras se encuentre vigente el convenio más antiguo. Por ello, en realidad se trata de un “prior in tempore” provisional, limitado en el tiempo, pues a partir de la decadencia del convenio anterior en el tiempo éste deja de gozar de esa preferencia. A partir de estas seguridades, empiezan algunas incertidumbres, que algunas han sido aclaradas por la jurisprudencia, pero otras hasta el presente se mantienen en la nebulosa. Primera aclaración, después de diversos cambios, la jurisprudencia viene interpretando que esa preferencia aplicativa del convenio anterior rige sólo durante la vigencia ordinaria, expresamente pactada en el convenio colectivo, pero decae ya en el período de ultraactividad del convenio anterior en el tiempo (SSTS 8 de enero de 2020, rec. 129/2018, ECLI:ES:TS:2020:41, 5 de octubre de 2021, rec. 4815/2018, ECLI:ES:TS:2021:3749), aunque si se mantiene la prioridad temporal cuando sin denuncia del convenio colectivo se encuentra prorrogado a partir de su finalización ordinaria (STS 27 de enero de 2022, rec. 33/2020, ECLI:ES:TS:2022:300). Segunda aclaración, a resultas de esa decadencia, procede aplicar el convenio posterior en el tiempo, pues es el que se encuentra plenamente vigente en su período de aplicación ordinario pactado (STS 5 de octubre de 2021, rec. 4815/2018, ECLI:ES:TS:2021:3749); dicho de otro modo, a partir de ese momento pasa a regir el principio inverso de la aplicación preferente del posterior en el tiempo.

A partir de ahí, emergen las incertidumbres que, hasta el presente, salvo error u omisión por mi parte, no han sido resueltas por la jurisprudencia. En una rápida enu-

meración de estas dudas básicas serían las siguientes: ¿se produciría una cierta aplicación traslativa de la jurisprudencia relativa a la interiorización en los contratos de los convenios decaídos (STS 22 de diciembre de 2014, rec. 264/2014, ECLI:ES:TS:2014:5504; 18 de mayo de 2016, rec 100/2015), de modo que si el convenio posterior de nueva aplicación contiene condiciones retributivas peores para los trabajadores se mantendrían a título individual en sus respectivos contratos las que ya se viene percibiendo por los trabajadores ya incorporados a la empresa, o bien, por el contrario, por analogía resultaría de aplicación la regla de que el convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a este último (art. 86.5 ET)?; ¿qué regla se aplicaría en caso de que a la pérdida de vigencia ordinaria del convenio anterior el posterior también se encontrase en ultraactividad?; aunque el posterior se encontrase todavía en su vigencia ordinaria, ¿qué sucedería posteriormente si pasa a vigencia ultraactiva?; ¿caso de que se aplicase el posterior por estar todavía en su vigencia ordinaria, si el anterior se renegocia ¿recupera éste o no su preferencia aplicativa de manera inmediata, por poder reclamarse la anterioridad temporal del que se procede a renovar?; de no recuperarla de manera inmediata, al convertirse en convenio posterior ¿pasaría a aplicarse caso de que el otro ahora más antiguo terminase en su vigencia ordinaria por nueva aplicación del art. 84.1 ET?; ¿podríamos estar en un proceso lento pero sucesivo de cambios de ámbito convencional, de aplicación sucesiva de un ámbito convencional diferente conforme decayese la vigencia ordinaria de cada ámbito?

Todos estos interrogantes están mostrando la clara insuficiencia de la regla de la prioridad aplicativa provisional del primero en el tiempo, incluso de que la complejidad de la estructura de la negociación colectiva actual ha provocado una pérdida de capacidad resolutoria de los escenarios de concurrencia temporal de la regla del art. 84.1 ET. La coherencia del modelo de reglas de concurrencia a estos efectos no creo que deba ser construida sobre la base de pronunciamientos judiciales. A tenor de ello, todas estas incertidumbres están llamando a una intervención decidida por parte de los acuerdos interprofesionales que aborden todas estas cuestiones, incluso la, a nuestro juicio, en exceso formal, envejecida y en cierto modo artificial, de la prioridad temporal entre convenios colectivos.

En tanto que esto se aborda y de manera inmediata cobran especial trascendencia las reglas transitorias contenidas en la reforma laboral de 2021 (disp. trans. 6ª RDL 32/2021, de 28 de diciembre).

En primer lugar, leído a *sensu contrario* su primer apartado, la preferencia aplicativa del convenio empresarial en materia salarial se mantiene respecto de los convenios suscritos y presentados a registro o publicación con anterioridad a la entrada en vigor del RDL hasta tanto que estos pierdan la vigencia ordinaria pactada y, en todo caso, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la reforma laboral. La norma a tal efecto utiliza la expresión vigencia “expresa” que, en la interpretación más lógica y finalista, lleva a entender que se refiere a la vigencia inicialmente pactada de manera expresa en el correspondiente convenio colectivo, lo que hemos denominado vigencia ordinaria; por tanto, en sentido negativo, no se extiende a los períodos de ultraactividad ni de prórroga automática o sucesivamente pactada. Dicho de otro modo, la decadencia de la preferencia empresarial sólo

resulta de inmediata aplicación a los convenios suscritos y presentados a registro a partir de principios del año 2022, así como para los suscritos y presentados a registro con anterioridad y se encuentren ya en situación de aplicación ultraactiva o en situación de prórroga; para los que a la entrada en vigor del Real Decreto-ley se encuentren en su vigencia ordinaria la decadencia de la preferencia va a ser más lenta, pues deberán esperar a que pasen a situación de ultraactividad o a prórroga y, en todo caso, a partir de final de 2022.

En segundo lugar, conforme al segundo apartado, aunque sea con una redacción bastante confusa, se contempla la hipótesis de que el convenio empresarial cuya preferencia aplicativa decae contuviese condiciones más beneficiosas para los trabajadores respecto de la cuantía salarial respecto del convenio sectorial, en cuyo caso aquellos trabajadores que ya viniesen percibiendo esas retribuciones superiores las mantendrán.

Por el contrario, me provoca mucha mayor perplejidad la formal afirmación de que en estos casos tampoco se aplicarán las tradicionales reglas de compensación y absorción; creo que en este punto el legislador simplemente no ha reflejado con precisión técnica lo que ha pretendido incluir en esta disposición transitoria, por cuanto que lo que literalmente supondría no aplicar la compensación y la absorción sería introducir un efecto que entraría en contradicción con lo que se dice a continuación sobre el respecto a las condiciones más beneficiosas que se vienen disfrutando, a la larga tradición institucional propia de nuestra legislación laboral, establecida con carácter general por el Estatuto de los Trabajadores (art. 26.5 ET), y de manera específica en materia de salario mínimo (27.1 ET); ni siquiera resulta compatible con lo que supone en cuanto a su alcance la regla de concurrencia del “prior in tempore” (art. 84.1 ET), donde no se contempla la técnica del espiguelo, sino todo lo contrario, ni tampoco se localiza tal efecto en las cláusulas que a este respecto suelen recoger los acuerdos interprofesionales sobre reglas de concurrencia entre convenios de diverso ámbito y, en última instancia, iría en contra del lógico equilibrio interno del convenio colectivo. En concreto, afirmar que no se aplicará la compensación y la absorción en estos casos supondría que, en caso de pérdida de aplicación de la preferencia aplicativa empresarial, deberíamos proceder en esta fase transitoria a una técnica de espiguelo, de modo que el trabajador percibiría todos los complementos establecidos en ambos convenios colectivos aunque estén presentes en uno y no en otro, al mismo tiempo que si está en ambos el trabajador lo percibiría en la cuantía más elevada de ambos. Comoquiera que este es un resultado que conduce a un manifiesto absurdo, particularmente en términos comparativos con lo que es la regla general de concurrencia convencional y, por añadidura, iría en contra de la idea final de simple respeto a las condiciones más beneficiosas adquiridas que debe entenderse en su conjunto, creo que ha de superarse en este punto la lectura meramente gramatical de lo previsto en esta disposición transitoria, para interpretar, en una lectura finalista y sistemática, que realmente lo que ha querido establecer el legislador es todo lo contrario: el respeto a las condiciones más beneficiosas adquiridas pero a través del método tradicional de como es entendida la compensación y absorción.

Por lo demás, comoquiera que este apartado segundo se refiere genéricamente a los efectos de las modificaciones operadas en el art. 84 ET, ha de entenderse que el men-

cionado respeto a las condiciones más beneficiosas afecta a todos los convenios colectivos que experimentan estos cambios de pérdida de preferencia aplicativa del convenio empresarial; al no establecer diferencias, ahora ello será de aplicación a todos cuantos convenios que se encuentran vigentes en el momento de entrada en vigor de la reforma y que bien de manera inmediata o progresiva se ven afectados por la reforma. Eso sí, tratándose de una disposición transitoria no se le puede otorgar a la misma una eficacia indefinida, de modo que para posteriores procesos negociales habrá que aplicar las reglas generales sobre preferencia aplicativa y el modo como éstas rigen en la práctica. Ahora bien, en tal caso nos adentraríamos en el territorio de la primera de las incertidumbres antes advertidas respecto de la posibilidad o no a estos casos de una cierta aplicación traslativa de la jurisprudencia relativa a la interiorización en los contratos de los convenios decaídos; más aún, como nueva perspectiva, hasta qué punto la introducción de esta regla transitoria no contiene, *a sensu contrario*, una interpretación en el sentido de que de no haberse introducido la misma regiría la regla inversa de no respeto a las condiciones más beneficiosas que vinieran disfrutando los trabajadores.

La última de las reglas transitorias, la contemplada en el apartado tercero, es la que, a mi juicio, resulta más difícil de conocer cuál es su significado y alcance. Lo que establece exactamente este apartado es que los textos convencionales deberán adaptarse a las modificaciones operadas en el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores por la presente norma en el plazo de seis meses desde que estas resulten de aplicación al ámbito convencional concreto, de conformidad con lo previsto en el apartado primero de esta disposición. La dificultad de adivinar el alcance de este mandato es que, de principio, no es necesario que se produzca ninguna adaptación convencional a la nueva regulación; no tratándose de una regla relativa directamente a condiciones de trabajo, sino que procede a establecer una regla de concurrencia convencional, la misma se aplica automáticamente, sin necesidad de alteración de las cláusulas de los convenios colectivos. Más aún, en la medida en que, como hemos visto, lo que hace la reforma es eliminar una preferencia aplicativa hasta ahora indisponible, para pasar a regir reglas meramente subsidiarias para el caso de que los acuerdos interprofesionales no establezcan concretas reglas de concurrencia convencional, con mayor motivo, no es preciso que se cambien las reglas contenidas en los actuales convenios colectivos. La única hipótesis que se nos ocurre es que algunos convenios colectivos hayan reproducido el tenor literal del ahora derogado art. 84.2 ET, reiterando la preferencia aplicativa del convenio empresarial. En esos casos, si el convenio colectivo que contiene dicha reproducción no tiene el carácter de acuerdo interprofesional conforme al art. 83.2 ET, tampoco sería precisa adaptación alguna, sino entender que, sobre la base de la cláusula derogatoria general, dicha previsión ha de entenderse por automáticamente suprimida. Sólo en el caso de que el texto convencional de referencia tuviese carácter de acuerdo interprofesional conforme al art. 83.2 ET tendría sentido el mandato de que en el plazo allí previsto se procediera a decidir si se desea mantener esa regla de concurrencia, que como tal no sería ilegal, o bien se desea sustituir por otra, ya que a partir de ahora se le otorgan a los acuerdos interprofesionales facultades superiores de establecimiento de las reglas convencionales.

Finalmente habrá de estarse atento al posible efecto sobre los procedimientos de descuelgue de convenios colectivos derivado de la supresión de la preferencia empresarial respecto de la cuantía del salario. Ha de tenerse en cuenta que, en términos cuantitativos, los procedimientos no han sido muy numerosos, entre otras razones, porque las situaciones económicas que podrían justificar el descuelgue salarial en muchas ocasiones se han canalizado por la vía de la celebración de convenios de empresa a la baja respecto de los niveles salariales de los convenios sectoriales, especialmente en las pequeñas empresas. En la medida en que la reforma laboral impide esta práctica de inaplicación indirecta del convenio sectorial por vía de la firma de un convenio de empresa, podría suceder que las empresas que tuviesen dificultades económicas justificadas conforme a la definición legal de los supuestos de hecho acudiesen en mayor medida a partir de ahora a los procedimientos de descuelgue convencional (art. 82.3 ET). Aunque el procedimiento de descuelgue se presenta complejo por los trámites sucesivos que han de cumplirse, sin embargo, desembocan en una posible inaplicación convencional sin necesidad de obtener el consentimiento de la representación de los trabajadores y, a partir de ahora, sería la vía contemplada legalmente para excluir la aplicación de las cuantías salariales previstas en el convenio sectorial, caso de que este resultara el aplicable conforme a lo dicho previamente.

3. En particular en las contrata de obras y servicios

La regla de preferencia del convenio de empresa en materia salarial establecida por la reforma de 2012 donde más impactó fue en el ámbito de las contrata y subcontrata de obras y servicios, especialmente cuando actuaba como contratista una empresa multiservicios. Estas intentaban ofrecer a las empresas principales, antes que un mejor servicio por razón de su especialización, un servicio a costes más reducidos en la medida en que fuesen inferiores los salarios que la empresa auxiliar debería abonar a sus trabajadores. Y esta operación de abono de salarios inferiores a los trabajadores de la empresa contratista se producía por la vía de no aplicar el convenio colectivo sectorial sino el propio de empresa de dicha empresa auxiliar, que, por su carácter preferente en aplicación respecto del convenio sectorial, permitía al convenio de empresa una estrategia de reducción significativa de los salarios establecidos en este último. En los casos más clamorosos ello se realizó sin respetar el principio de correspondencia exigido para la legitimación prevista legalmente para negociar el convenio de ámbito empresarial y la no extensión de la preferencia a los convenios infraempresariales (SSTS de 20 de mayo de 2015, rec. 6/2014, ECLI:ES:TS:2015:2363; 19 de febrero de 2020, rec. 169/2018, ECLI:ES:TS:2020:761). Sin embargo, con esta jurisprudencia sobre el principio de correspondencia no se atajaba el problema de fondo, que se mantenía subyacente en la medida en que subsistiera la preferencia del convenio empresarial en materia salarial. Aparte de ello, incluso cuando no existía convenio colectivo de empresa, se producía una discusión en torno al convenio colectivo de aplicación (sectorial de la empresa principal o de la empresa contratista); in-

cluso, cuando se asumía el criterio del sectorial de la empresa contratista, se presentaban especiales dificultades cuando se trataba de empresas multiservicios, que desarrollaban actividades diversas incluidas en ámbitos funcionales diferentes de los convenios colectivos (SSTS 22 de febrero de 2019, rec. 237/2017, ECLI:ES:TS:2019:713; 11 de junio de 2020, rec. 9/2019, ECLI:ES:TS:2020:1957).

Frente a todo lo anterior, aunque sea con una redacción compleja, la reforma intenta dar respuesta a todos estos aspectos, con vistas a corregir las distorsiones en la tutela de los trabajadores y en la competencia empresarial, así como a ofrecer reglas que proporcionen una mínima seguridad jurídica al efecto. Ello se lleva a cabo por medio de la introducción de un apartado nuevo a la regulación del régimen jurídico de las contrataciones y subcontratas (art. 42.6 ET), en conexión con lo establecido con carácter general para la concurrencia entre convenios (art.84 ET) y, más ampliamente, dentro del marco igualmente general del régimen jurídico de la negociación colectiva. Los elementos más significativos de esta nueva regulación se resumen del siguiente modo.

La regulación se inserta dentro de un precepto que regula de modo genérico la descentralización productiva que se articula a través de todo tipo de contrataciones y subcontratas de obras y servicios. Es cierto que, en ocasiones, el precepto de referencia establece reglas de responsabilidad exclusivamente dirigidas a las que lo son de la propia actividad, pero cuando no figura una referencia explícita a este tipo de contrataciones la regulación no se restringe a las mismas. Por tanto, en este caso, comoquiera que el apartado no lo refiere específicamente a las de la propia actividad, ha de interpretarse que la regla rige para todo tipo de contrataciones y subcontratas.

Esta regla, sin embargo, no altera ni deroga la regla particular establecida para las contrataciones que se desarrollan en el marco de la contratación pública, pues en este caso resulta de aplicación lo previsto en la legislación específica, que prevalece como normativa especial frente a la general del Estatuto de los Trabajadores (art. 122.2 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, BOE 9 de noviembre). Si bien es cierto que la nueva normativa manifiesta una clara convergencia con lo incorporado en 2017 para la contratación pública, y así lo destaca la exposición de motivos de la reforma de 2021, las redacciones no son idénticas y se percibe algún matiz diferencial, lo que justifica esa llamada a la presencia de algunas diferencias que sucesivamente señalaremos.

Del mismo modo, la regla que se establece se encuentra en línea con lo previsto con carácter general para la concurrencia entre convenios colectivos y, en particular, para la concurrencia entre el convenio sectorial y el de empresa, si bien de nuevo aparecen algunos matices dignos de señalar.

El elemento singular de partida, como especialidad para estos supuestos, es que a la contrata se le ha de aplicar el convenio sectorial “de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata”. Ello se comprende mejor por la vía de precisar, *a sensu contrario*, la exclusión de dos opciones alternativas.

Primero, no resulta de aplicación el convenio colectivo que le resulte de aplicación a la empresa principal, pues ésta puede tener una actividad diversa de la que es objeto de externalización a la empresa contratista; eso sí, en aquellos casos en los que haya coinci-

dencia de actividades, porque sea la misma la de la empresa principal y la de la actividad objeto de descentralización, se dará la circunstancia de que sí será de aplicación el convenio sectorial de la empresa principal, pero no por ser el que se aplica a la misma sino por coincidir con la actividad objeto de contratación. Lo que en ningún caso sería de aplicación es el convenio colectivo de empresa de la principal, por cuanto que la norma se remite expresamente al convenio sectorial.

Segundo, no se establece la aplicación del convenio correspondiente a la empresa contratista por razón de su actividad, sino en concreto al que es objeto de “la actividad desarrollada en la contrata”. Es cierto que lo uno y lo otro puede resultar coincidente, pero no siempre es así y, por ello, el matiz es importante en algunos casos. Ello se contempla pensando sobre todo en las empresas multiservicios, que pueden tener una pluralidad de contrata, asumiendo la ejecución de actividades diferenciadas. Con ello, se viene a rechazar expresamente el juego del principio de aplicación del convenio colectivo sectorial de la actividad preferente o mayoritaria de la empresa contratista, pues el texto se decanta por la aplicación de una pluralidad de convenios en las empresas multiservicios, uno diferente en atención a la actividad objeto de cada contrata y los trabajadores afectos a cada una de ellas. Puede quedar un resto de incertidumbre respecto de aquellas empresas auxiliares que celebren una contrata por medio de la cual se comprometen a prestar un amplio abanico de servicios, de modo que no sólo se trata de una empresa multiservicios, sino que también nos encontramos ante una contrata “multiservicios”. A nuestro juicio, a pesar de que la redacción del precepto en su literalidad lleva a la aplicación de un solo convenio por cada contrata, no debe aplicarse tampoco en este caso el principio de la actividad principal de cada contrata, sino conforme a una interpretación teleológica del precepto a la aplicación del convenio sectorial correspondiente a cada servicio contratado. Finalmente, ese desgajamiento entre la actividad de la empresa contratista y la actividad objeto de la contrata incide también en el personal que, por entendernos podríamos denominar de “estructura” de la contrata, es decir, el personal administrativo de la empresa contratista no afecto a la ejecución de ninguna concreta contrata; en estos casos, para dicho personal de “estructura” ha de analizarse cuál es el objeto de la actividad de la contratista a los efectos de determinar el convenio colectivo que le ha de resultar de aplicación.

Por otra parte, con una expresión algo confusa, la redacción contempla un criterio de aplicación convencional alternativo al anterior. En concreto, el precepto excluye la aplicación del convenio sectorial de la actividad desarrollada en la contrata cuando exista otro convenio sectorial aplicable conforme a las reglas generales establecidas en el título tercero. La redacción es bastante confusa por cuanto que el Estatuto de los Trabajadores no establece reglas propias de cuál es el convenio aplicable, pues esta es una tarea que encomienda a los propios negociadores, cuando expresamente contempla que son los convenios quienes deberán establecer el ámbito de aplicación de los mismos (art. 83.1 ET). Podría ello interpretarse como que el precepto deja como salvedad la posibilidad de que vía el último de los preceptos mencionados las partes acordasen que fuese otro el convenio colectivo de aplicación, de modo que la regla anterior que hemos comentado

(art. 42.6 ET) sería subsidiaria, pues cedería frente a otra prevista por los propios negociadores. La regla puede ser importante en aquellos supuestos en los que nos enfrentemos a ámbitos funcionales complejos, de modo que existiendo sectores y subsectores ello quede reflejado en una especial fragmentación de la estructura de la negociación colectiva. Pero puede que el precepto esté pensando también en la posibilidad de que vía negociación colectiva se establezca la aplicación del convenio aplicable a la empresa principal y no a lo que es objeto de descentralización productiva. Dejaría pues el precepto abierta la posibilidad de que así se pudiera establecer en los correspondientes convenios colectivos. Incluso la apelación por parte de la exposición de motivos a que la norma pretende evitar un tratamiento discriminatorio indirecto por vía de las contrataciones, podría tener una doble lectura de asimilar las condiciones de trabajo de las personas afectas a una contrata al convenio del sector de su actividad, pero también a los trabajadores que realizan idénticas actividades contratadas directamente por la empresa principal. Eso sí, en la hipótesis de que el convenio aplicable a la empresa principal, al determinar su ámbito de aplicación, incluyese a los trabajadores de las empresas contratistas de la misma, como la propia norma indica debería exigirse que fuese posible establecer ese ámbito de aplicación conforme a lo dispuesto en el título III del Estatuto de los Trabajadores; y, entre los requisitos de lo dispuesto en ese título está el de que se cumplan las reglas de legitimación negocial, que implican, entre otras cosas, el respeto del principio de correspondencia negocial. Dicho en lo concreto, esta operación de aplicación del convenio de la empresa principal sólo sería posible en la medida en que la representación de empresarios y trabajadores presentes en la correspondiente comisión negociadora ostentasen legitimación para representar a las empresas contratistas y a los trabajadores de la misma.

Adicionalmente la precedente regla de aplicación del convenio sectorial viene matizada para el supuesto de que la empresa contratista tenga convenio propio, en cuyo caso se produce una importante convergencia con la regulación general en materia de concurrencia convencional y, en particular, con lo analizado en el apartado precedente relativo a la supresión de la preferencia aplicativa del convenio empresarial en materia de cuantía retributiva, pero manteniendo la preferencia empresarial para las otras materias.

En este punto, la norma específica sobre convenio aplicable a las contrataciones se remite en su totalidad a la regla general, de modo que cuanto indicamos en el apartado precedente es de plena aplicación al ámbito de las contrataciones y subcontratas. Es aquí donde se observan los pequeños matices respecto de la regulación especial para las contrataciones resultado de la contratación pública, que, resumidamente, se concretan en cuatro aspectos. Primero, en las contrataciones públicas se otorga directa preferencia aplicativa al convenio sectorial, sin que entre en juego el principio “*prior in tempore*” del artículo 84.1 ET. Segundo, en las contrataciones del sector público se aplican en todo caso como indisponibles las condiciones salariales del convenio de sector, sin que sea posible que vía acuerdos interprofesionales se proceda a otorgar preferencia al convenio de empresa en materia salarial. Tercero, la regla alternativa de aplicación de otro convenio diverso del correspondiente a la actividad contratada no puede establecerse en el ámbito de las contrataciones públicas, de modo que no cabe pactar la aplicación del convenio aplicable al personal al servicio de

la entidad pública que actúa como empresa principal. Cuarto, la aplicación del convenio del sector es más amplia, referida a las “condiciones salariales” y no sólo a su cuantía, de modo que para ellas no rigen las preferencias establecidas a favor del convenio empresarial respecto de aspecto no cuantitativos del salario, como puede ser lo relativo al abono o compensación de las horas extraordinarias y retribución específica del trabajo nocturno (art. 84.2 b ET).

Finalmente indicar que en esta materia no se establece transitoriedad ni postergación alguna en la entrada en vigor del Real Decreto-ley, de modo que lo previsto en materia de convenio colectivo aplicable a las contratadas y subcontratadas resulta de inmediata aplicación desde el día siguiente a su publicación en el BOE. A pesar de que el precepto contenga remisiones al art. 84 del Estatuto de los Trabajadores que, como vimos, sí que prevé un proceso transitorio en su entrada en vigor, ello no se contempla respecto de las contratadas, de modo que lo previsto para ellas directamente (art. 42.6 ET) como por remisión (art. 84 ET) resulta de inmediata y automática aplicación.

4. La ultraactividad del convenio colectivo

La modificación de la reforma de 2012 en materia de ultraactividad del convenio colectivo, una vez denunciado éste por las partes, ha sido una de las cuestiones más controvertidas desde que se introdujo. Si bien dicha modificación fue progresivamente corregida en muchos ámbitos negociales, por cuanto que, tratándose de una regla subsidiaria, permitió que un elevado porcentaje de convenios colectivos recuperase la ultraactividad indefinida, ello no ha sido universal y dejaba abiertas dosis elevadas de incertidumbre.

Por ello, introduciendo la reforma un cambio técnicamente bastante simple, en la práctica presenta un elevado impacto en términos de las posiciones de capacidad de negociación de las partes a la hora de la renovación del convenio colectivo precedente. De este modo, con la última reforma sustancialmente se retorna al régimen precedente de ultraactividad indefinida, eso sí, como regla subsidiaria y, por tanto, con posible alteración por parte de los negociadores. En todo caso, se trata de una regla subsidiaria que, en el contexto de nuestro sistema negocial, se convierte en la generalizada y probablemente sólo en casos muy singulares vendrá alterada por parte de concretos convenios colectivos.

Por lo demás, en relación con este cambio de la regla de ultraactividad se establece una regulación transitoria que, de principio, vendría a establecer una regla especial para el juego de la ultraactividad para los convenios colectivos denunciados a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley (disp. trans. 7^a).

Para precisar el concreto alcance de la disposición transitoria, habría que aclarar el dato de que la misma se remite a la ultraactividad contenida en el art. 86.3 ET y no a la prevista en el art. 86.4 ET. En efecto, en la nueva redacción del Estatuto de los Trabajadores se contemplan en dos ocasiones el efecto ultraactivo del convenio colectivo: primero, a resultas de la denuncia del convenio colectivo, contemplando la ultraactividad “durante las negociaciones para la renovación del convenio colectivo” (art. 86.3

ET); segunda, la ultraactividad a resultas de la terminación de los intentos de mediación obligatoria y, en su caso, arbitrajes, que analizaremos a continuación, transcurrido el año desde la denuncia, “cuando hubiese transcurrido el proceso de negociación sin alcanzarse acuerdo”, en cuyo caso la ultraactividad se contempla como indefinida (art. 86.4 ET). En estos términos, parece que desde la perspectiva de la disposición transitoria para estos convenios denunciados, se contemplan dos fases, primera durante la que se extiendan las negociaciones para la renovación y otra sucesiva cuando concluidas las mediaciones y, en su caso, arbitrajes, concluya el proceso de negociación; mientras que en una situación de pleno juego de la reforma no hay diferencias en cuanto al efecto ultraactivo, para los convenios afectados por la disposición transitoria tal efecto ultraactivo sólo rige para la primera fase, es decir, durante las negociaciones para la renovación del convenio.

No obstante, ha de tenerse en cuenta también que dicha disposición transitoria remite a la vigencia en los términos del precepto que venimos comentando (art. 86.3 ET), siendo también relevante que dicho precepto establece esta ultraactividad durante las negociaciones “en defecto de pacto”. Así, ha de interpretarse que esa ultraactividad rige también salvo pacto en contrario, lo que abre a la preguntarse si ese pacto en contrario puede incluir a los pactos precedentes a la reforma 2021. Entendemos que pretendiendo la reforma ampliar la ultraactividad y no reducirla, la disposición transitoria vendría a garantizar en todo caso la pervivencia ultraactiva del convenio colectivo, pero que si conforme a las cláusulas del convenio colectivo denunciado se estableciese una ultraactividad más amplia, regirá esta última; por ejemplo, si el convenio denunciado contempla una ultraactividad indefinida será esta la aplicable y no la limitada a la duración de las negociaciones a la que se refiere el art. 86.3 ET.

Por otra parte, la dicción literal de dicha disposición transitoria deja claro que la misma no resulta de aplicación a los convenios plenamente vigentes en el momento en el que entra en vigor la reforma, por tanto, negociados con anterioridad a la misma, pero que se denuncien a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley. Para estos supuestos, lo que resulta de aplicación es la nueva regulación a todos los efectos, por tanto, sin matices temporales la ultraactividad indefinida, naturalmente salvo pacto en contrario, pues ello se prevé expresamente por partida doble en cada uno de los dos apartados mencionados (art. 86.3 y 4 ET). De nuevo aquí, la única duda es si ello se aplica tan sólo a los pactos alternativos posteriores a la entrada en vigor de la reforma o también a los precedentes. La respuesta a esta pregunta no puede ser general y la misma para todos los supuestos, pues ello requerirá una lectura contextual y finalista del contenido de esa cláusula convencional alternativa, de modo que no será lo mismo que dicha cláusula fuese pactada teniendo presente el régimen jurídico legal a partir de la regulación establecida con la reforma de 2012, o bien lo fuese al margen de esa regulación precedente. En concreto, ha de tenerse presente que las reglas alternativas previstas en los convenios colectivos pactados vigente la reforma de 2012 pudieron introducirse como solución transaccional frente a la regulación legal, de modo que algunos de estos convenios han podido ampliar la duración del convenio más allá del año, pero no con carácter indefi-

nido, o bien se trata de textos convencionales que por razones meramente pedagógicas han reproducido la duración anual de la ultraactividad pero sin voluntad de mantenerla para la hipótesis de que cambiase el texto legal. De deducirse que ese era el sentido de estas cláusulas alternativas, ha de entenderse que las mismas no tienen validez, por ser corregidas con la reforma de 2021; de no deducirse que ello fuese así, sino una fórmula establecida con independencia de la regulación de 2012, habrá que entender que las mismas mantienen toda su vigencia, pues son compatibles con la regulación establecida a partir de la reforma de 2021.

Por lo demás, aunque sea en un segundo nivel de importancia, la redacción completa del precepto estatutario ni vuelve por completo a la redacción precedente a la reforma de 2012 ni siquiera retorna por completo a la versión precedente a la reforma de 2011. En términos de aproximación se puede decir que se tiende a recuperar el régimen precedente a 2011, en concreto por lo que refiere a la pervivencia del fomento de los procedimientos de solución autónoma de conflictos que se introdujeron con la reforma de 2011.

En concreto, sin desmerecer la recuperación de la ultraactividad indefinida, se establece que, transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio, las partes deberán someterse a los procedimientos de mediación regulados en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83, para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes. Esta regla aconseja proceder a adaptar el conjunto de los acuerdos interprofesionales para introducir el carácter obligatorio de esta mediación en estos supuestos. No obstante, comoquiera que en esta materia rige el principio de jerarquía normativa y la reforma legal se establece como de inmediata entrada en vigor sin exigencia de implementación negociada, ha de entenderse que esta regla de la obligatoriedad de la mediación al cabo del año de ultraactividad se encuentra en vigor con independencia de lo que establezcan los acuerdos autónomos de resolución de conflictos.

Por lo demás, debe indicarse que se trata de una obligatoriedad bastante relativizada y, por tanto, con alcance muy escaso. De una parte, no puede entenderse que el procedimiento de mediación se ponga en marcha de manera automática al cumplimiento del año, pues el mecanismo de mediación siempre requerirá que algún representante bien de los trabajadores o bien de los empresarios lo inicie y, por tanto, lo exija a través de los correspondientes procedimientos de solución autónoma; si bien, al propio tiempo, estos procedimientos autónomos de manera generalizada convierten en obligatoria la mediación cuando una de las partes así lo solicita. De otra parte, caso de que ninguna de las partes incite el procedimiento de mediación y, por tanto, éste no se tramite, ninguna consecuencia práctica se derivará de ello, pues todo se mantendrá igual: el convenio ya en situación de ultraactividad lo seguirá estando en los mismos términos. Ni siquiera el plazo de un año es el que abre la vía de la mediación, de modo que el panorama es prácticamente igual antes o después del transcurso del año. Dicho de otro modo, la nueva regla de la mediación obligatoria transcurrido un año, no impide que voluntariamente las partes se sometan a los procedimientos de mediación establecidos en los acuerdos interprofesionales antes del año de ultraactividad. Los acuerdos autónomos de resolución

de conflictos así lo contemplan de manera generalizada en estos momentos y, como tales, no han sido objeto de modificación por la reforma de 2021.

Asimismo, se establece en el Real Decreto-ley que, siempre que exista pacto expreso, previo o coetáneo, las partes se someterán a los procedimientos de arbitraje regulados por dichos acuerdos interprofesionales, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos y solo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos legalmente. En realidad, este pasaje legal resulta de todo punto inocuo e irrelevante en términos técnico-jurídicos. En efecto, en este punto nada añade la norma, por cuanto que ello ya era posible con anterioridad, conforme a lo previsto en los vigentes acuerdos autónomos y estatal de resolución de conflictos. Por ello, la reforma en este punto no añade nada, ni en sentido ampliatorio ni en sentido restrictivo de lo que ya estaba presente en nuestro sistema arbitral. Dicho de otro modo, constituye tan sólo un recordatorio por parte del legislador de que existe tal posibilidad y, con ello, de manera suave está fomentado a la utilización de los procedimientos arbitrales en estos casos.

5. Las remisiones a los contenidos de los convenios colectivos

Aspecto que suele pasar bastante inadvertido es el relativo al juego de espacios entre la norma estatal y la negociación colectiva. Ello se debe a que, de un lado, esa intervención normativa se produce de manera dispersa al hilo de la regulación de cada materia, especialmente de carácter individual y, de otra parte, a que se suelen colocar como centro de atención los asuntos tratados en apartados precedentes. A pesar de ello, los contenidos de posible intervención por la negociación colectiva son clave, porque al final determinan la capacidad de protagonismo material de la negociación colectiva. En particular, en esta reforma se aprecian novedades de cierta importancia que conviene resaltar, incluso se presentan no pocas dificultades interpretativas del alcance de ciertas remisiones o ausencia de las mismas a favor de la negociación colectiva; incluso, cuando estas se efectúan, la valoración de la opción de realizarla a favor de un concreto ámbito de negociación.

En líneas generales, al ser fruto de un acuerdo social y de la especial predisposición hacia ello por parte del Gobierno, frente actitudes del pasado, esta reforma refuerza el protagonismo de la negociación colectiva a través de un elevado número de remisiones al objeto de que los convenios colectivos puedan desarrollar su habitual labor de desarrollo y adaptación de las genéricas previsiones legales a las peculiaridades sectoriales y empresariales.

Eso sí, sin abandonar esa política general orientada hacia el enriquecimiento de los contenidos de los convenios colectivos, en esta ocasión también, por vía indirecta, se percibe una restricción de la intervención de la negociación colectiva en concretas materias. Se trata de restricciones derivadas bien de una decidida voluntad del legislador de que una concreta materia sea abordada directamente desde la ley, o bien porque la experiencia ha demostrado una falta de respuesta de la negociación colectiva o una actitud de ma-

por precariedad de las fórmulas contractuales. Son aspectos que se advierten en negativo de la lectura de las medidas contenidas en la norma reformadora, circunstancia que hace especialmente oportuno destacarlas, porque pueden no detectarse en la medida en que la redacción lo que contiene es una ausencia de mención a la intervención sucesiva por parte de la negociación colectiva.

En este orden lo primero a resaltar es la regulación contenida en la norma sobre el encadenamiento de contratos en el mismo puesto de trabajo asumido sucesivamente por diversos trabajadores. Desde hace bastantes años el legislador había encomendado esta tarea a los convenios colectivos, si bien se cambia de criterio a la vista de la respuesta muy pobre por parte de la negociación colectiva, donde ha sido muy reducido el porcentaje de convenios que han asumido esta remisión por parte del legislador. Teniendo en cuenta la muy escasa respuesta de los convenios colectivos, la respuesta del legislador no es otra que la de reclamar para sí la regulación de esta forma de encadenamiento que se mantenía como una materia pendiente de transposición de la Directiva sobre contratos de duración determinada. El resultado final ha sido que ha resultado fallido el primer ensayo, por muy limitado que fuese, de encomienda entre nosotros de transposición de una Directiva a través de la negociación colectiva. Se trataba de un hueco importante de evitación de estrategias de elusión de la necesaria causalidad en la contratación temporal, que se cubre con la acción de la norma estatal, a través de una regla autosuficiente, que no precisa para su plena aplicación de la sucesiva intervención por parte de la negociación colectiva. Más aún, de principio, esta regla legal procede de manera implícita a derogar cuantas cláusulas convencionales pudieran estar presentes en los convenios colectivos que pudieran contradecir lo previsto en la norma estatal. Ello, en todo caso, no significa que, por propia esencia, todas las reglas convencionales en esta materia a partir de ahora se deban considerar contrarias a lo previsto legalmente, por cuanto que nada impide que vía negociación colectiva se puedan establecer reglas más ambiciosas de conversión en por tiempo indefinidos de este tipo de contratos, lo que no podría interpretarse como opuesto a la previsión legal.

El segundo de los ejemplos de asunción de la materia por parte de la ley se encuentra en la nueva regulación del contrato de trabajo adscrito a obras en el sector de la construcción, que sustituye al regulado por el convenio estatal a través del denominado como “fijo de obra”. En estos términos, el legislador, sin desmerecer de lo que hacía la negociación colectiva en este terreno, procede a efectuar una intervención más directa sobre la materia, lo que provoca que se entienda como derogado ese contrato “fijo de obra”, por mucho que no se haya derogado expresamente la remisión legal al convenio colectivo en esta materia (disp. adic. 3ª ET); la derogación se produce de manera implícita al modificarse la norma que regulaba el “fijo de obra” (disp. adic. 3ª Ley 32/202006), en tanto que la no derogación de la previsión del Estatuto de los Trabajadores se debe exclusivamente al período de transición en la entrada en vigor del nuevo régimen de contratación laboral, que permite mantener como vigentes a todos los contratos fijos de obra que se celebren hasta el final del primer trimestre de 2022. En todo caso, lo importante es que en esta materia también se utiliza una técnica de

regulación directa de la norma legal, que impide por la vía práctica la sucesiva actuación en este campo por parte de la negociación colectiva. Ello, de nuevo, requiere advertir que siempre sería posible que la negociación colectiva pueda desarrollar algún papel de complemento a la regulación legal; incluso ello se prevé de manera expresa respecto de algún aspecto concreto, como es el relativo a los requisitos de acceso, duración y modalidades de formación adecuados en cada caso, que se atribuye en exclusiva al convenio sectorial estatal (disp. adic. 3ª Ley 32/2006).

En otras ocasiones la normativa, sin dejar de contemplar una autorización o remisión a la negociación colectiva, viene a establecer un régimen más limitativo respecto del precedente, por entender que deben prevalecer intereses generales, o bien porque se desea evitar que la negociación colectiva produzca efectos distorsionadores respecto de lo que constituyen los objetivos de la reforma. En este orden de consideraciones, aunque se encuentre en otra norma aprobada en paralelo, se encuentra la nueva regulación de las cláusulas en los convenios colectivos en materia de jubilación obligatoria (disp. adic. 10ª ET, conforme a la redacción dada por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, BOE 29 de diciembre). La propia ubicación de la norma, en una disposición dirigida a la reforma del sistema de Seguridad Social, orienta perfectamente la finalidad de la nueva regulación de las cláusulas de jubilación forzosa en la negociación colectiva. En efecto, el reforzamiento de las políticas dirigidas al fomento de la prolongación de la vida activa para retrasar el momento de acceso a la percepción de la pensión de jubilación, se encuentra claramente en la elevación de la edad de jubilación forzosa vía convenio colectivo y de los mayores requisitos exigidos a tal efecto. También para estas cláusulas se contempla una regulación transitoria que mantiene vigentes durante un plazo prolongado lo pactado en los convenios vigentes con anterioridad (disp. trans. 9ª). Esta nueva regulación sólo afecta de manera inmediata a los suscritos con posterioridad al 1 de enero de 2022 y mantiene las cláusulas de los convenios precedentes hasta “tres años después de la terminación de la vigencia inicial pactada del convenio colectivo”, debiendo entenderse la vigencia inicial la ordinaria pactada, con exclusión de ultraactividad y prórrogas. Por ser más preciso, aunque la anterior sea la redacción literal de la disposición, ha de interpretarse que son tres años en tanto se mantenga vigente dicho convenio, por cuanto que si antes de que transcurran los tres años se llega a suscribir un nuevo convenio colectivo, habrá de estarse a partir de entonces a lo que se prevea este último (art. 86.5 ET); entendiéndose que este último ya tiene que adaptarse a la nueva regulación.

En una línea similar se encuentran las menores remisiones o de carácter menos permisivas a la negociación colectiva en materia de contratación temporal. En esta materia, la experiencia ha sido la de que los convenios colectivos han tendido a establecer regímenes mucho más permisivos de la contratación temporal, de modo que han acentuado las posibilidades de mantenimiento de nuestras altas tasas de temporalidad. A la vista de ello, la reforma, sin dejar de otorgarle un papel importante a los convenios colectivos en materia de contratación temporal, sin embargo, han intentado poner coto a las prácticas precedentes y permitir en casos muy puntuales la ampliación de las duraciones máximas de la contratación temporal y en clave de una ampliación siempre limitada.

A pesar de todos los condicionantes antes referidos, ha de señalarse también que el número de remisiones a la negociación colectiva en la reforma laboral de 2021 es muy abundante y un simple listado de las mismas muestra la trascendencia que se le otorga al convenio colectivo como instrumento de implementación de la negociación colectiva respecto de la regulación contenida en la norma estatal. En una rápida enumeración de las materias para las que se prevé una remisión a la negociación colectiva, cabe mencionar las siguientes: retribución del contrato formativo en alternancia (art. 11.2.m ET), duración del contrato formativo en prácticas (art. 11.3.c ET) y del período de prueba de este contrato (art. 11.3.e ET), retribución del contrato formativo en prácticas (art. 11.3.i ET), determinación de puestos y actividades a desarrollar por medio de contratos formativos (art. 11.4.e ET), fijación de criterios de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los contratos formativos (art. 11.6 ET); ampliación de la duración máxima del contrato temporal ordinario por razones de producción (art. 15.2 ET), planes de reducción de la temporalidad (art. 15.8 ET), acceso efectivo de los trabajadores temporales en el sistema de formación profesional para el empleo (art. 15.8 ET); establecimiento de los criterios objetivos y formales por los que debe regirse el llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos (art. 16.3 ET), determinación del plazo máximo de inactividad entre contratos de obra y servicio cuando su celebración justifique un contrato fijo-discontinuo (art. 16.4 ET), establecimiento de una bolsa sectorial de empleo en la que se podrán integrar los fijos discontinuos durante los periodos de inactividad, con el objetivo de favorecer su contratación y su formación continua (art. 16.5 ET), acuerdo a través de los convenios sectoriales de la celebración a tiempo parcial de los contratos fijos discontinuos (art. 16.5 ET).

De todas las previsiones precedentes, la que, a mi juicio, presenta mayores dudas es la última de ellas, especialmente contemplada en el marco de lo previsto en la Directiva sobre el trabajo a tiempo parcial (Directiva 97/81, de 15 de diciembre, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial). A tal efecto, ha de tenerse en cuenta que el apartado 1 de la cláusula 5 de este Acuerdo establece que tanto los Estados miembros como los interlocutores sociales deben eliminar los obstáculos que pudieran limitar las posibilidades de trabajo a tiempo parcial. Desde esta perspectiva ha de interpretarse que exigir que para celebrar un contrato fijo-discontinuo a tiempo parcial es necesario que ello venga permitido por los correspondientes convenios sectoriales, constituye sin la menor duda un obstáculo de los referidos por la Directiva, que debe eliminarse. En definitiva, o bien se entiende que esta previsión no transpone debidamente la Directiva sobre trabajo a tiempo parcial, o bien obliga a ser interpretada en el sentido de que la ausencia de este acuerdo en el convenio sectorial de aplicación no puede impedir la celebración de un contrato fijo discontinuo a tiempo parcial.

Al margen de las expresas remisiones legales por parte de la reforma a los convenios colectivos, no está de más recordar una vez más que ello no debe conducir al equívoco de pensar que los convenios colectivos sólo pueden intervenir allí donde expresamente se establezca una expresa remisión de las mencionadas. Debe tenerse muy presente que la genérica habilitación legal a que los convenios regulen cuantas materias estimen oportuno

tuna, siempre dentro del respeto a las normas imperativas legales, da pie a una intensa y rica actuación sucesiva, complementaria e innovativa, por parte de los convenios colectivos. Dicho de otro modo, a semejanza de lo que se establece con carácter general para la contratación privada, vía convenio colectivo se puede pactar todo aquello que las partes deseen en el ámbito de la regulación de las relaciones laborales, siempre que ello no sea contrario a la ley, la moral o el orden público.

6. La oportunidad de un nuevo Acuerdo Interconfederal

Tal como se puede fácilmente deducir del análisis hasta ahora realizado de la reforma en materia de negociación colectiva, las nuevas reglas introducidas por la misma es posible aplicarlas de manera directa y automática, sin necesidad de intervención de la negociación colectiva. En algunos casos, ya lo hemos apuntado, puede ser oportuno llevar a cabo algún tipo de adaptación del clausulado de los convenios colectivos a los efectos de acompañarlo a lo previsto en algunos aspectos, tanto en lo que afecta al marco jurídico general de la negociación colectiva como al nuevo régimen de las diversas modalidades de contratación. En otros casos, como se observa, puede aprovecharse la ocasión para atender a las diversas remisiones que la norma reformadora efectúa a la negociación colectiva, especialmente en materia de contratación. Especial importancia puede tener la adaptación de las cláusulas de los convenios colectivos en materia de jubilación forzosa, dado que cambian los requisitos exigidos a las mismas, si bien a tenor de lo que se ha dicho para muchos convenios no hay prisas en hacerlo a la vista del mantenimiento durante tres años de las cláusulas precedentes conforme a lo previsto en la correspondiente disposición transitoria. En todo caso, dejando al margen lo relativo a algunos aspectos de las cláusulas de jubilación obligatoria, ninguna de las modificaciones requiere necesariamente del complemento de la negociación colectiva, por cuanto que la regulación legal en los diversos aspectos en los que interviene resulta autosuficiente y no se provoca, por ello, ningún tipo de laguna jurídica por el hecho de que no haya regulación complementaria o alternativa por parte de los convenios colectivos.

En todo caso, en el nuevo escenario derivado de la reforma y, más ampliamente, en el actual marco económico, social y jurídico en el que nos movemos, sí que parece conveniente abordar la posibilidad de alcanzar un nuevo Acuerdo Interconfederal para el Empleo y la Negociación Colectiva. Así lo aconseja ante todo la virtualidad tan positiva que han tenido los precedentes Acuerdos, especialmente como instrumento de diseño general de la política de rentas y, más ampliamente, de instrumento para marcar pautas de actuación para el conjunto de las comisiones negociadoras.

Ante todo, debe recordarse que el último Acuerdo, pactado con una vigencia de tres años, concluyó su vigencia a finales de 2020 (IV Acuerdo de 5 de julio de 2018, BOE 18 de julio de 2018). De este modo, en este momento los negociadores de los diferentes convenios carecen de un instrumento de orientación general, que marque las pautas, sea de incrementos retributivos como de política negocial general. La conveniencia de

afrontar este Acuerdo Interconfederal no deriva exclusivamente de una práctica bastante extendida desde hace bastantes años de tener este tipo de criterios orientativos generales acordados desde la cúspide de las respectivas organizaciones sindicales y empresariales más representativas, sino por el nuevo escenario en el que nos encontramos, que requiere de un nuevo diseño de la política de rentas. Baste con señalar al efecto, entre otros, hechos tan relevantes como son el impacto de la subida del salario mínimo interprofesional sobre los niveles inferiores de las tablas salariales, el cambio en la tendencia hacia un incremento de la inflación en cuantía a la que no estamos habituados y que no es fácil diagnosticar si se trata de un fenómeno muy limitado en el tiempo o que va a mantenerse durante un período más prolongado del deseable, los propios cambios normativos en materia de negociación colectiva que abren paso a nuevas estrategias por sus protagonistas.

Por lo demás, a lo largo de este comentario se han apuntado algunos aspectos no resueltos por las reglas de concurrencia legales, que podría ser atendidas a través de los acuerdos interprofesionales; baste con remitirnos a lo que indicamos respecto de las múltiples incertidumbres que presenta la aplicación práctica de la regla de la prioridad aplicativa del convenio más antiguo (art. 84.1 ET), incluso su falta de adaptación al complejo ámbito en el que nos movemos. Finalmente, no está de más anticipar el asunto pendiente de resolver relativo a la prevalencia aplicativa de los convenios autonómicos, en términos tales que haya o no reforma futura de la regulación actual, algún tipo de adaptación de nuestra estructura de la negociación colectiva habrá que acometer desde el diseño propio de los interlocutores sociales. Incluso conviene tener presente que los cambios tecnológicos y organizativos en las empresas están provocando una cierto desfase y antigüedad de la definición convencional de los ámbitos funcionales de los diferentes convenios colectivos, incluso problemas de colisión entre convenios de ámbitos funcionales próximos, incluso de emergencia de nuevas empresas que se sitúen en territorios novedosos no incluidos con claridad en los clásicos ámbitos funcionales de los diferentes convenios colectivos; se trata de asuntos de no fácil respuesta a través de los actuales criterios legales de concurrencia, bien que la aplicación de los actuales no ofrece una respuesta razonable a los problemas que se plantean al efecto. En estos términos, puede resultar muy útil aprovechar la elaboración de un nuevo Acuerdo Interconfederal para marcar pautas también en una configuración más moderna y actualizada a los tiempos actuales de nuestra estructura negocial.

La reforma laboral de 2022 en perspectiva económica

The 2022 labour market reform in economic perspective

Santos M. Ruesga / Ana Viñas

*Departamento Estructura Económica y Economía del Desarrollo,
Grupo de Investigación SET-LASE,
Universidad Autónoma de Madrid*

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6850>

Resumen: El presente artículo trata de vislumbrar algo del futuro del mercado de trabajo español que puede estar condicionado por la aplicación de la reforma laboral aprobada por el Parlamento a principios del año 2022. Esta reforma se prevé que afecte a la institucionalidad reguladora de dicho mercado y, por tanto, cabe esperar que introduzca transformaciones en el comportamiento de los agentes socioeconómicos que en él operan y, por extensión, en la dinámica futura del mismo. En primer lugar, se establecen algunas premisas básicas para dicho análisis. A continuación, se revisa someramente la trayectoria de las reformas laborales habidas en España tratando de identificar sus elementos sustanciales. Y, en tercer lugar, circunscribiéndonos a los contenidos más destacados de la reforma de 2022, se analiza la evolución cuantitativa de las variables en los últimos años, con el fin de identificar posibles cambios en las tendencias a causa de las modificaciones introducidas en esta regulación laboral. En la última parte del artículo se sintetizan los resultados alcanzados y se aportan algunas consideraciones sobre el posible impacto de la reforma en la dinámica futura del mercado laboral español.

Palabras clave: reforma laboral, mercado de trabajo, temporalidad, flexibilidad laboral interna, flexibilidad laboral externa, negociación colectiva.

Abstract: This article tries to catch a glimpse of the future of the Spanish labour market that may be conditioned by the application of the labour reform approved by Parliament at the beginning of the year 2022. The reform is supposed to affect the regulatory institutions of this market and, therefore, it can be expected that it will introduce transformations in the behaviour of the socioeconomic agents that operate in it and, by extension, in its future dynamics.

First, some basic premises for such an analysis are established. Next, the trajectory of the Spanish labour reforms is briefly reviewed,

trying to identify its substantial elements. And, thirdly, considering the most outstanding contents of the 2022 reform, its instruments are analysed together with the quantitative evolution of the variables in recent years, to foresee possible changes in trends due to the modifications introduced in this labour regulation. Finally, the article summarises the results achieved and provides some considerations on the possible impact of the reform on the future dynamics of the Spanish labour market.

Keywords: labour reform, labour market, temporary employment, internal labour flexibility, external labour flexibility, collective bargaining.

1. Introducción

Sin duda, la evaluación de políticas públicas o reformas legislativas es un área del análisis económico que entraña enormes dificultades. Incluso aunque se trate de evaluaciones *ex-post*, en última instancia, se trata de realizar un ejercicio fáctico, en el que se intenta saber lo que hubiera ocurrido en caso de que no se hubieran llevado a cabo tales actuaciones y comparar con lo que sí ha ocurrido, al cabo de un determinado período y obviamente en términos *caeteribus paribus*. Por eso, en el campo que nos ocupa, el laboral, es habitual que en la arena política los gestores de las reformas llevadas a cabo se apunten éxitos e ignoren fracasos en los que han podido contribuir tales actuaciones, pero en concurrencia con otros múltiples factores, ajenos a las políticas aplicadas.

Es cierto que hemos avanzado bastante en la aplicación de técnicas de evaluación, con la modelización de ciertos supuestos, pero aún así, predecir hacia adelante los efectos de modificaciones legislativas o cambios de políticas, en términos de eficiencia y eficacia de las mismas, sigue siendo un ejercicio plagado de incertidumbres.

Aquí trataremos de vislumbrar algo del futuro del mercado de trabajo español que puede estar condicionado por la aplicación de la reforma laboral aprobada por el Parlamento a principios del año 2022, que afecta a la institucionalidad reguladora de dicho mercado y, por tanto, cabe esperar introduzca modificaciones en el comportamiento de los agentes socioeconómico que en él operan y, por extensión, en la dinámica futura del mismo.

En este artículo se establecen algunas premisas básicas para dicho análisis, en primer lugar. A continuación, se revisa someramente la trayectoria de las reformas laborales habidas tratando de identificar sus elementos sustanciales. Y, en tercer lugar, circunscribiéndonos a los contenidos más destacados de la reforma se analiza la evolución cuantitativa de las variables en los últimos años, con el fin de vislumbrar posibles cambios en las tendencias a causa de los cambios introducidos en la regulación laboral. En la última parte del artículo se sintetizan los resultados alcanzados y se aportan algunas consideraciones sobre el posible impacto de la reforma en la dinámica futura del mercado laboral español.

2. El contexto jurídico laboral de la reforma

Como preámbulo al análisis económico de la reforma laboral en España, materializada en el RDL 32/2021¹, de 28 de diciembre, conviene establecer algunas premisas básicas en el ámbito de las normas, particularmente en lo que acontece a los efectos de la regulación laboral. Se trata de contextualizar el espacio jurídico-laboral en el que se aplicará esta norma, para tratar de interpretar con cierta precisión la incidencia efectiva sobre la dinámica del mercado de trabajo, en particular y en la de la economía española, más en general.

En primer lugar, es preciso reiterar lo que juristas, politólogos o economistas suelen afirmar acerca de los efectos de las normas regulatorias de relaciones económicas o laborales. Es conocido que una ley, *a priori*, no cambia necesariamente los comportamientos de los sujetos que intervienen en una relación determinada. Se requiere que actúen incentivos diversos para que se incorporen los contenidos de la norma y sus desarrollos ulteriores, en dichos comportamientos, con el fin de promover los cambios deseados en el funcionamiento micro y macroeconómico de las relaciones objeto de transformación. Para ello es preciso que tales incentivos sean asumidos paulatinamente por los agentes que intervienen en la estructura, y las relaciones subyacentes a reformar, para que sus actitudes y comportamientos en y durante la praxis de dicha relación vayan modificándose.

El objetivo, en última instancia, de tales cambios normativos, consistiría, precisamente, en alterar el comportamiento interactivo de los agentes económicos, políticos y sociales que define tal relación a transformar. De ahí la preferencia, en los países europeos de forma reiterada, por procesos de reforma que cuenten con la participación de los representantes de dichos agentes en su definición y su aquiescencia en su contenido final. Ello significaría que la reforma en cuestión contribuirá a transformar los comportamientos de dichos agentes, sin resistencias notables, en dicha relación, en general, o en los aspectos concretos a modificar, en particular.

Así ocurre en el mercado de trabajo español y, en la subyacente y explícita trama de relaciones laborales a reformar. Sobre ello hemos visto numerosos ejemplos en los últimos cuarenta años, tras aplicarse varias decenas de reformas (Ruesga, 2014 y 2016), de mayor o menor calado, en la regulación de dicho mercado y/o en las relaciones laborales (tabla 1).

Son varias las ocasiones en las que el legislador o directamente el ejecutivo de turno han tratado de transformar, por ejemplo, las estructuras de la contratación laboral, modificando las normas o las políticas de mercado laboral específicas, que la regulan y/o incentivan en una determinada dirección, con el fin de reducir el elevado grado de temporalidad que ha caracterizado y caracteriza esta vertiente de las relaciones de trabajo. Y, han sido, varias también, las ocasiones en la que se ha observado, pasado un cierto periodo de aplicación de la nueva regulación, que el efecto ha sido nulo o inexistente, lo que los economistas denominamos “efecto peso muerto” de la reforma o de la política la-

¹ Resolución de 3 de febrero de 2022, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo («BOE» núm. 33, de 8 de febrero de 2022, páginas 16140 a 16140).

Norma	Fecha	Modificaciones introducidas
Ley 14/1983	29/06/1983	Reducción de la jornada laboral máxima.
Ley 32/1984	2/08/1984	Flexibilización de la contratación temporal; fomento de la contratación temporal con subvenciones.
Ley 10/94	19/05/1994	Medidas urgentes de fomento de la ocupación.
Ley 11/94	19/05/1994	Flexibilidad de las relaciones laborales individuales (entrada, interna y de salida) y potenciación de la negociación colectiva y mejora de sus contenidos.
Ley 14/94	L1/06/94	Supresión del monopolio del INEM en materia de contratación y creación de Empresas de Trabajo Temporal (ETT's).
Ley 31/1995	8/11/1995	Ley de prevención de riesgos laborales.
Ley 63/1997	26/12/1997	Medidas para el fomento de la contratación indefinida (procede del Acuerdo sobre Estabilidad en el Empleo).
R.D.L. 15/1998	27/11/1998	Nueva regulación del contrato a tiempo parcial (Acuerdo sobre el Trabajo a Tiempo Parcial).
Ley 12/2001	9/07/2001	Medidas urgentes contra las excesivas tasas de temporalidad y modificación de la regulación de la contratación a tiempo parcial.
R.D.L. 5/2002	24/05/2002	Reforma protección por desempleo (denominado "decretazo").
Ley Orgánica 3/2007	22/03/2006	Regula la igualdad efectiva de mujeres y hombres y establece mecanismos para su logro.
R.D.L 5/2006	9/06/2006	Reforma mercado laboral (procede del Acuerdo para la mejora del Crecimiento y el Empleo). Medidas para la promoción de la contratación indefinida y mejorar la utilización de la contratación temporal.
Ley 20/2007	11 /07/2007	Estatuto del trabajo autónomo.
R.D.L. 2/2009	06/03/2009	Medidas extraordinarias para el mantenimiento y fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas.
Ley 35/2010	17/07/2010	Abre camino al abaratamiento del despido.
R.D. 7/2011	10/06/2011	Medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.
R.D.L. 3/2012	11/02/2012	REFORMA LABORAL. Abarata despido, acaba con la ultraactividad de los convenios, facilita el descuelgue de los convenios. Prevalencia convenios de empresa.
RDL 4/2013 Ley 11/2013	22/02/2013 26/07/2013	Medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.
R.D.L.3/2014	28/02/2014	Medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida.
R.D.L.8/2014	14 /07/2014	Medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y eficiencia.
R.D. 16/2014	19/12/2014	Programa de activación del empleo e itinerarios individuales y personalizados para los desempleados.
R.D.L.4/2015	22/03/2015	Reforma urgente del Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral.
R.D.L 6/2019,	1/03/2019	Medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. Modifica la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo , para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
R.D.L.18/2020	12/05/2020	Medidas sociales en defensa del empleo: modificación de la regulación de los ERTES.
R.D.902/2020	13/10/2020	Igualdad retributiva entre mujeres y hombres.
Ley 10/2021	9/07/2021	De trabajo a distancia. Nueva regulación del Teletrabajo.
Ley 20/2021	28/12/2021	Medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.
R.D.L.32/2021	28/12/2021	REFORMA LABORAL. Medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

Tabla 1. Principales reformas de la legislación laboral tras el Estatuto de los Trabajadores.

Fuente: Elaboración propia y Ruesga (2014).

boral específica aplicadas (Toharia, dir., 2005). En la explicación de este peso muerto de determinadas medidas legislativas o políticas está la institucionalización de una cultura laboral (entre los empresarios, pero también entre los asalariados) reacia a los cambios en determinadas materias (como la contratación temporal)².

En segundo lugar, la creciente digitalización del mercado laboral, que se estaba viviendo ya antes de la pandemia COVID-19, se ha acelerado aún más debido a la irrupción en nuestras vidas del virus SARS-2. Si hace cinco años solo el 20,1 por ciento de las empresas realizaba ventas por comercio electrónico, en la actualidad suman un tercio del total. Actualmente, en torno al 30 por ciento de las empresas compra algún servicio de *cloud computing*, cuando hace cinco años lo hacía menos del 20 por ciento (Ruesga y Pérez, 2021:243). Y si hace un lustro solo había un 6,5 por ciento de las personas ocupadas que teletrabaja en algún momento de la semana, en el último trimestre de 2021 casi el 14 por ciento de las y los trabajadores habrían realizado su trabajo desde su hogar, con la modalidad de teletrabajo³.

A ello se podría añadir la expansión de las denominadas plataformas digitales. Según estimaciones de la encuesta COLLEM⁴, alrededor de un 10 por ciento de la población activa en la Unión Europea ha trabajado alguna vez en una de ellas. La irrupción de estas plataformas, que permiten fragmentar las tareas de cada trabajo, ha roto con las tradicionales formas de relación laboral establecidas entre trabajadores y empleadores, que con frecuencia se concretaba en un espacio o entorno determinado, como era la empresa o el establecimiento. Ahora el lugar de trabajo puede ser el propio hogar o incluso las bicicletas o patinetes que los repartidores de las plataformas utilizan para transportar pedidos. Y la relación de trabajo pasa de la clásica de asalariado a fórmulas diversas de “falso trabajo autónomo”, en el terreno de lo que eufemísticamente la Organización Internacional del Trabajo (OIT) viene denominando como “formas atípicas de empleo”.

Estas “formas atípicas” se van abriendo hueco en los mercados laborales actuales, buscando los intersticios de las regulaciones existentes y presionando para su modificación en sentido flexibilizador y/o desregulador (OIT, 2016).

La evolución reciente del mercado de trabajo muestra los profundos cambios que se están produciendo en el mismo y que se manifiestan en la proliferación de dichas formas atípicas de empleo. Las relaciones laborales se alejan de lo que, hasta hace unos años,

² En este sentido, Toharia (Dir., 2005) señala que la perpetuación de la contratación temporal en España, en cifras muy por encima de los estándares europeos, está más relacionada con esa cultura empresarial anclada en la temporalidad que con la propia estructura productiva del país, abundante en sectores de alta estacionalidad en el empleo y, por este lado, muy demandante, *a priori*, de trabajo temporal.

³ No obstante, el fuerte crecimiento que ha experimentado este fenómeno del teletrabajo en los primeros meses de la pandemia, durante el subsiguiente confinamiento generalizado, ha tendido a moderarse, e incluso reducirse, al compás de la desaparición paulatina de la normativa sobre limitaciones a la movilidad de las personas. El teletrabajo ha sido regulado con mayor intensidad y precisión de lo existente hasta la fecha, en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia.

⁴ La encuesta COLLEN fue realizada en 14 países de la UE por el *Joint Research Centre* de la Comisión Europea, en el año 2018. Véase: Pesole, Urzi Brancati, Fernández Macías, Biagi y González Vázquez, (2018) y Urzi Brancati, Pesole y Fernández-Macías (2020).

se consideraba el estándar. Entre las formas atípicas de empleo se suelen considerar el empleo temporal, el empleo a tiempo parcial, la cesión de trabajo, por medio de agencias o terceros, el empleo por cuenta propia económicamente dependiente, el trabajo a domicilio o el teletrabajo, el empleo en plataformas digitales y otras variedades de prestación laboral inestable y de muy baja cualificación.

Y, junto a ello, persisten aún una buena parte de los desajustes históricos del mercado de trabajo español, como pueden ser las elevadas tasas de desempleo, en general, en contraste con las cifras habituales en los países europeos, o la de los más jóvenes, así como la larga duración de los periodos de desempleo, sobre todo en la población activa de más edad o el *mismatch* ocupacional, entre otros.

Posiblemente, en este escenario se hace necesario, sin duda, replantear la estructura de las instituciones que ordenan y regulan un mercado de trabajo cambiante de forma acelerada. Puede que buena parte de sus principios básicos históricos sigan vigentes (protección al trabajador, la parte más débil de la relación laboral, eficiencia en el ajuste macro y microeconómico del mercado laboral, etc.) pero la rápida transformación de los sistemas productivos, con preeminencia creciente para la innovación, la digitalización y el factor conocimiento, demandan nuevas herramientas o una reformulación de las existentes.

En su momento, la opción adoptada por la Comisión Europea y los gobiernos de los países miembros para recuperar la senda del crecimiento tras la Gran Recesión⁵ fue a través de reformas laborales implementadas a nivel nacional, tendentes a flexibilizar el trabajo. Esto ha tenido un efecto menor sobre la creación de empleo y mayor sobre la calidad de las condiciones laborales, de manera que ha predominado la expansión de nuevas formas de trabajo, de peor calidad y con remuneraciones más bajas, redundando en la precarización de las condiciones laborales, el aumento de los empleos atípicos, la devaluación salarial y, especialmente, la pérdida del papel regulador y eficiente de las instituciones del mercado laboral (Viñas, 2020). No cabe duda de que es el momento de abordar reformas en profundidad, que busquen nuevas orientaciones para la regulación efectiva de las relaciones laborales en la era de la digitalización.

Y, en este contexto, la reforma laboral más reciente, de principios de 2022, apunta otras señales, en parte en una dirección que contrasta con lo realizado con anterioridad. A ello vamos a continuación.

3. Una historia de reformas laborales sin final

Circunscribiéndonos al caso español, el proceso de reforma institucional llevado a cabo en el mercado laboral comenzó ya con los Pactos de la Moncloa, en 1977, y continúa hasta la fecha, con numerosas reformas del Estatuto de los Trabajadores, así como con la firma de diferentes acuerdos entre los agentes sociales⁶. Existen diferencias, a veces sustanciales, en la orientación de las reformas habidas a lo largo de dicho periodo tem-

⁵ Denominación con la que suele conocer la crisis de 2008-2013.

⁶ Véase a este respecto Heredero de Pablos y Ruesga Benito (2019).

poral. Por ejemplo, con el Estatuto de los Trabajadores se trataba de construir un modelo democrático de relaciones laborales, lo que culminaría con un paquete de normas orgánicas singulares. Con las reformas iniciadas poco después de la promulgación de dicho Estatuto se abre un proceso de flexibilización y desregulación de las relaciones laborales que mantiene como objetivo central el logro del mayor número de personas empleadas posible, dejando en un plano secundario la calidad del empleo generado. El punto de arranque es la reforma implementada en 1984 (Tabla 1), a partir de la cual se produce una fuerte expansión de la temporalidad en el mercado de trabajo español, que transita desde cifras inferiores al 15 por ciento del total de asalariados a finales de los años ochenta del pasado siglo, hasta más del 35 por ciento en su momento más álgido, en 2006, momento en el que la reforma llevada a cabo ese año contribuirá a voltear la curva de dicho índice de temporalidad hacia niveles en torno al 25 por ciento, cifra que se ha ido estabilizando hasta los años más recientes (véase figura 1).

Siguiendo tal tendencia, con anterioridad a las reformas más actuales de 2009, 2010, 2012, 2022, los cambios normativos habían ido flexibilizado claramente (desregulando) el panorama del mercado laboral español, tendiendo a primar la flexibilidad en el inicio de las relaciones laborales, a través del impulso, en diversos momentos, de la temporalidad y del abaratamiento de la indemnización por despido. En contraste, en los últimos episodios de reforma, el acento se ha puesto en la flexibilidad de las relaciones laborales internas en la empresa y en las externas, en particular, en lo relativo al coste del despido en sus diversas variantes, así como en la flexibilidad salarial.

En este sentido, conviene recordar como los diagnósticos previos a cualesquiera de las reformas aludidas solían hacer hincapié en la responsabilidad de la denominada “rigidez salarial”, como el principal causante, a tenor de las interpretaciones ortodoxas, del desequilibrio en el mercado de trabajo⁷ (Ortega y Peñalosa; 2012 y Wöfl y Mora-Sanguinetti; 2012). Desde este punto de vista, por ejemplo, la negociación colectiva, como institución que regula las condiciones laborales, y sus efectos sobre la determinación salarial en la economía⁸, al afectar en España a aproximadamente el 80 por ciento de los asalariados, ha sido objeto central para las reformas más actuales y ha polarizado, en buena medida, el objetivo de estas durante la Gran Recesión.

En este largo proceso de reformas han jugado un papel fundamental la concertación y el diálogo social, cuestión que desaparece en el episodio de 2012. Así pues, esta reforma rompe con el principio implícito en nuestro sistema de relaciones de trabajo de

⁷ A partir del año 2000, con la integración de España en la Unión Económica y Monetaria, que ha restringido el uso de los instrumentos monetarios en los procesos de ajuste macroeconómicos, se otorga a las políticas de oferta un papel fundamental para incrementar la capacidad competitiva y adecuar la economía a los ciclos (Bentolila, Dolado y Jimeno; 2012). En este sentido la implementación de la flexibilidad interna y de la flexibilidad salarial ha centrado el objetivo principal de las tres reformas laborales llevadas a cabo, dos por el ejecutivo socialista y una, de carácter más integral, por los conservadores, durante el período de la Gran Recesión.

⁸ Cambios derivados en la productividad laboral –que en recesión pueden ser consecuencia de una caída en la demanda del producto– deben estar acompañados de un ajuste equivalente en los costes laborales (salario real), para evitar que el ajuste se produzca vía empleo, lo que daría lugar a una mayor inestabilidad en la ocupación (Cahuc y Zybelberg; 2004).

mantenimiento de un cierto equilibrio entre el poder negociador de ambas partes de la relación laboral, en un contexto de tradición pactista, de diálogo y de acuerdos (Pérez Ortiz, Fernández Rodríguez, Ibáñez Rojo, Ferrer Saís, Alonso Benito, y Ruesga Benito, 2018).

En la crisis económica española del período 2008-2013 se podría haber ido más allá de una mera adaptación a una coyuntura económica adversa, considerando que la flexibilidad interna tendría una cabida más justificada como política a implementar para mejorar el ajuste de la oferta y demanda en el mercado laboral, teniendo en cuenta el legislador en su forma de actuar el carácter estructural de la recesión. Desde el comienzo de la crisis, los sectores más afectados han sido aquellos caracterizados por ocupar mano de obra de media-baja cualificación que poseen una menor movilidad hacia otros sectores y que requieran de habilidades y contenidos formativos diferentes, algo que dificulta su empleabilidad y potencia el paro de larga duración y, con ello, el ascenso del paro estructural (Ruesga, Viñas y Pérez Trujillo, 2014 y ECB; 2012).

Acerca de la finalidad de tales reformas, en particular la del 2012, hemos sintetizado en otro lugar que “a partir de este marco teórico (ortodoxo o neoclásico), bien que dotado de un fuerte contenido ideológico, la reforma pretende actuar del modo siguiente:

- a) Potenciar la flexibilidad externa de las empresas a través, principalmente, de los mecanismos de salida del empleo (contratos temporales y despidos);
- b) aumentar la flexibilidad interna de las empresas, permitiendo una mayor adaptación de las condiciones de trabajo, como la jornada laboral, a los cambios en la situación económica de las empresas;
- c) reforzar la flexibilidad salarial, sobre todo de los salarios reales, en función de los cambios que se produzcan en la situación del conjunto de la economía o de las empresas;
- d) disminuir la “generosidad” del sistema de prestaciones por desempleo, limitando las condiciones de acceso y de mantenimiento de esas prestaciones;
- e) favorecer los ajustes cuantitativos y cualitativos entre la oferta y la demanda de trabajo a través de una mayor participación de los servicios privados de empleo y del incremento de la movilidad geográfica y funcional de los trabajadores” (Pérez Infante, Ruesga y Valdés Dal-Ré, 2013);
- f) y, en suma, impulsar la dinámica de devaluación salarial, que polariza el ajuste de rentas a la pérdida de riqueza derivada de la Gran Recesión.

Claro ejemplo de ello ha sido la intención de alterar el ámbito de negociación predominante en la negociación colectiva (el sectorial) al favorecer un proceso de descentralización que potenciara “la prevalencia de los convenios colectivos a nivel de empresa” (ECB; 2012: 56)⁹, donde se confirma que las novedades más reseñables “se encuentran

⁹ Objetivo ya expuesto, por ejemplo, en la disposición argumental del Real Decreto-ley 3/2012, haciendo referencia explícita al interés de la reforma en “garantizar dicha descentralización convencional en aras a facilitar una negociación de las condiciones laborales en el nivel más cercano y adecuado a la realidad de las empresas y de sus trabajadores” (BOE 36/2012).

en la adaptación de la regulación a las nuevas realidades empresariales susceptibles de negociar convenios colectivos, como son los grupos de empresas o las denominadas empresas en red surgidas en el marco de procesos de descentralización productiva” (Ibidem).

La reforma de 2011 y posteriormente, la de 2012, en mayor profundidad, han establecido la atribución de poderes unilaterales al empleador para que gestione él mismo los elementos de flexibilidad interna necesarios, evitando el cauce de la negociación con los representantes laborales (Cruz; 2012 y Malo; 2012). Sin embargo, la mayor disposición de poder por parte de la empresa para el establecimiento de la flexibilidad interna ha venido acompañado por un abaratamiento de los costes de despido, potenciando la flexibilidad externa (Bentolila; 2012), algo que, en un contexto de recesión y adversas expectativas empresariales, tiende a desequilibrar la balanza a favor del despido.

La continua insistencia en la reducción de los costes de despido en las reformas habidas no deja de significar una confusión profunda entre el papel de estas indemnizaciones y la casi ausencia de costes de entrada a la actividad laboral, en sectores de singular entidad de la economía española. Lo que ocurre, en el caso español, es que al no ser significativos estos últimos, en la mayoría de los sectores en los que los sucesivos “crack de empleo” se han concentrado –por contar, entre otras razones, con una estructura del empleo de baja o muy baja cualificación– se acude con asiduidad y reiteración a la reducción de los costes de renovación utilizando contratos temporales^{10 / 11}.

Bajo estas premisas, la reforma puesta en marcha en el año 2012, por el gobierno presidido por Mariano Rajoy, se viene considerando como la más intensa y también extensa, desde la promulgación del Estatuto de los Trabajadores allá por el año 1978, 34 años antes.

Tal reforma tenía una intencionalidad flexibilizadora, en todos los ámbitos de la relación laboral, que iba mucho más allá, en esta dirección, que anteriores cambios reguladores llevados a cabo por gobiernos previos. Sobre los cambios introducidos en esta reforma, modificándolos, pivota la actual, implementada a través de un acuerdo entre los interlocutores sociales en diciembre de 2021. No olvidemos que el mensaje que ini-

¹⁰ Esto explica, por ejemplo, que, en mercados laborales como el alemán, a diferencia del español, ante la presencia de *costes de entrada* (formación específica para adaptarse a un empleo cualificado, básicamente) significativos, la opción de las empresas, las industriales de forma destacada, transiten más por la reducción de la jornada, la suspensión temporal de contratos o el recurso al empleo a tiempo parcial que por el recorte definitivo de la plantilla. Esta última opción encarecería notablemente la nueva contratación en la fase de recuperación económica. En el caso español, en algunos sectores productivos, como la construcción o los servicios tradicionales, los *costes de entrada* son muy reducidos o casi inexistentes, por lo que el empresario ante la recesión opta por la finalización del contrato y, eventualmente, por volver a contratar, en el supuesto de recuperación de la demanda. Los costes se minimizan de este modo en un tejido productivo idiosincráticamente abundante en empleos de baja o muy baja cualificación. Y así, la presión empresarial insiste una y otra vez en la reducción del coste del despido, manifestando su preferencia por esta vía de ajuste frente a la crisis (Ruesga, 2016).

¹¹ Es importante a este respecto observar la paulatina desaparición de los salarios de tramitación en sucesivas reformas: por ejemplo, la incluida en la Ley 45/2002, de 12 de diciembre (Malo Ocaña y Toharia Cortés, 2008) y la de 2012, ya referenciada. Lo que ha supuesto una reducción significativa del coste del despido en todos los tipos jurídicamente establecidos. Véase a este respecto <https://www.cuestioneslaborales.es/los-salarios-de-tramitacion/>.

cialmente acompañaba a esta reforma era el de “derogar la reforma de 2012”. Cosa que obviamente no se ha hecho; tan solo se ha afectado a algunos aspectos de esta, modificándose algunas de las novedades que aquella introdujo –con cambios legislativos posteriores que desarrollaban la filosofía política de la misma–, así como otros aspectos del Estatuto de los Trabajadores.

A sensu contrario, son varios los contenidos de la reforma de 2012 que se mantienen vigentes en los mismos términos que ésta los materializó. Conviene destacar aquellos que hacen referencia a prerrogativas empresariales, que vienen siendo básicas en un modo de gestión de los negocios que enfatiza la moderación salarial como objetivo prioritario. Se trata, por ejemplo, de la regulación del descuelgue empresarial de lo pactado en los convenios (de todo ámbito) o la aplicación del principio de “modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, ante determinadas circunstancias económicas, tecnológicas o de producción, de la empresa, que se mantienen vigentes en el Estatuto de los Trabajadores modificado en 2012. Puede que la ausencia de modificaciones en torno a estos mecanismos facilitara la presencia de las organizaciones empresariales en el Acuerdo que sirvió de preámbulo a esta reforma de 2022.

4. La reforma laboral de 2022

4.1. Los contenidos esenciales de la reforma

Podríamos tipificar los contenidos de la reforma laboral promulgada en 2022, a efectos de su análisis económico en tres escenarios concretos. Los relativos a la *flexibilidad externa* en la relación laboral, los que conciernen a la *flexibilidad interna* y los que afectan a la *flexibilidad salarial*, entendiendo que los que incorporan normas relacionadas con la formación de la mano de obra se pueden situar en los dos primeros planos. Esta tipología se refleja en la tabla 2.

Los contenidos de esta reforma responden, esencialmente, aunque no en su totalidad, y en dirección contraria, a los que introdujo en su día la reforma de 2012. No obstante, varios contenidos de singular interés para la configuración de la flexibilidad externa y salarial (como son los aspectos relativos al coste del despido o a la posibilidad de desvincularse de los aumentos salariales pactados o incluso de los vigentes) no se han alterado. Lo que, sin duda, ha supuesto desafecciones políticas en las filas del gobierno de coalición al no cumplir en su literalidad el compromiso electoral adquirido de “derogar la reforma laboral de Rajoy”.

El proceso de flexibilización en las relaciones laborales fue avanzando a lo largo de estas cuatro últimas décadas con diferente intensidad, según las actuaciones de la política laboral y las políticas activas de empleo¹². La tendencia, en general, desde la primera

¹² Para una perspectiva de largo plazo sobre la dinámica de rigidez/flexibilidad en las relaciones laborales en España, véase Gálvez Muñoz y Rodríguez Modroño (2006).

Flexibilidad externa	Modificación contratación temporal		El contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido. Supresión contrato por obra.
			Contrato de duración determinada: por circunstancias de la producción o por sustitución (máximo 1 año). Penalización para contratos de menos de 30 días.
	Contrato fijo discontinuo		Fomento de esta modalidad de contratación para trabajos de temporada. Nueva redacción.
	Subcontratación		Contratas y subcontratas cumplirán con el convenio del sector de actividad que desarrollan.
	Sanciones		Endurecimiento de sanciones por incumplimiento grave asociados a contratación temporal.
	Formación		Contrato formativo en alternancia.
			Contrato formativo en prácticas.
			Futura redacción de Estatuto del becario.
Flexibilidad interna	ERTE (Expediente de Regulación Temporal de Empleo)	Cíclico (fuerza mayor)	Suspensión empleo o reducción de jornada. Hasta un año con exoneraciones SS empresa. Cobro subsidio desempleo.
		Sectorial (causas económicas, tecnológicas o productivas -ETOP-)	Suspensión empleo o reducción de jornada. Hasta dos años con exoneraciones SS empresa. Cobro subsidio desempleo.
		Mecanismo red	Mecanismo financiero para la flexibilidad y estabilización del empleo.
Flexibilidad salarial	Convenios colectivos	Ultraactividad	Retorno a la vigencia de la ultraactividad indefinida.
		Prevalencia convenio sector	Para salarios y complementos salariales prevalece el convenio de sector.

Tabla 2. **Sinopsis de los contenidos de la reforma laboral de 2022.**

Fuente Elaboración propia sobre texto R.D.L. 32/21.

reforma del Estatuto de los Trabajadores, como se ha señalado más arriba, apunta hacia un ascenso creciente en la flexibilidad, centrada especialmente en la flexibilidad externa (contratación y despido) y, no obstante, con episodios señalados en los otros ámbitos de la flexibilidad (interna y salarial).

Es a partir de la reforma de 2006, que introduce incentivos destacados para la conversión de contratos temporales en indefinidos, cuando la temporalidad experimenta un descenso importante que, no obstante, se frenará en el inicio de la Gran Recesión.

Lo destacable de la reforma de 2022 es que apunta en dirección contraria a estas tendencias previas, poniendo el énfasis, por un lado, en la flexibilidad interna, a la búsqueda de reducir los efectos negativos que sobre el empleo se vienen produciendo periódicamente al albur de los diferentes ciclos contractivos de la economía española. Y, por otro, revertiendo parte de lo aplicado en la reforma de 2012 e introduciendo algunos cambios que afectan a la flexibilidad salarial, en materia de negociación colectiva¹³.

¹³ Para un análisis del contexto de crisis, por la pandemia COVID-19, en el que se construye la reforma laboral de 2022, con el Acuerdo Social que la soporta, véase Ruesga Benito (2020).

4.2. Flexibilidad laboral externa

4.2.1. Contratación temporal

Desde mediados de los noventa viene siendo una constante atribuir parte de los “males” del mercado de trabajo español a la excesiva temporalidad en la contratación, que arrancó con fuerza tras la reforma de 1984, alcanzando su punto álgido, por encima del 35 por ciento del total de la ocupación, hacia 1996.

A partir de esta fecha, se registra un descenso paulatino en la temporalidad. Más adelante dicho descenso se acelera por efecto de la aplicación de los incentivos introducidos en la reforma de 2006, así como también de la reforma de 2002, que afectaba al coste efectivo del despido, que se alarga hasta los inicios de la Gran Recesión. Y a partir de esta crisis, la contratación temporal tiende a estabilizarse en términos relativos, situando la cifra de asalariados con este tipo de contrato sobre el total en torno al 25 por ciento (figura 1).

A este respecto y mirando al futuro es importante constatar como a partir de la reforma de 2012 la temporalidad en el sector público experimenta un ascenso significativo, de modo tal que superará la registrada en el sector privado a partir del primer trimestre del año 2019. En la perspectiva de alcanzar una reducción adicional de la tasa de temporalidad, tal como se plantea la reforma, en los años futuros puede ser más relevante que las modificaciones introducidas por dicha reforma en las figuras de contratación temporal, lo establecido por la Ley 20/2021 con el fin de disminuir la contratación temporal en el ámbito de las administraciones públicas. No obstante, también las medidas incorporadas a la reforma en análisis pueden actuar en esa dirección,

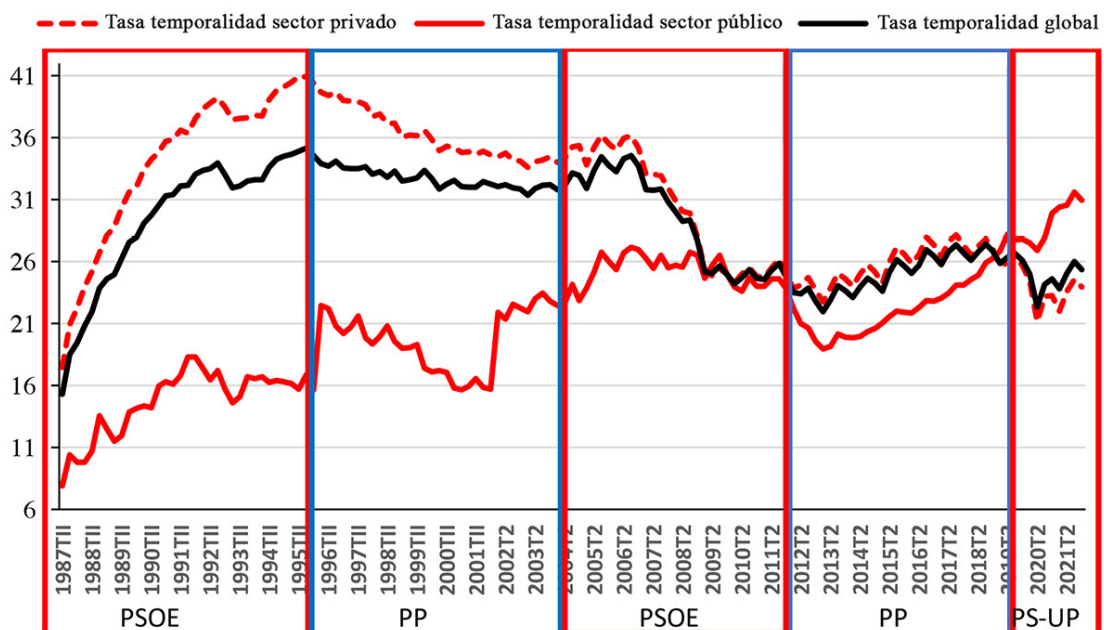


Figura 1. Evolución de la tasa de temporalidad (% asalariados con contrato temporal /total), total, sector privado y público, según ciclos políticos en España.

Fuente: Elaboración propia con datos EPA (INE).

particularmente en algunos de los sectores donde la temporalidad venía mostrando mayor intensidad (caso, por ejemplo, de la construcción) a causa de la desaparición del contrato por obra o servicio.

En relación con los ciclos políticos experimentados en España en el periodo democrático, no se observan grandes diferencias, en la evolución de la temporalidad, según el perfil ideológico de los gobiernos de turno. El ascenso de la temporalidad se produce con un gobierno socialista, en los años ochenta del pasado siglo y se frena paulatinamente durante las dos legislaturas del gobierno popular a finales de los noventa y comienzo del siguiente siglo. En el segundo ciclo de gobierno del PSOE se registra un ascenso inicial en la temporalidad para después, tras la reforma de 2006, experimentar un descenso importante, que se consolida en el ciclo de gobierno del PP, aunque con ligera tendencia al alza, particularmente reflejado en el sector público. Y, como se ha señalado, en el último ciclo político, hasta la fecha, con un gobierno de coalición de izquierdas, se mantiene la tendencia de la temporalidad al alza en el sector público, en un contexto de reducción en el sector privado. No parece que, salvo con la reforma del 2006, el color político de los gobiernos haya alterado sustancialmente las tendencias de la temporalidad en el panorama laboral español.

4.2.2. Despidos

Otro aspecto significativo que afecta a la flexibilidad externa hace referencia a la normativa que regula los despidos. En sucesivas reformas se ha ido abaratando el coste del despido, en sus diversas formulaciones¹⁴. Lo que es indicativo de la búsqueda de ajustes vía costes, como prioridad permanente, al menos en la perspectiva empresarial.

Resulta cuando menos sorprendente que se siga enfatizando en la necesidad de reducir el coste del despido como vía de mejorar la dinámica de creación de empleo en el mercado de trabajo español, a tenor de las cifras del coste del mismo y de su evolución más reciente. Con los datos más actuales del Ministerio de Trabajo y Economía Social, en el año 2018 (figura 2), la cuantía media de indemnización por despido ascendía a 9.300 euros, equivalentes a unos 5,5 meses de salario medio, con una distribución muy asimétrica por sectores, tipos de contrato y otras características del asalariado¹⁵.

¹⁴ “En este sentido es inevitable referirse a la reforma laboral de 2010 impulsada por el Gobierno socialista de José Luis Rodríguez Zapatero: en aquella reforma se abarató el despido de forma muy significativa al reducir la indemnización por despido improcedente a 33 días de salario y a 20 días, con un máximo de 12 mensualidades, si la empresa alega causas económicas para el despido.

Y si la reforma de 2010 abarató el despido, la de 2012, aprobada por el Gobierno de Mariano Rajoy, no sólo lo abarató aún más, sino que además lo facilitó. /.../. Además de reducirse las indemnizaciones por despido improcedente tanto para los contratos ya existentes como para las nuevas contrataciones” (Maldonado, 2021). Véase también lo señalado a este respecto en la nota a pie de página 11 de este texto.

¹⁵ Un breve análisis actualizado sobre el coste del despido se puede ver en Martín (2021).

Y, a pesar de estas cifras de indemnización en descenso, no parece que se siga recurriendo en mayores proporciones al despido, frente al recurso a la contratación temporal, como mecanismo de flexibilidad externa. Si en los primeros años del siglo XXI (2001-2006) la proporción de despidos anuales sobre el número de asalariados del sector privado se situaba entre el 5 y el 6 por ciento, según las estimaciones de Malo Ocaña y Toharia Cortes (2008:76) en el último lustro esta ratio se habría reducido a cifras por debajo del 4 por ciento¹⁶.

La reforma de 2022 no entra en esta temática, dejando por tanto la situación tal como se reguló tras la reforma de 2012, que a su vez asumió los cambios de las modificaciones legislativas anteriores.

4.2.3. Rotación de las plantillas

Es importante señalar aquí, que lo que puede ocurrir tras las restricciones introducidas sobre la temporalidad, como la supresión del contrato por obra o servicio, es la aparición de efectos desplazamiento –al igual que en otros aspectos de la reforma– hacia los contratos fijos discontinuos, cuestión, aparentemente incluida en los objetivos reformistas. Si ello es así, se estaría produciendo una aparente mayor estabilidad en el empleo, pero con niveles similares de precariedad, dado que dicho contrato no añade sustancialmente mejoras en la calidad del empleo. Incluso, ese efecto desplazamiento se podría producir también hacia un mayor recurso al despido en los indefinidos de corta duración y para empleos de baja cualificación.

Y es que, en última instancia, la forma más adecuada de observar el avance en la flexibilidad externa de las plantillas, de un modo global, se obtiene atendiendo a la rotación a la que estas están sometidas a lo largo de un periodo de tiempo. Bajo esta premisa lo significativo, en el empleo asalariado, no sería solo la importancia relativa de los contratos temporales cómo las entradas y salidas al empleo que registran los trabajadores en un periodo determinado. Este dato nos ofrece una idea más precisa de la movilidad de los asalariados en el mercado laboral. Según datos de la Tesorería de la Seguridad So-

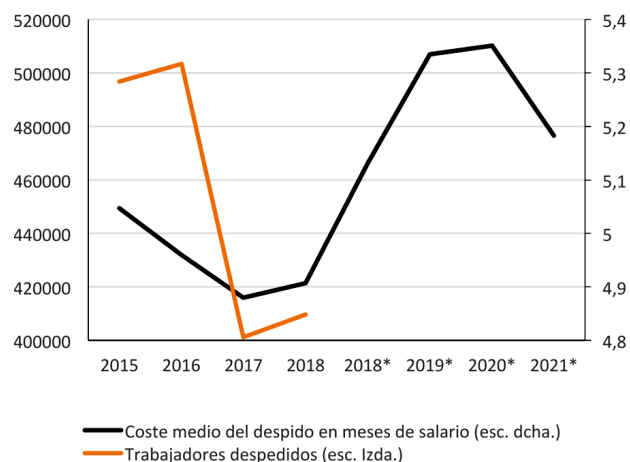


Figura 2. **Trabajadores despedidos (esc. izda.). Coste medio del despido en meses de salario (esc. dcha.).**

* Estimados a partir de las cifras de altas en subsidio de desempleo según origen.

Fuente: Elaboración propia con datos MTES.

¹⁶ Estimaciones propias. Los despidos están estimados sobre los datos de altas en el subsidio de desempleo, según causa de la prestación, que ofrece el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE).

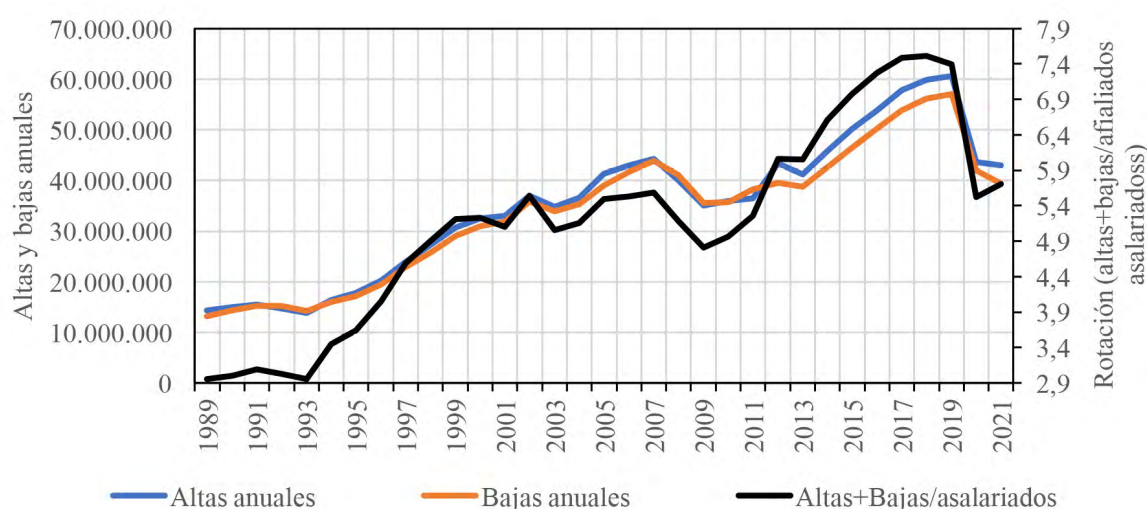


Figura 3. **Rotación del empleo. Altas y bajas de afiliación en la Seguridad Social. Altas+bajas/afiliados medios.**
Fuente: Elaboración propia sobre datos MTES.

cial correspondería a cada asalariado, en media, siete movimientos anuales (altas y bajas en las empresas) en el momento inmediatamente anterior a la pandemia (año 2019), mostrando este indicador un proceso ascendente desde que contamos con información estadística al respecto (1989, figura 3).

En este sentido, a tenor de la evolución en la rotación del empleo que muestra la figura 3, se puede observar un notable ascenso de la movilidad de la mano de obra asalariada en las últimas tres décadas, en las cuales el indicador utilizado se multiplica por más de dos. Este aumento de la rotación de la mano de obra se apoya no solo, en la dinámica de la temporalidad, sino también en la reducción de la duración de los contratos por tiempo indefinido, reflejado también en la cuantía monetaria de los despidos. La inestabilidad en el empleo, característica, en parte, del deterioro de la calidad de este, no se ancla ya, solamente, en los contratos temporales y, o a tiempo parcial (contratos no deseados) sino que también se ensancha hacia el ámbito de la contratación indefinida. Un dato para retener para futuras reformas laborales en busca de unas mejores condiciones de trabajo.

Y adicionalmente, habría que sumar a esta transformación del mercado laboral, que abunda en la inestabilidad en el empleo de los asalariados, el aumento intenso de la salarización en dicho mercado, habiendo transitado desde un 70 por ciento (asalariados sobre total de ocupados) hasta un 81 por ciento en el momento actual.

4.3. Contratos formativos

La primera cuestión a considerar es la escasa incidencia de esta modalidad de contratación en el tejido laboral español. La suma de los contratos en prácticas y para la formación desde su regulación inicial siempre se han situado por debajo del uno por ciento del total de la contratación realizada.

En este contexto y, en segundo lugar, es preciso señalar que la nueva regulación incorporada en la reforma de 2022 es algo más restrictiva en cuanto al uso de estas formas de contratación, desde el punto de vista de los periodos de prestación y requisitos para la parte empresarial –con el fin, se sobreentiende, de minimizar situaciones abusivas que en el pasado parecen haber abundado–, por lo que no parece que vayan a incidir de modo sustancial en el volumen de contratación canalizado a través de estas modalidades. Probablemente, se requerirán medidas adicionales por parte de las políticas activas, que hagan más atractivos a los ojos de los agentes responsables de la contratación, estos modos de inserción de los jóvenes en el mercado laboral. Hay que pensar, de modo singular, en dotar de medios efectivos al tejido de las pequeñas empresas para que puedan acceder a la contratación a través de estas modalidades (dotación de formadores, convenios entre PYMEs y entidades formativas, etc.).

4.4. Flexibilidad laboral interna

4.4.1. Flexibilidad en la jornada y contratación a tiempo parcial

Salvo en lo que se refiere a los ERTes la reforma de 2022 no introduce modificaciones significativas sobre la legislación precedente contemplada en el Estatuto de los Trabajadores.

Una primera cuestión por considerar es la relativa a la contratación a tiempo parcial, que también añade flexibilidad ascendente, en el orden de la flexibilidad laboral interna de las empresas. A partir de principios de este siglo se observa un ascenso creciente de la importancia relativa de las horas totales trabajadas a la semana por los ocupados a tiempo parcial, al menos hasta finalizar este periodo depresivo. Desde estas fechas (2015) tal cociente no se ha movido de forma sustancial. De tal modo que esta cifra se ha multiplicado casi por cuatro desde mediados de los años ochenta del pasado siglo hasta el presente (figura 4).

La misma tendencia se observa al analizar la evolución del número de ocupados a tiempo parcial, que experimenta un ascenso importante desde primeros de esta centuria. En este caso, es el sector privado quien eleva las cifras de este modo de prestación laboral, en tanto que el sector público no supera el 10 por ciento de empleados a tiempo parcial sobre el total de su fuerza laboral (figura 5).

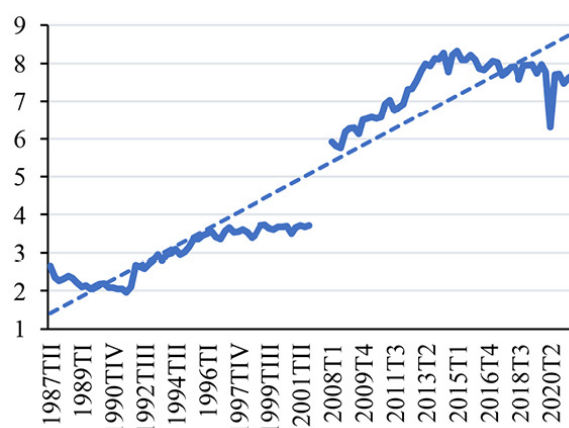


Figura 4. **Porcentaje de horas semanales trabajadas por ocupados a tiempo parcial/total horas semanales trabajadas.**

Fuente: Elaboración propia sobre datos EPA (INE).

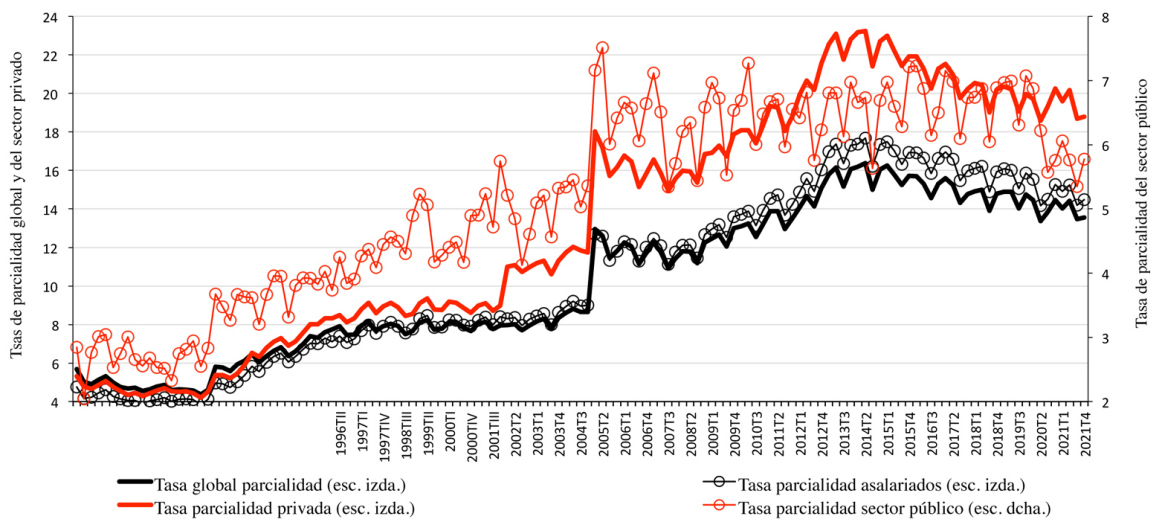


Figura 5. Evolución de la tasa de parcialidad (ocupados a tiempo parcial/total ocupados, %) para el total de los ocupados, el total de los asalariados, el sector privado y el sector público.

Fuente: Elaboración propia sobre datos EPA (INE).

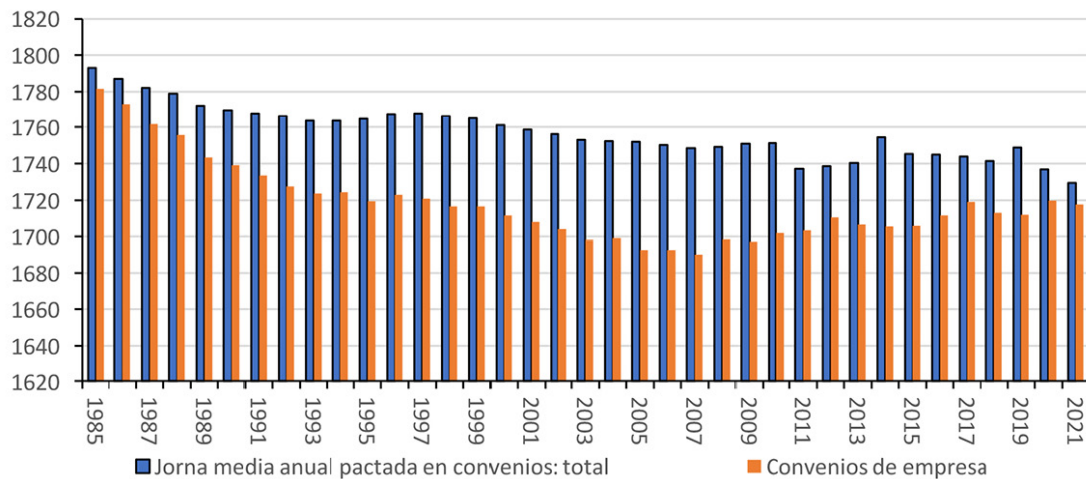


Figura 6. Jornada anual pactada en el total de convenios y en los convenios de empresa (horas año).

Fuente: Elaboración propia sobre datos MTES.

Parece, por tanto, que el sector privado está recurriendo con mayor asiduidad a esta fórmula de contratación, observándose un cierto *trade off*, desde la última década del pasado siglo, entre temporalidad y parcialidad en la ocupación. Lo que, desde el lado de la oferta de trabajo se corresponde con un ascenso creciente de la proporción de ellos que desea trabajar más horas. Mostrando este dato que el avance de esta forma de flexibilidad se hace a instancias e impulso de la parte empresarial (flexibilidad interna), con poca o nada connivencia por la parte asalariada (para conciliación de la vida laboral con la familiar o privada, por ejemplo).

Lo señalado hasta aquí, es concordante con la evolución de la jornada semanal pactada en los convenios colectivos (figura 6). Si bien la tendencia de esta es descendente desde mediados de la década de los ochenta del pasado siglo (en torno a un 4 por ciento en todo el periodo considerado), dicho valor ha experimentado una tendencia diferenciada en los

convenios suscritos en el ámbito de empresa. Tras un descenso de la jornada pactada más acusado en este tipo de convenios, hasta el inicio de la Gran Recesión de 2008-9, con posterioridad se inicia un proceso creciente, que puede corroborar lo dicho en el párrafo anterior sobre el deseo de una parte creciente de los ocupados de aumentar su jornada laboral.

Téngase en cuenta también, a este respecto que la determinación de la jornada esta sujeta también a la prevalencia del convenio de empresa, estando vigente lo legislado en 2012 a este respecto, puesto que la reforma de 2022 no modifica la norma anterior en esta materia.

En la reforma de 2022, no se incorpora ninguna modificación normativa en la regulación del contrato a tiempo parcial que pudiera incidir, en una u otra dirección en su peso relativo en la oferta de trabajo.

Otro aspecto que considerar en torno a la jornada como elemento de flexibilidad interna, hace referencia a la utilización de jornadas “irregulares”. Es decir, la mayor o menor proliferación del trabajo en fines de semana, en turnos de 24 horas, u otras formas de prestación laboral consideradas no “regulares” o no habituales. Como se refleja en la figura 7, como botón de muestra, el trabajo en domingos ha ido creciendo significativamente en las últimas décadas. En este terreno, la reforma de 2022 no aporta nada al respecto. Podríamos, no obstante, considerar también, como forma de prestación irregular el

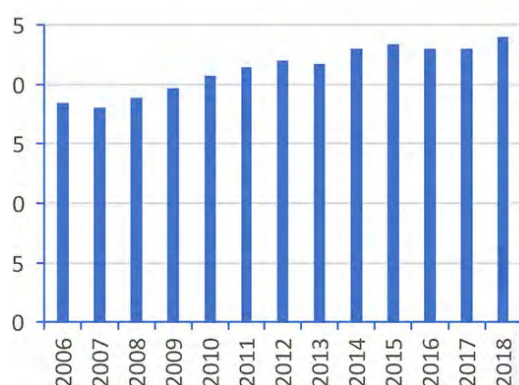


Figura 7. **Ocupados que trabajan algún domingo al mes (% sobre total ocupados).**

Fuente: Elaboración propia sobre datos MTES.

teletrabajo, sobre lo cual si bien el RDL 32/2021, arranque de la reforma, no añade nada a su regulación, en meses anteriores se promulgó la Ley 10/21, que sí incorpora un nuevo cuerpo legal para modificar y extender la normativa que afecta a esta forma de prestación laboral (véase tabla 2).

En este terreno del teletrabajo, las restricciones a la movilidad de las personas introducidas por las medidas anti-COVID-19, ha impulsado esta fórmula parti-

	Trabajó en su domicilio		
	Ocasionalmente	Más de la mitad de los días que trabajó	Total
2020T2	2,9	16,2	19,1
2020T3	4,2	10,3	14,5
2020T4	4,8	9,9	14,7
2021T1	5,4	11,2	16,6
2021T2	5,3	9,4	14,7
2021T3	4,7	8,0	12,7
2021T4	5,7	7,9	13,6

Tabla 3. **Ocupados por frecuencia con la que trabajan en su domicilio particular (% de total ocupados).**

Fuente: INE. Encuesta de condiciones de vida y trabajo.

cularmente en las empresas de servicios empresariales, de comunicación o de enseñanza. Pero, los datos más recientes apuntan a una cierta retracción del fenómeno, con un retorno a cifras más moderadas, aunque bastante por encima de lo que venía ocurriendo con anterioridad a la pandemia (tabla 3).

4.4.2. Y ERTES

Y finalmente, en este terreno, la estrella de la reforma es la modificación de la normativa sobre los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTEs), a raíz de la experiencia acumulada durante los dos años de pandemia (2020-21), en los que se aplicó una herramienta novedosa en el caso español, con el fin de contener el ascenso esperado de las tasas de desempleo, como efecto de la contracción de la movilidad de recursos y de bienes y servicios. Esto ha llevado a las autoridades laborales a pensar que la experiencia en un momento crítico puede ser trasladable a cualquier momento del ciclo económico; de ahí la nueva formulación introducida para los ERTEs. A este respecto, ya señalábamos en relación con la experiencia europea que “los resultados en términos macroeconómicos sobre el empleo en Europa muestran las fortalezas que las herramientas de suspensión y reducción del tiempo de trabajo han logrado para el mantenimiento de empleo y empresas, de familias y consumo privado. De hecho, son asimiladas por el conjunto de la UE como una necesidad económica del momento que debe sostenerse el tiempo que dure la pandemia. Existe consenso sobre el hecho de que una retirada antes de tiempo de la financiación supondría acelerar los procesos de flexibilidad externa en las empresas y sectores con mayores dificultades” (Ruesga y Viñas, 2021:104).

Bajo esta perspectiva conviene señalar que los ERTEs en España (como en la mayor parte de las versiones europeas) son instrumentos diseñados en la pre-pandemia, creados para mantener el empleo en situaciones de corta duración, y cuyo grupo objetivo son sectores o empresas con desajustes temporales de demanda. La realidad es que los ERTEs en los años 2020-21 –en cuantías notablemente distintas– han retrasado las decisiones de despido y cierre y, por tanto, han modificado las características del ajuste del empleo (figura 8). Pero si la pandemia se alarga o bien la recuperación económica se dilata en el tiempo, no podrán evitar una reestructuración laboral en aquellos sectores y

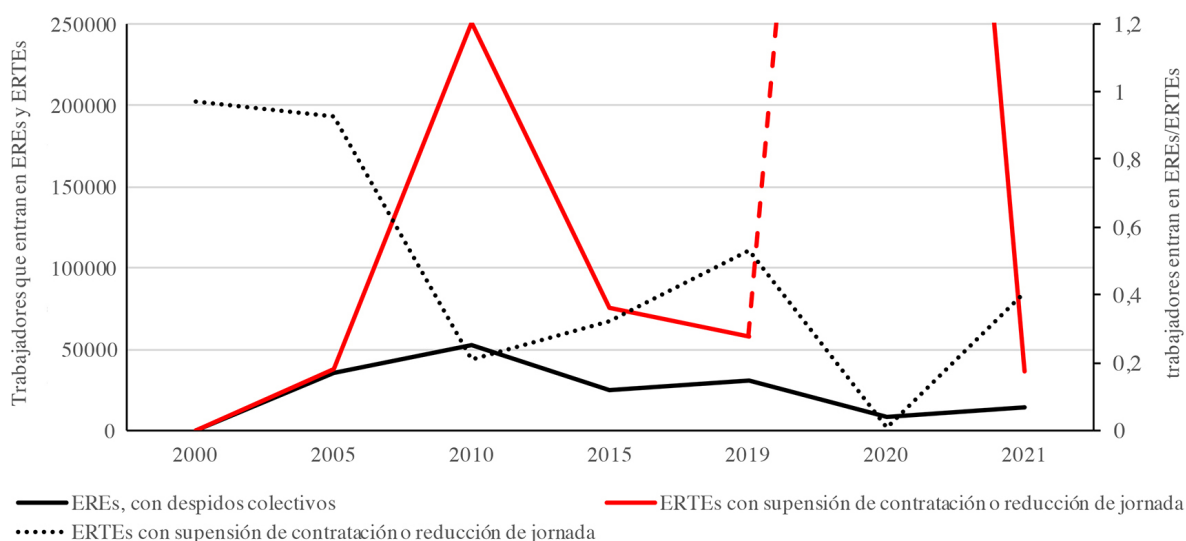


Figura 8. Trabajadores despedidos por EREs y afectados por ERTEs y relación entre ambos.

Fuente: Elaboración propia sobre datos SEPE.

empresas que, por falta de viabilidad o de solvencia, no puedan mantenerse en el mercado. La piedra de toque para su funcionamiento futuro estará también en la dotación de recursos económicos para la financiación de las ayudas a empresas y trabajadores que se contemplan. A tales efectos la ley de reforma ha creado un mecanismo de financiación “ad hoc”, pendiente de configuración.

De aquí que la nueva legislación de la reforma 2022 diferencie entre ERTes cíclicos, los que se han aplicado durante la pandemia y estructurales o sectoriales, aplicables a situaciones de crisis por causas económicas, tecnológicas o productivas (ETOP) en empresas o en sectores concretos (ver tabla 2). De este modo trata de incentivar este instrumento con el fin de acentuar el uso de la suspensión de contrato o la reducción de jornada como alternativa al despido en los procesos de reajuste empresarial y/o sectorial.

Por otro lado, se puede plantear que, con el uso de este instrumento, se podría estar acentuando una pauta de segmentación que separa a los que tienen empleo, sujetos de suspensión de contrato o reducción de jornada, y a los trabajadores en paro. Las desigualdades manifiestas por este hecho diferencial en el mercado laboral podrían agravarse, sobre todo en países como España, limitando el acceso a los parados a una nueva contratación y, como consecuencia, profundizando el problema del paro estructural y del desempleo oculto tras la inactividad involuntaria, deteriorando la posición de la mujer en el mercado laboral y dificultando aún más el acceso al empleo de los jóvenes (Ibidem).

Además, los factores intrínsecos al mercado de trabajo español que explicaban la escasa utilización de este mecanismo con anterioridad a la pandemia, en ausencia de incentivos monetarios, siguen vigentes. El valor añadido de la reforma de 2022 es estabilizar las ayudas a las empresas y a los trabajadores para incentivar su uso más recurrente, alternativa al despido. De momento, en el año 2021, con una cifra muy elevada de trabajadores en ERTE, no se incrementó la cifra de nuevos suscritos, volviendo a cifras similares, más o menos, del año 2019. Se constata así, con la experiencia registrada también en los años de la Gran Recesión, que en los momentos críticos ya se producía un desplazamiento de los EREs por los ERTes, aumentando relativamente los trabajadores que se inscribían en esta última situación contractual. Así, por ejemplo en 2010, la relación entre trabajadores afectados por EREs, respecto a los que entraban en ERTes disminuye hasta un ratio de 0,21 al igual que ocurre en 2022 cuando disminuye mucho más intensamente hasta 0,01.

En síntesis, si los incentivos monetarios se mantienen en el futuro a través del mecanismo RED, cabe esperar que la ratio entre trabajadores adscritos a EREs y a ERTes se mantenga tan bajo como en los niveles de 2021, reduciéndose más aún en los periodos de descenso del ciclo. No obstante, el mecanismo de los EREs sigue compitiendo con unos costes de despidos relativamente bajos, particularmente en las PYMEs, relacionado con una mayor rotación en sus plantillas –con mayor proporción de temporales, pero también menor duración media entre los indefinidos– y por menores costes de entrada para los trabajadores menos cualificados, más abundantes en las empresas de menor dimensión.

4.5. Flexibilidad salarial. Cambios en la regulación de la negociación colectiva

Dos aspectos significativos se introducen en la reforma de 2022 a este respecto. De un lado, cambios en la prevalencia de los convenios colectivos según su ámbito de cobertura y, de otro, la restauración de la ultratractividad de los convenios con carácter indefinido.

La modificación introducida en la reforma de 2012 acerca de la prevalencia de los convenios de empresa si parece haber tenido alguna incidencia en el avance de los acuerdos de este ámbito. Como se observa en la figura 9, el ligero aumento en el peso relativo de estos sobre el total de convenios no se refleja en el de trabajadores convenidos a este nivel, dado que las nuevas empresas con convenios propios muestran un tamaño muy reducido, lo que afectaría a la dimensión media de todas las empresas que han pactado convenio propio. Era el efecto esperado, lo que vendría afectando sobre todo a pequeñas empresas subcontratadas, particularmente en el sector servicios, que acudirían a suscribir convenios propios, dejando de lado el sectorial, con el fin de presionar los salarios a la baja, como medio para competir en el territorio de la subcontratación. En estos años se han registrados múltiples situaciones en esta dirección¹⁷. La modificación introducida en la reforma de 2022 dará al traste con esta intencionalidad al trasladar la regulación de las condiciones laborales –y por tanto las salariales– al convenio del sector en el que estén prestando sus servicios, lo que impedirá la búsqueda de salarios más bajos a través de este circuito de subcontratación–convenio de empresa.

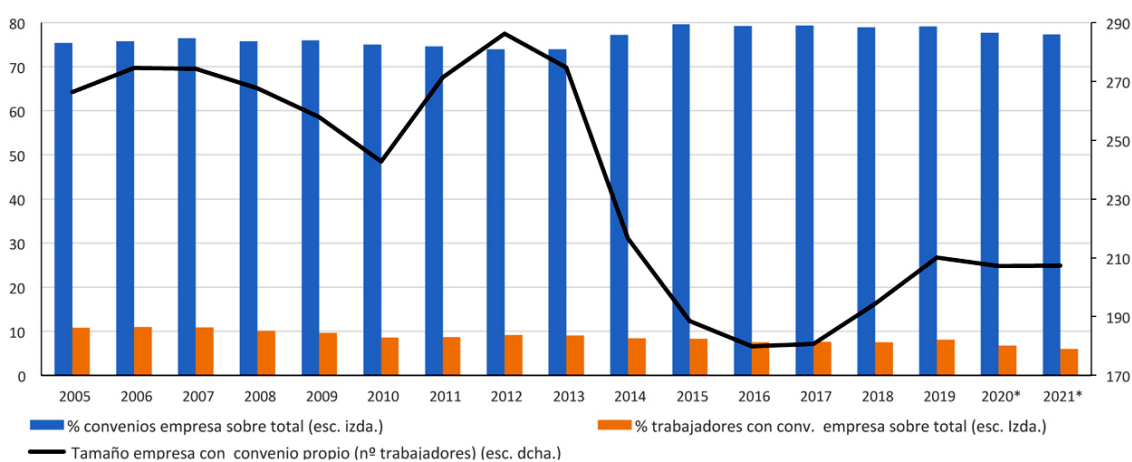


Figura 9. Evolución de los convenios colectivos de empresa, de trabajadores con convenio de empresa (% total) y del tamaño de las empresas con convenio propio (trabajadores).

* Datos provisionales.

Fuente: Elaboración propia con datos Ministerio de Trabajo y Economía Social.

¹⁷ Es el caso de las denominadas “empresas multiservicios”, sobre las que se ha afirmado que “la reforma laboral de 2012 trajo consigo la prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre el convenio sectorial, lo que ha permitido la proliferación de convenios colectivos de empresas multiservicios. La subcontratación a través de las empresas multiservicios permite pagar una retribución mucho más baja, generalmente el salario mínimo interprofesional, que la que correspondería a una persona empleada de la empresa y sin ningún tipo de sujeción al convenio colectivo correspondiente al sector de la actividad que realizan”. (UGT-FeSMC, 2020:4)

En términos agregados, la prevalencia del convenio de empresa habría constituido un factor más para impulsar la moderación salarial. Dado que los incrementos salariales suelen ser menores en los convenios de empresa que en los de ámbito superior (figura 10), cabe suponer que el aumento del número de aquellos trasladará un impacto negativo a las cifras de aumento salarial. Lo que explica que los salarios pierdan dinamismo respecto a la evolución experimentada por el PIB en España, o, dicho de otro modo, las rentas salariales pierden peso relativo en la distribución funcional de la renta.

Los datos de las figuras 10 y 11, con orígenes diferentes, ponen de manifiesto la intensificación del proceso de moderación salarial. En la primera de ellas, una caída significativa en los incrementos salariales pactados en los convenios, tanto en los de empresa como

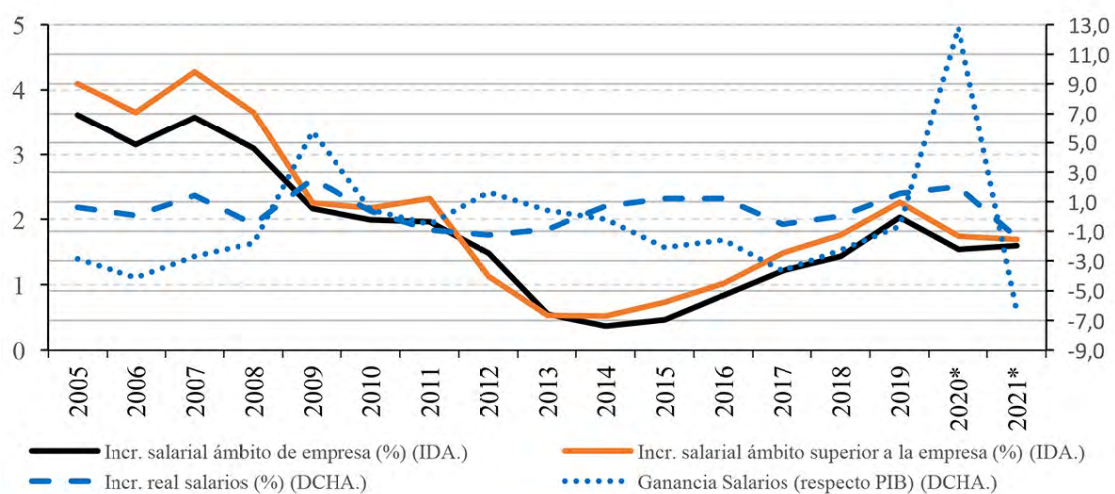


Figura 10. Evolución de los incrementos salariales en convenios (de empresa y de ámbito superior (esc. Izda.), crecimientos real de salarios (esc. Izda.) y ganancia salarial (% incr. salarial respecto % incr. PIB) (EN %) (esc. dcha.).

* Datos provisionales..

Fuente: Elaboración propia con datos Ministerio de Trabajo y Economía Social.

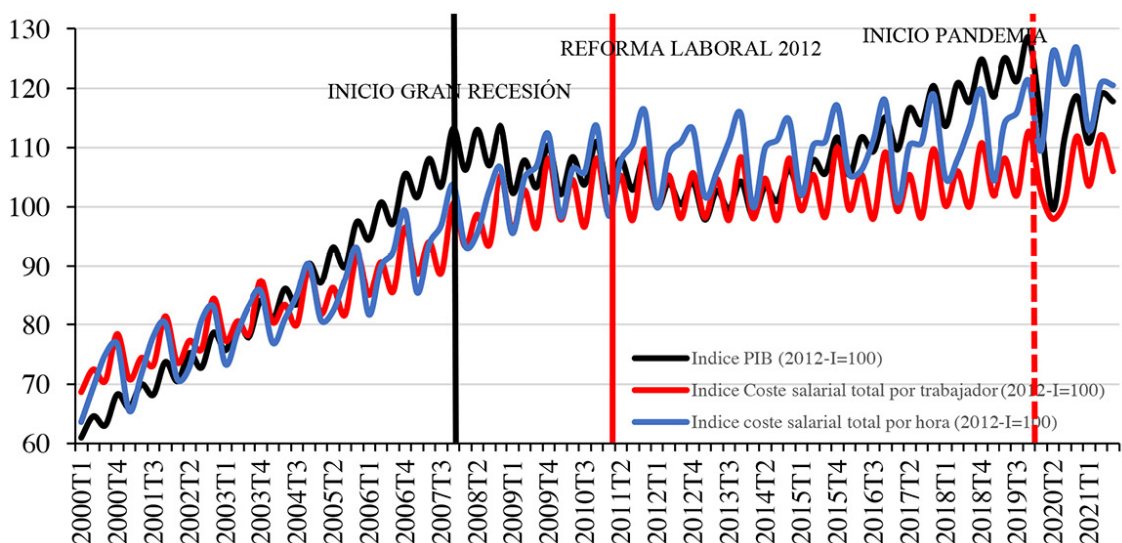


Figura 11. Evolución del Índice del Coste Salarial total por trabajador, del coste salarial total por hora y del PIB.

Fuente: Elaboración propia sobre datos INE.

en los de ámbito superior, que posteriormente, con la finalización de la recesión tienden a recuperarse. En concreto en 2012 y 2013 la tasa de crecimiento salarial, en término reales, se hace negativa. No es de extrañar pues que en estos años la distribución funcional de la renta evolucione de modo adverso, en términos relativos, con relación a las rentas salariales.

Asimismo, en los datos de la figura 11 se manifiesta también tal tendencia a la moderación salarial en los años posteriores a la reforma de 2012, hasta los inicios de la crisis de la pandemia COVID-19. En este periodo el incremento de los costes salariales totales por trabajador discurre por debajo del registrado para el PIB (figura 11). Cuando la comparación se lleva a cabo con el incremento de los costes salariales por hora trabajada, la diferencia no es tan acusada, lo que indica que en el periodo se registra, simultáneamente, un descenso en la jornada media trabajada, que compensa la caída salarial mensual.

En este sentido, las mayores facilidades para el descuelgue salarial de lo pactado en los convenios, así como las prerrogativas empresariales para imponer cambios unilaterales en las condiciones de trabajo, habrían coadyubado en esa dirección de moderación salarial. Criterios ambos, no alterados por la reforma de 2022 y, por tanto, vigentes a futuro.

Y, a este respecto, sería de interés también considerar que la dinámica salarial, al menos en el caso español, no muestra una estrecha relación con la marcha del empleo, en cantidad, aunque si afecta, como es obvio, a su calidad. Conviene tener presente, en tal sentido, que la elasticidad del empleo/desempleo respecto a los salarios, en el caso español, es muy baja. En la figura 12 se representa la relación entre la variación de los salarios y la variación de la tasa de desempleo (con 6 meses y un año o dos de retraso), que, aunque si es negativa, tal como indicarían los enfoques convencionales al uso, en ningún caso resulta ser significativa (con coeficientes de correlación entre ambas por debajo del 2%). Ello quiere decir que la insistencia en estrategias de negocio, de forma generalizada, que apuestan por la moderación salarial, no tienen una garantía efectiva de carácter positivo,

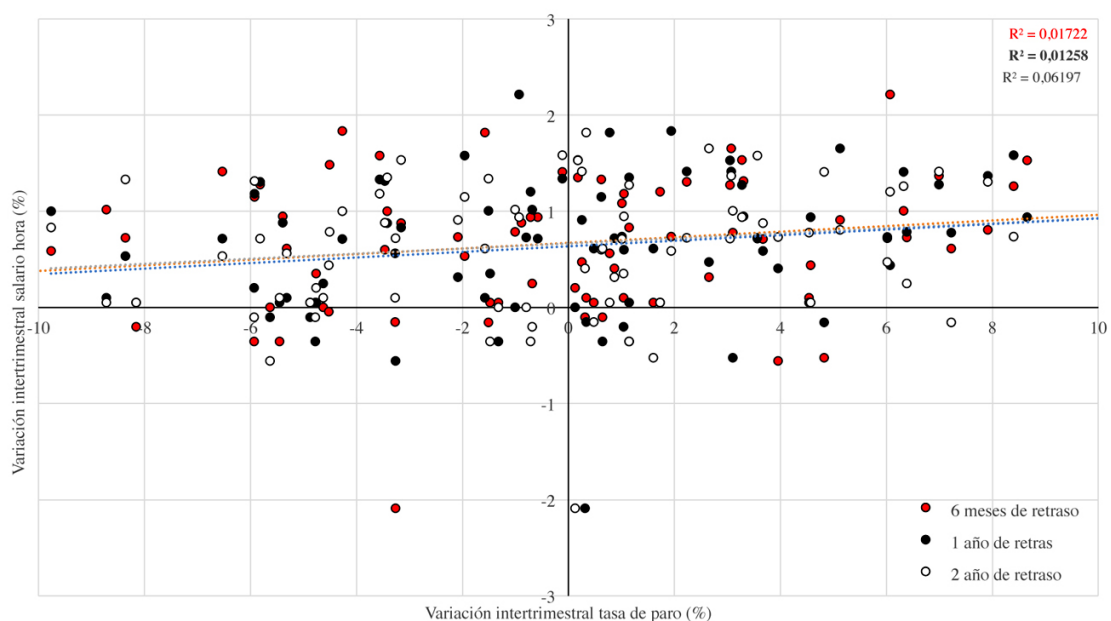


Figura 12. **Elasticidad de los salarios respecto al desempleo (retrasos salarios de 6 meses y de 1 año en esta tasa).** Fuente: elaboración propia con datos de EPA y ECL (INE).

sobre la dinámica del empleo, en tanto que, sí podría repercutir en la dinámica de crecimiento económico, tanto desde el lado de la oferta (incentivos a la productividad), como desde el de la demanda (impulso al consumo y, por extensión, a la demanda agregada).

5. Algunas conclusiones y varios interrogantes

En la reforma laboral de 2022 subyace el objetivo político de reducir algunos de los considerados “excesos” de flexibilidad en el mercado de trabajo español que se consideran, por parte del ejecutivo de coalición de izquierdas, derivados de la reforma de 2012 (o anteriores). En este sentido se ha legislado, de forma parcial, en sentido contrario en materia de flexibilidad externa, particularmente en lo que hace referencia a la causalidad justificativa de los contratos temporales, restringiendo los requisitos para su utilización. Se han modificado algunos elementos regulatorios relacionados con la flexibilidad interna, buscando reducir los ajustes cíclicos o estructurales-sectoriales vía despido por la suspensión temporal de contratos o la reducción de jornada. Y, finalmente, se pone algún límite respecto a los promulgado en la reforma del 2012, a la flexibilidad salarial, modificando algunos aspectos de la normativa que regula los convenios colectivos.

Sin duda, alcanzar un elevado grado de eficiencia en la aplicación de esta reforma significaría lograr cierta reducción de la tasa de temporalidad en el mercado laboral, al tiempo que se produciría un efecto desplazamiento de los despidos colectivos por suspensiones de contrato o reducciones de jornadas en las fases contractivas y, en paralelo, todo ello derivaría en un mayor protagonismo de la negociación colectiva sectorial que limitará la moderación salarial registrada en años anteriores.

Pero el logro de una mayor eficiencia en el mercado de trabajo habría de llevar a elevar, con el apoyo de las medidas de esta reforma y otras en diversos ámbitos de la actividad económica, el nivel de productividad del trabajo. El pasado no ofrece expectativas halagüeñas en este terreno. Como muestra la figura 13, el valor añadido por hora de trabajo creció entre 2012 y 2016, tras la reforma anterior, a niveles semejantes a la media de la zona euro, pero con posterioridad se registra un estancamiento destacado en esta variable. Todo parece indicar que los incrementos registrados en la fase depresiva del ciclo están vinculados al ajuste intenso en la demanda de trabajo, en tanto que no se observan efectos positivos sobre la marcha de esta variable a expensas de un uso más intensivo del factor trabajo. Evolución de la productividad, por tanto, que estaría en relación con la volatilidad del empleo característica del ciclo económico español y mucho menos con los resultados de las reformas laborales llevadas a cabo.

Pero incluso, en materia de flexibilidad externa, los logros habrían de medirse más en términos de rotación del mercado de trabajo, que en tasa de temporalidad. Mientras persista como preeminente la estrategia de ajuste salarial –prevalente en el tejido empresarial español, como se ha señalado– las disminuciones en la rotación por temporalidad formal se trasladan a mayor rotación en otras formas contractuales, que a estas alturas no suponen aumentos de costes sustanciales para la empresa. Esto es lo que ha ocurrido en

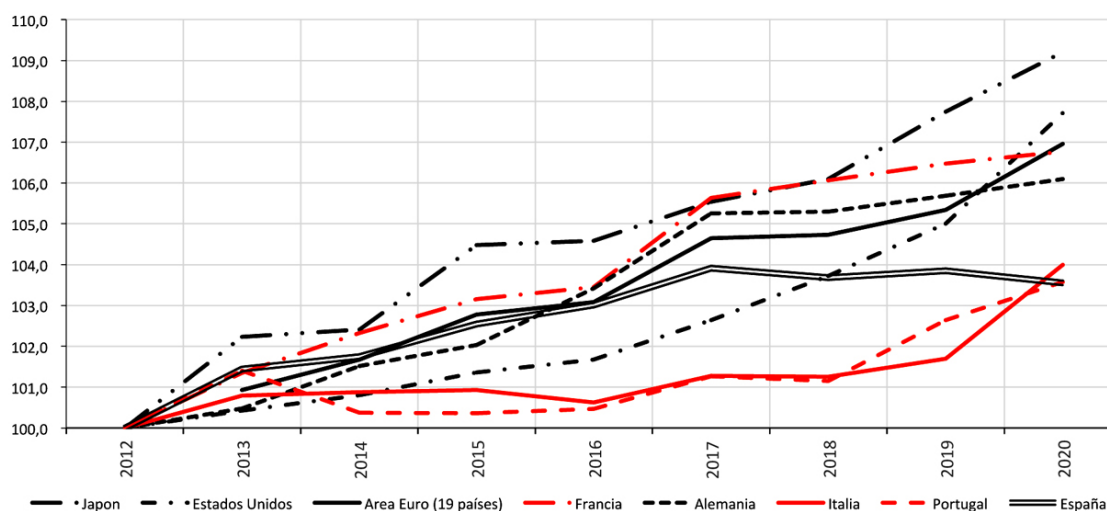


Figura 13. Evolución de la productividad del trabajo tras la reforma de 2012 (PIB per cápita por hora trabajada en PPA 2015) (2012-2020).

Fuente: OCDE, Statistical Data Base.

los últimos años y seguirá ocurriendo en los próximos años, aún contando con un cierto éxito de la reforma en términos de descenso de la temporalidad. En última instancia, caminamos hacia un modelo a modo de “contrato único”, que no resuelve los problemas económicos de la intensa rotación laboral, sino que tan solo los transforma de modo formal, pero no efectivo.

La flexibilidad interna impulsada en esta reforma, que se concentra en el incentivo al uso de los ERTes, puede significar una contención temporal del aumento del desempleo registrado o estimado, con cargo al erario público, sin duda, de singular importancia social, pero no opera de modo continuo para facilitar las transformaciones productivas necesarias en el escenario económico español, sino que en el mejor de los casos consistirá sobre todo en una contención de los efectos adversos en las recesiones de todo tipo sobre la tasa de desempleo.

En buena medida, las medidas contenidas en esta reforma, como en otra anteriores, profundizan –quizás con menor intensidad– en una de las características estructurales de nuestro mercado laboral, cual es la susodicha volatilidad cíclica. Las reformas, con sus distintas características, inciden, fundamentalmente, en el coste del factor trabajo, y escasamente en su productividad.

Como hemos apuntado en numerosas ocasiones, nosotros y numerosos especialistas en materia de economía laboral, los problemas del mercado de trabajo español hay que buscarlos más en el lado de la demanda y de los mecanismos de ajuste que en el de la oferta. Y para abordar esto se requieren de reformas en otros ámbitos de la estructura productiva española, que no solo en el laboral.

Así, pues los interrogantes hacia el futuro pivotan más sobre la capacidad y posibilidad de transformación de nuestro sistema productivo que sobre las insistentes reformas del marco regulatorio laboral, que, sin minusvalorarlo, habrían de contribuir, prioritariamente, a construir un contexto adecuado para dicha transformación.

6. Referencias bibliográficas

- BENTOLILA, S. (2012). Los despidos colectivos tras la reforma laboral de 2012. Nada es gratis: <http://www.fedeablogs.net/economia/?p=29218>.
- CAHUC, P. & ZIBELBERG, A. (2004). *Labor Economics*, MIT Press, MA
- CRUZ VILLALÓN, J. (2012) El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma laboral de 2012. En VV.AA: (A. Baylos Grau, coord.). *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma de 2012*. Editorial Bomarzo. Albacete:405 y ss.
- ECB (2012). *Euro Areas Labour Markets and the Crisis*. European Central Bank, October. Frankfurt.
- BENTOLILA, S., DOLADO, J.J. & JIMENO, J.F. Reforming an insider-outsider labor market: the Spanish experience. *IZA J Labor Stud* 1, 4 (2012). <https://doi.org/10.1186/2193-9012-1-4>
- GÁLVEZ MUÑOZ, L. y RODRÍGUEZ MODROÑO, P. (2006): “Rigidez y flexibilidad en los mercados de trabajo en la España del siglo XX. Una visión de largo plazo”, *Temas Actuales de Economía*, I:199-234
- HEREDERO DE PABLOS M. I.; RUESGA BENITO S. M. (2019). *Instituciones laborales en Europa. Cambios durante la Gran Recesión*. Tirant lo Blanch. Valencia. ISBN 978-84-9190-869-2.
- ILO (2016) *Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects*. International Labour Office. Geneva.
- ORTEGA, E. y PEÑALOSA, J. (2012). Claves de la crisis económica española y retos para crecer en la UEM. *Documentos Ocasionales*, N.º 1201. Banco de España. Madrid.
- MALDONADO, J. O. (2021). El coste del despido. Radiografía del despido en España: fácil, barato y desigual. *Público*. 01/01/2022. (<https://www.publico.es/economia/coste-despido-radiografia-despido-espana-facil-barato-desigual.html>) (revisado 25/02/2022)
- MALO OCAÑA, M. Á. y TOHARIA CORTÉS L. (2008) La reforma de los despidos de 2002. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 76:111-127.
- MALO, M.A. (2012). Una primera valoración de la reforma de 2012. *Cuadernos de Información Económica*, Nº 226:77-82.
- MARTÍN, J. (2021). El coste medio del despido se ha reducido un 36% desde la reforma de Rajoy. *Vozpopuli*. 15/05/2021. https://www.vozpopuli.com/economia_y_finanzas/coste-despido-espana.html (última revisión 20/02/2022)
- PÉREZ INFANTE, J.I.; RUESGA, S.M. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (2013): ¿Ha fracasado la reforma laboral? Los cambios de los últimos treinta años han interpretado mal las relaciones económicas. *El País*, 01/03/2013. (https://elpais.com/elpais/2013/02/19/opinion/1361292767_304390.html) (última revisión 31/01/2022)
- PÉREZ ORTIZ, L., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. J., IBÁÑEZ ROJO, R. FERRER SAÍS, A., ALONSO BENITO, L. E. & RUESGA BENITO, S. M. (2018).

- Un análisis sobre el dialogo social en la perspectiva regional , *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. Núm. 14: 1er Trimestre:257-283. 2018
- RUESGA, S.M. (2014): “El shock de empleo en la Gran Recesión 2.0”, en N. E. García y S. M. Ruesga Benito: ¿Qué ha pasado con la Economía Española? La Gran Recesión 2.0 (2008 a 2013), Editorial Pirámide, Madrid, pp. 249-300.
- RUESGA, S.M. (Director); J.; Lasierra, J. M.; Pérez Ortiz, L. & Pérez Trujillo, M. Da Silva Bichara (2014): *Economía del Trabajo y Política Laboral*, (2ª edición), Editorial Pirámide, Madrid.
- RUESGA BENITO, S.M. (2016). Crisis económica y reformas laborales, en S.M. Ruesga Benito et alter (2016): *Reformas Laborales en la Gran Recesión*, Editorial Tiranch lo Blanch, Valencia.
- RUESGA BENITO, S. (2020). La economía española y el covid-19: ¿hacia una “nueva” normalidad? *Economía UNAM*. Vol. 17 Núm. 51:101-125. <https://doi.org/10.22201/fe.24488143e.2020.51.550>.
- RUESGA BENITO, S.M. y PÉREZ ORTIZ, L. (2021). Reforma laboral y estructura de la negociación colectiva en perspectiva europea, en Cruz Villalón, J., González-Posada Martínez, E., Molero Marañón, M. L., Lahera Forteza, J. y Murcia Clavería, A. *La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales. Estudio en homenaje al profesor Fernando Valdés Dal-Ré*. Editorial Bomarzo. Murcia: 243-260.
- RUESGA, S.M. y VIÑAS, A.I. (2021). Desempleo y ERTes: un dilema para España ante la pandemia de COVID-19 / Unemployment and STWS: a Challenge for Spain in Face of the COVID-19 Pandemic. *Economía UNAM*. Vol. 18 Núm. 52: 87-106.
- PESOLE, A., URZI BRANCATI, M. C., FERNÁNDEZ MACIAS, E., BIAGI, F.; GONZÁLEZ VÁZQUEZ, I. (2018), *Platform Workers in Europe Evidence from the COLLEEM Survey*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, doi:10.2760/742789, JRC112157.
- URZI BRANCATI, M. C., PESOLE, A.& FERNÁNDEZ-MACÍAS, E. (2020). New evidence on platform workers in Europe: Results from the second COLLEEM survey. *JRC Working Papers*. JRC118570, Joint Research Centre. Sevilla.
- TOHARIA, L. (Dir) (2005). *El problema de la temporalidad en España*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid.
- UGT-FeSMC (2020). Análisis de las empresas multiservicios. Acción Sindical. Gabinete Técnico (<https://negociacioncolectiva.fesmcugt.org/2020/09/11/publicado-el-analisis-de-empresas-multiservicio-de-ugt-del-ano-2020/>) (Consulta: 20/02/2022)
- VIÑAS APAOLAZA, ANA I. (2020), “La huella de la recesión en los mercados de trabajo de la UE15”, Sánchez Díez, Á. y Pérez Ortiz, Laura (ed.): *Integración y desarrollo: miradas desde América Latina y Europa (1997-2017)*, Editorial Universidad Autónoma de Madrid, 141-155.
- WÖLFL, A. and J. S. MORA-SANGUINETTI (2012). “Improving the functioning of the Spanish labour market - Why the 2010 and 2011 reforms were not yet sufficient”. *Moneda y Crédito* 234. 129-161

Seis tesis generales sobre la reforma de los contratos formativos de 2022

Six general theses on the training contracts reform of 2022

Óscar Fernández Márquez

Profesor Titular de Derecho del Trabajo

Universidad de Oviedo

ORCID: 0000-0001-6442- 1101

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6851>

La reforma de la legislación laboral española de 2022, consensuada con los agentes sociales pero predefinida y determinada en gran medida por la condicionalidad imperante del potente paquete de ayudas económicas post-Covid comprometido por las Instituciones comunitarias (*NextGenerationEU*) –lo que explica que ni de lejos estemos realmente ante una derogación de la anterior y tan cuestionada reforma laboral de 2012–, incorpora entre sus líneas de acción un nuevo ajuste de la regulación de los contratos formativos. En efecto, junto con la reformas en materia de contratación temporal (de hondo calado y muy restrictivas con estos contratos), contratación fija discontinua (que se normaliza y convierte ahora en regla), expedientes de regulación temporal de empleo (se potencia la flexibilidad interna para evitar las drásticas y más dramáticas soluciones de despido), negociación colectiva (en cuestiones como el convenio aplicable en contratas, la ultra-actividad, o la prioridad aplicativa del convenio de empresa), o algunos otros asuntos sectoriales (contratación indefinida de obra en el sector de la construcción, contratación temporal en el sector público), no cabe duda que el régimen de los contratos de trabajo con dimensión formativa –los viejos contratos de aprendizaje y prácticas, que pasan a hora a unificarse en un solo contrato laboral formativo que se expresaría a través de dos manifestaciones distintas, de alternancia y de prácticas– ocupan un lugar importante en la relación de los objetivos o materias de que la reforma se ocupa. Obviamente, ello tiene mucho que ver con la circunstancia de que estos contratos son cruciales en la primera ocupación profesional de las personas, y de todos es sabido que la inserción en el empleo constituye en España –en forma de tasas anormalmente altas de paro juvenil– un problema ante el que los poderes públicos patrios tenían que mostrar alguna preocupación o respuesta –el tiempo dirá si real y efectiva o simplemente *pro forma*– para ofrecer algo

*marquez@uniovi.es

a Europa a cambio de las ayudas de resiliencia; por supuesto, el problema de la inserción en el primer empleo y el paro juvenil no se solucionan sólo reformando los contratos de trabajo formativos, y acaso por eso la reforma laboral promete también la elaboración futura –dentro de un plazo de 6 meses– de un Estatuto del Becario (D. Adicional 2), regulación por cierto que sin duda será decisiva para definir el éxito de la reformada contratación laboral formativa, pues no es fácil operar el deslinde entre los contratos de trabajo con formación (donde se supone que predomina el aspecto productivo) de las becas con trabajo (donde debe predominar el interés formativo).

De hecho, plantar cara al problema de la inserción profesional de los trabajadores desborda sin duda tanto la simple perspectiva de regulación de los contratos de trabajo formativos como de las becas laborales, pues es un asunto muy complejo –es decir, dependiente de muchas variables– en el que se ve involucrado todo el sistema educativo y de formación profesional, la cultura empresarial de reclutamiento de la fuerza de trabajo, las preferencias de quienes pueden ofrecer sus servicios como trabajadores en el mercado, el tamaño y ciclo de vida de las empresas, el tipo de modelo productivo, el estado de avance del progreso tecnológico y el ritmo de cambio de la técnica y el conocimiento, los distintos costes económicos, públicos y privados, que conllevan las alternativas de formación/trabajo que puedan implementarse, etc. No es obviamente posible ahora tratar el asunto con una perspectiva tan amplia, por lo que, conscientes en todo caso del reduccionismo que ello supone –este efecto va implícito por cierto en la representación o modelización de toda realidad– simplemente concentraremos nuestra atención en la pura modificación legislativa de la contratación laboral formativa que ha traído consigo la Reforma laboral de 2022. No utilizaremos a tal efecto un estilo micro-analítico casuístico de problemas singulares concretos –de exégesis de los distintos preceptos particulares con perspectiva práctica, buscando proponer soluciones *ad hoc* para cuestiones o hipótesis específicas que pudiera imaginarse que se dieran a partir de las nuevas reglas–, sino más bien un estilo macro-sintético de presentación de las que consideramos principales líneas maestras de las nuevas reglas en materia de contratación laboral formativa, que en todo caso tendremos por cierto que extraer inductivamente a partir de la parte dispositiva del Decreto Ley más que de su parte expositiva, toda vez que esta última capa normativa no aparece muy detallada en la reforma en este terreno. Concretamente ofreceremos a continuación una caracterización general de la reforma de la contratación laboral formativa mediante la presentación de seis tesis sobre lo que en esencia entendemos que la misma comporta, tesis que acompañaremos obviamente de los argumentos que entendemos que las sustentan.

PRIMERA TESIS: el Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, confirma la posición axial de los contratos formativos en el rango de los objetivos típicos de las sucesivas reformas de la legislación laboral española. Certifica por tanto algo que hemos podido venir constatando desde los años ochenta –e incluso antes– y es que los contratos de trabajo formativos constituyen una de las materias que recurrentemente han venido siendo afectadas por la necesidad permanente de ajustar el funcionamiento del mercado de trabajo.

Son ya en torno a una decena las modificaciones que ha experimentado la regulación de los contratos de trabajo formativos, circunstancia que, aparte de revelar *eo ipso* la total falta de éxito o resultado de las reformas iteradas en forma de estabilización de una regulación capaz de ofrecer pautas seguras para periodos de tiempo más largos, pone en todo caso de manifiesto como decimos que estamos ante un sector de la regulación laboral que incide directamente en el comportamiento del mercado de trabajo y alcanza a proyectar sus efectos sobre el sistema productivo entero y el funcionamiento de la economía (estaríamos por tanto ante uno de esos terrenos en que la legislación laboral, por su conexión directa con el mercado de trabajo, estaría en las mejores condiciones de determinar, para bien o para mal, las relaciones de producción y el curso de la economía). De hecho, son al menos dos las razones que permiten dar cuenta de esta suerte de posición de ventaja estratégica en la que aparecería posicionada la regulación de los contratos de trabajo formativos en términos de mercado de trabajo, productividad y eficiencia económica. La primera tiene que ver con el hecho evidente de que los contratos formativos suelen constituir la primera ocupación de las personas, lo que resulta fundamental para que la transición de la etapa de estudio a la etapa profesional, o la inserción en el primer empleo de las personas sin formación, pueda tener lugar de manera satisfactoria y con los menores costes, tanto particulares como agregados (en este sentido no pueden olvidarse las repercusiones de lo que acaba de señalarse en relación al importante problema, económico, pero también social, del desempleo juvenil). La segunda conecta con que los contratos formativos, como figuras transicionales o de especificación formativa que son, pueden incidir, según cómo sea su regulación, sobre la calidad o la finura del ajuste entre la demanda y la oferta de trabajo, en cuanto sirven para ajustar la formación de los trabajadores a los perfiles profesionales que realmente demandan las empresas y el sistema productivo, casando más eficientemente lo que se demanda y lo que se ofrece. En definitiva, puede decirse que una buena regulación de los contratos de trabajo formativos puede contribuir de manera decisiva, por decirlo con términos de R. Coase, a reducir los “*costes de transacción*” que conlleva la contratación de la fuerza de trabajo, y por tanto, mediante la más eficiente asignación de los recursos –en este caso el trabajo–, al mejor funcionamiento del mercado laboral y de todo el sistema económico, de ahí su presencia en la mayor parte de las reformas laborales.

SEGUNDA TESIS: la reforma laboral sólo se proyecta sobre los contratos de trabajo formativos, que son sólo una parte de lo que podríamos llamar “sistema de formación-trabajo”, entendido como el conjunto de reglas, mecanismos o instituciones que permiten la extracción de rédito formativo a partir del trabajo. Y es que partiendo efectivamente de que el trabajo humano no sólo tiene un rendimiento productivo sustancial evidente (la generación de valor o capacidad de satisfacción de necesidades, demandas o preferencias ajenas) sino también un rendimiento en forma de residuo formativo –mayor o menor, pero inevitable–, la ejecución del trabajo (de lo que podríamos llamar *trabajo formativo*) ha sido considerada por la legislación laboral y de empleo y formación profesional una ocasión particularmente propicia para, mediante las reglas

correspondientes, extraer utilidad formativa, en forma por cierto de una formación práctica y *ad hoc*, específica y muy valiosa, a la que no cabe acceder por los circuitos formativos más regulares. Las prácticas no remuneradas en empresas (que cabe llevar a cabo por ejemplo en el contexto de los estudios universitarios) y las becas laborales (en las que aunque el becario que percibe la asignación económica trabaja lo hace en todo caso instrumentalmente, *per accidens* o con fines estrictamente formativos, de modo que predomina el interés formativo sobre el interés productivo), tanto públicas como privadas, sean las reguladas (por ejemplo, las prácticas remuneradas no laborales en empresas), sean incluso las libres (que acaso podrían suscribirse sobre la base del principio general de autonomía de la voluntad del art. 1255 CC), son de hecho instituciones del referido sistema de formación-trabajo de las que no se ocupa la reforma laboral, que se centra exclusivamente como decimos en los contratos de trabajo formativos, a la sazón casos también de instrumentalización del trabajo con fines formativos en los que obviamente ya se da por supuesto que lo productivo prepondera sobre lo formativo, razón por la que precisamente, a diferencia de las becas laborales, tienen reconocida la naturaleza de verdaderos contratos de trabajo. Pues bien, la reforma laboral se ocupa estrictamente de los contratos de trabajo formativos y no de las becas laborales u otras fórmulas de trabajo formativo, a las que simplemente alude en la Disposición Adicional 2 encomendando al Gobierno el inicio en 6 meses de los trámites de elaboración de un futuro Estatuto del Becario (de cuya definición concreta dependerá sin duda el desarrollo que hayan de tener en la práctica tanto las becas laborales como los contratos de trabajo formativos, dada la afinidad de espacios en la que ambas figuras convergen). Tampoco afecta la reforma laboral por cierto a las reglas en materia de formación profesional –salvo por lo que respecta a la que ha de darse en los ERTes–, a la espera de los cambios seguramente importantes que puedan advenir en el contexto de lo que se prevé en la agenda de cambios del plan de ayudas y resiliencia.

TERCERA TESIS: hay un cambio de concepto en la contratación formativa, pues la reforma laboral unifica y vamos a ver que equaliza en prestigio los viejos contratos de aprendizaje y de prácticas. El Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, parece querer romper en efecto el tradicional dualismo de contratos formativos y reconducirlo a un monismo de un solo contrato formativo que contaría con dos expresiones o manifestaciones distintas, el contrato de formación en alternancia y el contrato de formación en prácticas. Prueba de ello es que el nuevo art. 11.1 ET pasa a hablar de “contrato formativo” (en singular) potenciando o dando más peso en cierto modo además a las reglas comunes (art. 11.4 ET), como queriendo significar que lo esencial de los contratos está en sus aspectos compartidos y no en los diferenciales, que pasarían a ser vistos como secundarios o accidentales. Al margen de la relevancia práctica, por ejemplo a efectos interpretativos (*vgr.*, abrir el terreno a la interpretación extensiva y la analogía entre las reglas de las figuras de referencia) que estos cambios puramente formales pueda tener –creo que más bien escasa–, me parece que lo que en el fondo late en esta operación de unificación de tipos contractuales no es sino la obsesión nominalista del legislador por

reducir el número de modalidades del sistema de contratación laboral (efecto que se ve también en los contratos temporales, que parecen dos pero podrían ser muchos más, o en el contrato fijo discontinuo, que remite realmente a naturalezas jurídicas también diferentes). En todo caso, sí es verdad que la aludida unificación de figuras pone de manifiesto otro efecto –ahora real y no retórico– que es el de equiparación en prestigio de las dos fórmulas de la contratación laboral formativa. Y es que de un esquema, como el tradicional, en que el contrato de aprendizaje (o para la formación) estaba limitado a la obtención de cualificaciones profesionales menores (oficios) y orientado a jóvenes sin estudios, siendo el contrato en prácticas para cualificaciones mayores (titulaciones universitarias o técnicas) y orientado a personas formadas (universitarios, técnicos de formación profesional), la reforma laboral de 2022 pasa a un esquema en el que ambos contratos –de alternancia y de prácticas– pueden utilizarse para obtener cualquier nivel formativo (universitario/formación profesional técnica/otros títulos profesionales menores habilitantes), con la única diferencia de la manera en la que tendrá lugar la secuencia de la formación teórica y práctica, simultánea en el contrato de alternancia y sucesiva en el contrato en prácticas. Seguramente la prueba más clara de esto sea la disolución del casi “*non nato*” contrato de formación dual universitaria en el contrato de formación en alternancia, claro testimonio de reconducción de un proceso formativo prestigioso al viejo molde formativo del contrato de aprendizaje.

CUARTA TESIS: la reforma laboral de 2022 circunscribe o ciñe los contratos formativos a su funcionalidad estrictamente formativa, excluyendo que puedan instrumentalizarse para cometidos o usos impropios, y particularmente para fines de inserción profesional (salvo en el caso de discapacitados, personas en exclusión social o similares, en los que se relajan las restricciones generales, por ejemplo de edad máxima o duración máxima de los contratos, e incluso se incentivan con bonificaciones de cotización), y sobre todo como sustitutivos o sucedáneos de contratos temporales (para evitar contratos indefinidos). Se trata de un principio plenamente coherente con la filosofía restrictiva de la contratación temporal de la reforma laboral y que se expresa en varios aspectos del nuevo régimen jurídico de los contratos formativos. Por ejemplo, en la restricción de los periodos de duración máxima de los contratos (que pasan de 3 a 2 años en el contrato de alternancia y de 2 a 1 año en el contrato de prácticas, buscando reducir y hacer coincidir su vida con la supuestamente máxima del ciclo formativo natural al que aparecería asociado el contrato). También, por supuesto, en la intensificación de la condicionalidad formativa de estos contratos, cuya vigencia ha de darse vinculada a partir de ahora a planes o programas de formación previos que se elaborarán cumpliendo garantías de calidad formativa, y que determinan con relativo detalle el curso y el desarrollo que podrán tener los contratos formativos, para los que en todo caso se incrementan claramente las exigencias de tutorización (doble para los contratos de alternancia) que establece la ley. Sin duda, se inscribe también en esta finalidad, particularmente respecto al contrato de alternancia, la mayor limitación de los tiempos de trabajo efectivo (que se reducen a un máximo del 65 o el 85 por 100 de la jornada durante el primer y segundo año res-

pectivamente) o el mantenimiento de las reglas de prohibición de horas extraordinarias, complementarias, trabajo a turnos y trabajo nocturno, salvo excepcionalmente (en el contrato de prácticas esta limitación se refiere solo a las horas extraordinarias). Y lo mismo cabe decir de la más estricta definición de los títulos o cualificaciones a los que ligar los contratos formativos (para lo que será importante el desarrollo reglamentario), de la potenciación de las exigencias de coherencia/correspondencia de las tareas asignadas al trabajador con la titulación a la que el contrato formativo aparezca ligado (para cuya concreción la ley remite a la autonomía colectiva), o, por supuesto, de la prohibición de contratos formativos cuando los trabajadores hayan desarrollado *de facto* el trabajo al que se asocia la formación con anterioridad en la empresa, sea por la realización de la actividad o el desempeño del puesto durante 6 meses (antes eran 12), en el contrato en alternancia, sea por haber obtenido experiencia profesional formativa durante 3 meses con anterioridad, en el contrato de prácticas.

QUINTA TESIS: la reforma laboral de 2022 flexibiliza las condiciones de uso de los contratos formativos, se entiende, en el giro o uso propio –estrictamente formativo, como acabamos de señalar– de estos contratos, no de cara a su instrumentalización con fines *para-formativos* de inserción profesional o contratación temporal. Prueba de ello es que se sigue permitiendo, como antes, la sucesión de varios contratos formativos para un mismo título, en la misma o distinta empresa, siempre que no se desborden los límites de duración máxima establecidos (2 años o 1 año, según el caso de que se trate). Esto, que es evidente en el contrato de práctica profesional, puede suscitar alguna duda en el de formación en alternancia, respecto del que la norma habla de un solo contrato por ciclo o título formativo, aunque es verdad que admitiendo a renglón seguido la posibilidad de celebrar “contratos” de alternancia (en plural) “con varias empresas” en base al mismo ciclo o título, lo que verificaría la tesis interpretativa que sostenemos. Precisamente por esto, la norma habilita a los empleadores para solicitar de los servicios públicos de empleo la certificación del histórico de contratación formativa de los trabajadores, ante el riesgo de que la totalización de un tiempo de contratación que rebase los límites máximos de duración de estos contratos pueda conllevar que el trabajador adquiera la condición de indefinido en la última empresa de la serie o sucesión de contratos. Es también prueba clara de la mayor flexibilidad del nuevo régimen de estos contratos la posibilidad que introduce la reforma de discontinuar el contrato de alternancia para su desarrollo en ciclos o fases formativas parciales intermitentes sucesivas, con el mismo o distintos empleadores (en los términos en que se prevea en el plan o programa formativo correspondiente), lo que en términos brutos –no netos– hace posible rebasar *de facto* el periodo de duración máxima de 2 años aplicable a los mismos. Idéntico efecto flexibilizador ha de tener la desconexión que opera la reforma del contrato de formación en alternancia respecto de una determinada edad juvenil, pues el requisito de no tener más de 30 años deja de exigirse con carácter general quedando ligado a situaciones concretas (certificados de profesionalidad de nivel 1 y 2, y programas públicos o privados de formación en alternancia de empleo–formación, que formen parte del Catálogo de especialidades

formativas del Sistema Nacional de Empleo). La reforma de 2022 reduce sin embargo el plazo de suscripción del contrato de práctica profesional desde el fin de los estudios (que pasa de 5 a 3 años, o 7 a 5 en discapacitados), añadiendo rigidez a la figura.

SEXTA TESIS: no hay duda de que la reforma laboral de los contratos formativos de 2022, que cuenta con el beneplácito de los agentes sociales, está movida por buenas intenciones y que aparece orientada seguramente en el sentido correcto en términos de lo que podríamos llamar buenas prácticas de regulación del mercado de trabajo, dado el efecto favorable en el empleo de inserción profesional y en el paro juvenil que cabe pronosticar en teoría a partir de medidas como las que introduce de normalización de la formación dual y potenciación de la práctica laboral para cualquier tipo de título o ciclo de formación, descontaminación de los contratos formativos de usos inadecuados, o de la flexibilización –controlada, a través de los planes y programas formativos– en la utilización estrictamente formativa de estos contratos. Sin embargo, hay dificultades reales que permiten contemplar esta nueva regulación con cierta distancia o escepticismo. La primera, que estamos ante la enésima –¿décima?– de una serie sucesiva de reformas de esta materia, todas se supone que fallidas precisamente por su frecuencia de recambio, lo que permite preguntarse por qué iba a ser esta una solución mejor, más estable o definitiva. La segunda, que la cultura de contratación formativa no parece querer implantarse en nuestras empresas, no ya sólo por la baja tasa histórica de uso de los contratos formativos en España (que sólo supera los 200.000 en momentos puntuales, y cae estos últimos años por debajo de los 100.000), sino porque los mismos han aparecido ligados en muchas ocasiones a usos no estrictamente formativos (de hecho de los datos estadísticos, sobre todo en relación al contrato de aprendizaje, se desprenden elocuentes correlaciones entre los periodos de uso más intenso de estos contratos y los periodos de crisis o mayor apuro económico). En cierto modo esto no debe extrañar si tenemos en cuenta que en el modelo productivo español los sectores no industriales –comercio, hostelería–, en los que la cualificación y la formación profesional no resulta tan decisiva, tienen mucho peso específico, o también si consideramos que el tejido productivo español está compuesto en un altísimo porcentaje por empresas de escaso tamaño, en las que los procesos de formación también pueden tener menor recorrido que en empresas más grandes. Nótese además que la puesta en marcha de la maquinaria de contratación laboral formativa que diseña la reforma laboral de 2022 es dependiente de un proceso de gobernanza compartida que requiere la interlocución de muy variados agentes –autoridades laborales, educativas, de formación profesional, Universidades, empresas, entidades colaboradoras–, a través de los correspondientes acuerdos y convenios de cooperación, y en todo caso del desarrollo reglamentario –del que depende mucho sin duda el éxito de la reforma– y apoyo financiero que pueda comprometerse al efecto. Y nótese en todo caso que, desde el punto de vista práctico, el alcance o desarrollo real que pueda llegar a obtener la nueva regulación de los contratos de trabajo formativos del art. 11 ET dependerá en gran medida de lo que resulte de la anunciada regulación del futuro Estatuto del Becario al que se alude en la Disposición Adicional Segunda del Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre.

Como habrá podido comprobarse, el plano expositivo de las consideraciones que acaba de realizarse es evidente –y deliberadamente– general, pues sólo hemos pretendido con ellas ofrecer una semblanza o imagen gruesa de lo que supone a un primer golpe de vista la reforma laboral de los contratos formativos. Es por esto por lo que, contra lo que sería propio de un punto de vista propiamente micro-analítico, no hemos dado cuenta, ni en forma de planteamiento de cuestiones o problemas, ni menos de propuesta de soluciones, de la casuística de situaciones que se desprende de la nueva regulación de estos contratos. Por ejemplo, las condiciones que deban reunir los tutores de los trabajadores en formación, la posibilidad y alcance de celebrar el contrato en alternancia a tiempo parcial, el juego de la retribución mínima de los trabajadores en alternancia en su conexión con las reglas de máximos de jornada, la posibilidad de fijar convencionalmente retribuciones específicas para trabajadores en formación, la prohibición de hacer contratos formativos por tener supuestamente *de facto* la formación en virtud de previas vinculaciones con la empresa, la prohibición del periodo de prueba en el contrato de alternancia (o el establecimiento de un mes en el contrato de prácticas, salvo lo dispuesto en convenio colectivo), el efecto del incumplimiento de las exigencias de forma –indefinidos *iuris tantum* o *iuris et de iure*– previstas para estos contratos, el uso de estos contratos en el contexto de procesos de ERTE del art. 47 y 47 *bis* ET, o en todo caso la posibilidad de reciclar regulaciones previas –particularmente convencionales– pactadas en el contexto de los anteriores contratos formativos, o, en fin, de saber qué acontece respecto de los contratos formativos que se celebren en el periodo de interregno transitorio de la nueva regulación –meses de enero, febrero y marzo de 2022–, cuestión que no queda del todo clara en la D. Transitoria 1 del RDLEy 32/2021. De estas cuestiones (y otras), sobre las que ya ha empezado a pronunciarse con agudeza la crítica doctrinal e interpretativa, habrá sin duda ocasión de ocuparse con más criterio cuando el rodaje práctico de la reforma vaya definiendo la realidad institucional y la materialidad de estos nuevos contratos formativos. En todo caso, desde la perspectiva general con la que venimos operando en nuestro análisis, hablar de un “cambio de modelo” en la contratación formativa, como nos propone el legislador en la Exposición de Motivos, quizá se aleje un tanto de lo que real y efectivamente supone la nueva regulación.

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Fundamentos del Estado social en el pensamiento de Otto von Gierke

Foundations of the social state in the thought of Otto von Gierke

Maria Eugenia Aguirrezabal*

Recibido: 21/1/2022

Aceptado: 11/3/2022

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6852>

I. Introducción

El presente trabajo, se ocupará de analizar el tratamiento que OTTO VON GIERKE concede a la función del derecho. Su obra contiene no solo una teoría jurídica sino también una teoría social. Para él, esta dualidad simboliza un vínculo entre el derecho y la sociedad, entre la normatividad y las condiciones de hecho. Este vínculo resulta inseparable. No se puede pensar al derecho sin alguna de estas partes. Es importante destacar que la obra de este autor tiene una connotación nacionalista del derecho muy marcada, y esto es así, ya que formaba parte de la Escuela histórica del derecho, liderada por von Savigny. Como veremos a continuación, esta corriente entendía que el derecho se determina por un momento, un lugar y una sociedad específica, lo que conllevaría a que, por ejemplo, el Derecho germánico no necesite copiar nada del Derecho romano y de esta manera tener un derecho de la íntima esencia

de su propia nación¹. Asimismo, se pronuncia sobre los problemas metódicos y gnoseológicos implícitos en la concepción de derecho. También proporciona un enfoque epistemológico, especialmente en lo que respecta a la realidad de la personalidad de las asociaciones.

En suma, en este trabajo se intentará trazar las líneas fundamentales que determinan el concepto de derecho en GIERKE: el derecho como fenómeno social, procedente del individuo y la percepción del Estado como la asociación de asociaciones, representando la voluntad del individuo. Entonces, se realizará una mención al contrato de locación de servicios, el cuál mereció un importante análisis en la obra de VON GIERKE. Este supone para el mismo autor una relación laboral de dependencia oculta, que hoy en día sigue siendo utilizada por quienes detentan el poder económico sobre los trabajadores. GIERKE

¹ von Savigny, Friedrich Carl, en: La escuela histórica del derecho, Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2018, pp.11 ss.

*aguirrezabaleugenia@hotmail.com

escribe en su obra la necesidad de que el sistema jurídico sirva como protector de las garantías de toda parte débil en todos los contratos.

II. Ciencia del derecho

OTTO VON GIERKE parte de la idea de que el derecho es lo que está escrito. Toda ciencia es lo que es. Pero, a su vez, VON GIERKE entiende que no se puede adquirir un conocimiento profundo de la ciencia jurídica sin investigar cuál es el fin que debiera tener, la función que correspondiera cumplir por su misma nominación. Para ello es indispensable tomar en consideración la vida espiritual². Desde esta perspectiva, el derecho debe poner límites y el Derecho privado, especialmente, debe limitar los abusos de poder, así pues, debe tener un fin netamente social. El derecho, como orden de la vida humana, está obligado, a su vez, a regular la construcción de la vida de la comunidad³. En palabras del propio GIERKE “nuestro Derecho público debe estar alentado por un soplo de ideal de libertad jurídico natural; y nuestro Derecho privado tiene que estar impregnado de una gota de socialismo”⁴.

Él sostiene que, la moral y el derecho son inherentes desde el punto de vista de una unidad histórico espiritual del pueblo. No es que la moral y el derecho se confundan, sino que, para él, el derecho tiene

una connotación ética y de ideal de justicia. En efecto, construye su idea de justicia desde el Derecho alemán y reflexiona que el orden jurídico perdería su sentido más crucial si se considera un simple medio, una simple herramienta instrumental, de modo que la idea de lo justo se diluiría en lo estrictamente funcional. Es así que la ciencia jurídica debe preguntarse no solo sobre qué es el derecho, sino también qué debe ser, y no exclusivamente en un sentido utilitario, sino en el de un ideal propiamente ético⁵.

De esta manera, entendido como histórico, el derecho es para VON GIERKE substancialmente social, es un fruto de la vida de los grupos humanos⁶. Esta idea no pretende afirmar que el derecho únicamente se da en la convivencia de individuos, más bien intenta entender a este como la manifestación de la vida de las comunidades humanas. El ordenamiento jurídico está atravesado por las acciones humanas a través de sus comunidades. Resulta menester, dar cuenta de que al hablar

⁵ Véase Pérez, Jose Luis Monereo, El derecho social y los sujetos colectivos: La construcción jurídica fundacional de Otto von Gierke, *Lex Social*, 2 (10), 2020, pp. 686 ss.

⁶ “La inteligencia científica del derecho, no se logra sin un profundo conocimiento histórico. Podrá el antiguo estudiante olvidar, con el transcurso de un largo plazo y en la premura impuesta por el ejercicio de la judicatura, la abogacía, la procura y los cargos administrativos y municipales, el detalle de lo que aprendió en la Universidad sobre Derecho romano y Derecho germánico; pero le quedará siempre aquella educación del espíritu que estos estudios le procuraron no en vano habrá penetrado en los talleres dónde las generaciones pasadas modelaron su obra para la posteridad. Y en cuanto más vivamente haya comprendido la naturaleza histórica del Derecho, tanto más fiel será en la custodia que le contribuirá a su perfeccionamiento”. Von Gierke, Otto, en: *La escuela histórica del derecho*, Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2018, p.89.

² von Gierke, Otto, *La función social del derecho privado y otros estudios*. Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2018, p. 23.

³ Véase von Gierke, Otto, *La función social del derecho privado y otros estudios*. Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2018, pp. 24 s.

⁴ von Gierke, Otto, *La función social del derecho privado y otros estudios*. Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2018, p. 31.

del derecho nos encontramos también, ante una comunidad creadora⁷. Entonces, el sistema jurídico resulta una manifestación de la vida humana en sociedad, no del individuo, sino de éste en comunidad. Por lo tanto, se crea en comunidad y debe regular la vida en ella.

El derecho activo, es encontrado por el hombre en vida colectiva, no es artífice un solo individuo de la creación del mismo. En efecto, es parte de la vida en común. Como explica VICEN, para entender el derecho en su naturaleza de fenómeno social, hay que pensarlo referido a esta unidad de vida y como un momento más de sus manifestaciones históricas⁸. De esta manera, el derecho es el producto del accionar de un determinado grupo en una determinada comunidad creadora que, a su vez, será definido según el momento histórico⁹. Las comunidades establecen límites y estos se van alterando a medida que estas van cambiando y evolucionando. Todo fluye, dice GIERKE, y el sistema jurídico no está ajeno. Es así que cada período está signado por principios específicos hondamente influenciados por el momento histórico¹⁰.

El ideal de justicia para VON GIERKE tiene el carácter de una realidad social que se encuentra íntimamente unida a la convicción común. El concepto de derecho indica que este debe ser equitativo,

como la convicción sólo dice que una norma debe ser derecho porque es tenida por justa. Indispensablemente, porque la reflexión acerca de lo que debe ser el ordenamiento es un juicio sobre lo que es ecuánime según lo indique la conciencia jurídica de una comunidad, el derecho es una regla deliberada con un contenido fijo y determinado¹¹. Esta mirada del derecho implica que se equilibre la balanza a favor de la parte más débil. GIERKE toma como ejemplo el derecho a la libre contratación: el ilimitado uso del mismo puede convertirse en un medio de opresión, que permite mayor explotación del poder económico¹². En efecto, la función del Estado, a través del derecho como regulador de este, debe ser proteger al débil del fuerte. Por lo tanto, la legislación jurídico-privada debe aspirar a una protección de los sectores más vulnerables, contra los sectores que dominan la economía¹³.

Entonces, este debate sobre la construcción de una nueva forma de Estado culminaría en la construcción del moderno Estado constitucional y su conformación como Estado social de derecho. El punto de partida de los *iussocialistas* es que el trabajo no es equivalente a una mercancía, ya que es inescindible la persona del trabajador. Pero el hombre se somete al poder del empleador, pudiendo devenir en esclavo si no existe un sistema de limitaciones jurídicas a los poderes empresariales¹⁴. Así, in-

⁷ Gonzalez Vicen, Felipe, La teoría del derecho y el problema de método jurídico en Otto von Gierke, *Anuario de filosofía del derecho*, 16, 1972, p. 5.

⁸ Gonzalez Vicen, Felipe, La teoría del derecho y el problema de método jurídico en Otto von Gierke, *Anuario de filosofía del derecho*, 16, 1972, p. 6.

⁹ Pérez, Jose Luis Monereo, El derecho social y los sujetos colectivos: La construcción jurídica fundacional de Otto von Gierke, *Lex Social*, 2 (10), 2020, p. 687.

¹⁰ von Gierke, Otto, *Community in historical perspective*. Cambridge, Cambridge University press, 2002, p. 9.

¹¹ Gonzalez Vicen, Felipe, La teoría del derecho y el problema de método jurídico en Otto von Gierke, *Anuario de filosofía del derecho*, 16, 1972, p. 37.

¹² von Gierke, Otto, *La función social del derecho privado y otros estudios*. Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2018, p. 43.

¹³ von Gierke, Otto, *La función social del derecho privado y otros estudios*. Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2018, p. 44.

¹⁴ Pérez, Jose Luis Monereo, El derecho social y los sujetos colectivos: La construcción jurídica fun-

fluenciado por la filosofía de la historia de HEGEL, GIERKE despliega una visión dinámica de la historia fundada en la relación dialéctica existente entre dominio (*Herrschaft*) y cooperación (*Genossenschaft*)¹⁵. Entonces, este lazo significa una sujeción tal que coloca a las partes en la relación de siervo y señor. VON GIERKE¹⁶ señala que, si bien la doctrina y la legislación prefieren evitar este término, no es sinónimo de que esta relación no exista. De este modo, GIERKE desarrolló una interpretación jurídica y social de la historia, a partir del método dialéctico y centrándose en el espíritu. Es necesario, para este autor, avanzar sobre la vida espiritual, ya que de allí se desprende lo que el derecho debe ser¹⁷, de manera tal que se centra principalmente en el derecho alemán como ejecución del espíritu del pueblo. Él atribuyó al derecho alemán el valor básico de la libertad y de la cooperación¹⁸.

Es el pueblo quien se personifica en el Estado. El tipo ideal de Estado democrático es un Estado popular y corporativo, que se contrapone al Estado absolutista. Para VON GIERKE, el Estado es un organismo complejo, social, y debe tener un tinte ético, espiritual y jurídico. Por consiguiente, entiende al Estado como la asociación más

importante y elevada. Este es un organismo social que representa la soberanía popular, pero sin anular las distintas formas de agrupamiento que presiden la vida social¹⁹.

III. Asociaciones

Las personas, con el fin de desarrollarse, crean lazos con otros individuos de su comunidad. Estas relaciones se convierten en una herramienta del proceso de progreso en la sociedad. Ahora bien, muchas de estas relaciones traspasan esta barrera y dan lugar a la búsqueda de alcanzar un fin común. Es así que, las asociaciones entre seres humanos constituyen un derecho fundamental y de ellas nacen agrupaciones diferentes a los individuos que las componen. Para dicho fin, es necesario que a estas agrupaciones se les otorgue relevancia jurídica para que adquieran bienes e instrumentos que les faciliten el cumplimiento de su objetivo común²⁰.

GIERKE entiende que la fuente del derecho es la actividad humana desarrollada a través de comunidades organizadas. El Estado resulta ser la asociación de las asociaciones, pero no es la creadora del orden jurídico, sino los individuos que resultan representados por el mismo. El pueblo es quien encarna al Estado, por lo que este último, puede ser considerado como un organismo social, pero sin invalidar a las agrupaciones, ya que también son mani-

dacional de Otto von Gierke, *Lex Social*, 2 (10), 2020, p. 708.

¹⁵ Dilcher, Gerhard, The Germanists and the Historical School of Law: German Legal Science between Romanticism, Realism, and Rationalization, *Rechtsgeschichte Legal History*, 24, 2016, p. 46.

¹⁶ von Gierke, Otto, *Las raíces del contrato de servicios*. Madrid, Civitas, 1982, pp. 37 s.

¹⁷ von Gierke, Otto, *La función social del derecho privado y otros estudios*. Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2018, p. 23.

¹⁸ Dilcher, Gerhard, The Germanists and the Historical School of Law: German Legal Science between Romanticism, Realism, and Rationalization, *Rechtsgeschichte Legal History*, 24, 2016, p. 47.

¹⁹ Pérez, Jose Luis Monereo, El derecho social y los sujetos colectivos: La construcción jurídica fundacional de Otto von Gierke, *Lex Social*, 2 (10), 2020, p. 687.

²⁰ Vázquez Vialard, Antonio. Visión desde el derecho del trabajo, de la teoría de la desestimación de la persona jurídica y de la responsabilidad de los administradores del ente social. *Revista Latinoamericana de derecho*. 1, 2004, pp. 476 s.

festaciones de la vida en comunidad²¹. El significado de comunidad es, para GIERKE, toda asociación humana que se encuentra determinada por un fin histórico, cultural, social, político, religioso o económico. A estos efectos carece de relevancia la estructura y la organización del concepto de comunidad, pero si interesan dos elementos. Por un lado, que exista una asociación de personas y por el otro, que estas tengan una finalidad en común²².

El hombre tiene dos formas de existencia: una como individuo y otra como miembro de las asociaciones. Ninguna de estas existencias puede resultar la eliminación de la otra. La esencia del hombre es un ser individual que tiene conciencia de sí mismo y tiene voluntad. A su vez, es parte de un ente superior, en donde su voluntad es importante pero no fundamental, ya que hay otras voluntades que componen este grupo²³. De esta manera, los individuos pueden asociarse con otros para lograr un fin común, pero en este caso, no nace una entidad distinta de los individuos mancomunados, sino únicamente una añadidura, a la que el ordenamiento jurídico, por razones de pragmatismo y valiéndose de una figura de ficción, le otorga una consideración especial, como si se tratase de una persona distinta de las personas que la componen²⁴. GIERKE, entiende

que las personas jurídicas no son ficticias, por el contrario existen efectivamente y, además, preexisten a la legislación²⁵. En efecto, tanto GIERKE como su maestro BESELER, entienden que cada asociación está conformada por individuos que actúan en nombre de y no a nombre propio²⁶. Es así que la voluntad de cada individuo que conforma una agrupación no es la misma voluntad que la de la agrupación en sí²⁷.

En la teoría jurídica de las personas colectivas complejas (*Gesammpersonen*) de GIERKE se aprecia una polarización sobre el problema de la personalidad jurídica y su voluntad. En lo concerniente a las asociaciones jurídicas, GIERKE entiende que, a diferencia del individuo, la voluntad es propia de la agrupación, exteriorizada esta a través de los órganos de decisión. La persona jurídica de nuestro ordenamiento “no es en modo alguno ningún menor necesitado de representante legal, sino un sujeto autónomo capaz de obrar, que obra en el mundo exterior”²⁸.

El Derecho de las corporaciones que constituye el orden interior de los cuerpos sociales debe regirse por normas sustancialmente diferentes a las del derecho que regula las relaciones entre sujetos simples. De este modo, la normativa debe dividirse en dos importantes ramas: el Derecho indivi-

²¹ Cfr. Pérez, Jose Luis Monereo, El derecho social y los sujetos colectivos: La construcción jurídica fundacional de Otto von Gierke, *Lex Social*, 2 (10), 2020, pp. 693 ss.

²² Gonzalez Vicen, Felipe, La teoría del derecho y el problema de método jurídico en Otto von Gierke, *Anuario de filosofía del derecho*, 16, 1972, p. 8.

²³ Gonzalez Vicen, Felipe, La teoría del derecho y el problema de método jurídico en Otto von Gierke, *Anuario de filosofía del derecho*, 16, 1972, p. 9.

²⁴ Gonzalez Vicen, Felipe, La teoría del derecho y el problema de método jurídico en Otto von Gierke, *Anuario de filosofía del derecho*, 16, 1972, p. 10.

²⁵ Pérez, Jose Luis Monereo, El derecho social y los sujetos colectivos: La construcción jurídica fundacional de Otto von Gierke, *Lex Social*, 2 (10), 2020, pp. 694 s.

²⁶ Watzlawick, Paul y Krieg, Peter, *El ojo del observador*. Barcelona, Gedisa, 1995, p. 106.

²⁷ Vázquez Vialard, Antonio. Visión desde el derecho del trabajo, de la teoría de la desestimación de la persona jurídica y de la responsabilidad de los administradores del ente social. *Revista Latinoamericana de derecho*. 1, 2004, pp. 484 s.

²⁸ Cfr. von Gierke, Otto, *La función social del derecho privado y otros estudios*. Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2018, p. 77.

dual y el Derecho social. Este último debe examinar a los individuos como miembros de totalidades superiores y a las asociaciones humanas como el efecto de esta conjunción. Es así que el derecho social contempla la comunión de los individuos²⁹. Entonces, el ordenamiento jurídico no regula una relación de dos personas en abstracto, como dos personas en estado de naturaleza, sino que reglamenta una relación entre dos miembros dentro de una comunidad, por lo tanto, el derecho recoge intereses comunitarios. Así pues, la ley no vincula sus autodeterminaciones, sino que reconoce como marco el interés colectivo. Esta relación interpersonal debe estar legislada reconociendo los valores supraindividuales.

IV. Contrato de servicios

Antiguamente, en el derecho germánico existía el contrato de servicios fiel, que se hacía entre el señor y un servidor de confianza y su duración era de por vida. Este contrato le otorgaba al señor la potestad de ordenar y castigar al vasallo, pero también la obligación de protegerlo y representarlo³⁰. Asimismo, el contrato de servicios domésticos ya era considerado obligacional: el señor obtenía sobre el sirviente poder de mando y la obligación de cuidado³¹. El actual contrato de locación de servicios se presenta como un contrato libre, o, mejor dicho, que da libertad al titular del mis-

²⁹ Pérez, Jose Luis Monereo, El derecho social y los sujetos colectivos: La construcción jurídica fundacional de Otto von Gierke, *Lex Social*, 2 (10), 2020, p. 638.

³⁰ von Gierke, Otto, *Las raíces del contrato de servicios*. Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2020, p. 12.

³¹ von Gierke, Otto, *Las raíces del contrato de servicios*. Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2020, p. 18.

mo³², pero “coincide en su contenido con el contrato del más viejo derecho alemán precisamente en el hecho de que fundamenta una relación personal de señorío”³³.

En efecto, a efectos de evadir cargas tributarias, previsionales, indemnizaciones, vacaciones y otros costos laborales, numerosos empleadores acuden a la figura del contrato de servicios para el ocultamiento de la relación de dependencia laboral³⁴. Ahora bien, esta no es una práctica nueva. A más tardar a principios del siglo XX, el socialismo jurídico alemán ya sostenía que en el contrato de arrendamiento de servicios se advertían semejanzas y aun restos de vínculo servil, poniendo a las partes en relación de *servidor* y *señor*. El contrato de servicios obliga a una parte a realizar una actividad de la que se ve beneficiada la parte contraria. Por lo tanto, autores como VON GIERKE³⁵ proponían una legislación que preservara a los trabajadores de estas situaciones de poder, lo que contribuiría al bien colectivo³⁶.

El resguardo del derecho social lleva, al jurista, a criticar el contrato de servicios, utilizado como instrumento formalizador de las relaciones de trabajo, atentando contra la salvaguarda de los derechos del trabajador. Por ello GIERKE entiende que deben establecerse límites puntuales a la

³² von Gierke, Otto, *Las raíces del contrato de servicios*. Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2020, pp. 11 s.

³³ von Gierke, Otto, *Las raíces del contrato de servicios*. Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2020, p. 26.

³⁴ Luciano de Azevedo, Flavio Alexandre. (2020). Revolución más de forma que de contenido: la huida del derecho del trabajo por medio de la economía digital. *Temas laborales*, 151, pp. 61-63.

³⁵ von Gierke, Otto, *La función social del Derecho Privado y otros estudios*. Sociedad Editora Española, 1904, pp. 117-120.

³⁶ von Gierke, Otto, *La función social del derecho privado y otros estudios*. Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2018, p. 56.

subordinación o dependencia del trabajador, que en este caso se encuentran encubiertos. La ficción de la autonomía privada y de la libertad (indiscriminada) de contratación, cuando hay un desequilibrio en las relaciones laborales, facilitan la utilización de esta técnica para encubrir relaciones laborales de dependencia. El trabajador es la parte más débil y el empresario es el contratante más fuerte, de manera que el contrato de servicios supone un contrato de adhesión a las condiciones generales de la contratación unilateralmente impuestas por el empleador en todo momento³⁷. En este sentido, GIERKE defiende el deber de intervención protector del Estado en beneficio de las clases desposeídas.

En el contrato de servicios, quien recibe dicho servicio tiene a su disposición la fuerza de trabajo de la parte contraria, ya que puede dirigir su actividad según su voluntad. Entonces, una de las partes tiene el poder por sobre la otra. Así pues, esta relación de señorío va más allá de la obligación patrimonial. En efecto, esta correlación puede tener formas muy diversas de consistencia y de duración, pero nunca pierde la forma de poder³⁸. En apretada síntesis, podemos decir que este tipo de contrato ha sido utilizado históricamente para encubrir una relación laboral de dependencia, en el que hay una parte más fuerte y una parte, por consiguiente, más débil que es el trabajador. Cuando existe la necesidad de trabajar para obtener los recursos básicos para la subsistencia, no existe lugar para exigir condiciones dignas de empleo, por lo que

³⁷ Pérez, Jose Luis Monereo, El derecho social y los sujetos colectivos: La construcción jurídica fundacional de Otto von Gierke, *Lex Social*, 2 (10), 2020, p. 714.

³⁸ Cfr. von Gierke, Otto, *Community in historical perspective*. Cambridge, Cambridge University press, 2002, pp. 18 ss.

la libertad de elección laboral queda ampliamente reducida³⁹. Entonces, la relación laboral presupone una relación de poder, y esta se ha visto incrementado cuantitativamente por los avances tecnológicos⁴⁰.

El trabajador autónomo trabaja por su cuenta y riesgo. Él no es ajeno a los frutos de su trabajo, pero debe afrontar los riesgos que puedan surgir del mismo. Quien trabaja de manera autónoma no está alcanzado por la legislación laboral⁴¹. En este contexto, es preciso aclarar que el trabajo autónomo se estableció dentro del marco del derecho privado, justamente porque "... su principal característica es la ausencia del vínculo de subordinación y la heterogeneidad"⁴². Pero los hechos reflejan otra realidad. En efecto, se puede inferir que en estos casos existe simulación laboral, que es cuando se crea una apariencia de un determinado escenario que no es el existente. Es, entonces, la simulación una ficción en la cual se intentan evadir normas ocultando la violación a las mismas. El paradigma de la simulación es la adopción de contratos aparentes, como el de locación de servicios, para aparentar la existencia de una relación laboral de dependencia⁴³. Por lo tanto, hay simulación laboral cuando se utiliza un régimen jurídico tendiente a disimular la auténtica na-

³⁹ Ackerman, Mario Eduardo, El trabajo, los trabajadores y el derecho del trabajo. *TST*, 3(73), 2007, p. 507.

⁴⁰ Ugarte Cataldo, Jose Luis (2019). Derechos fundamentales en el trabajo, poder y nuevas tecnologías. *IUS*, 45(14), p. 81.

⁴¹ Grisolia, Julio Armando (2012). *Manual de derecho laboral* (8a ed.). Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 16 s.

⁴² Golcman, Martín, La contratación de servicios a través de plataformas digitales y derecho del trabajo. *Revista de Derecho Laboral*, 1, 2020, p. 232.

⁴³ Goldin, Adrián (dir.) y Alimenti, J.F. (coord.). *Curso del derecho del trabajo y la seguridad social*. Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 176.

turalidad de una relación de dependencia, con el fin de evadir la aplicación de la ley de contrato de trabajo⁴⁴.

Para que se aplique la normativa laboral es condición que exista una relación de subordinación. En efecto, para que el trabajador se encuentre amparado por esa legislación y para que se apliquen a él las garantías y derechos del ordenamiento laboral, es necesario que se encuentre en una relación de dependencia⁴⁵. En consecuencia, si el trabajador es valorado como autónomo, queda excluido de dicha norma y de dicha protección. Es por ello, que resulta clave dismantelar las figuras que encubren relaciones de subordinación para asegurar al trabajador el cumplimiento pleno de sus derechos.

V. Conclusión

Desde el espíritu de la historia deben formarse los preceptos jurídicos. La historia no es más que la fábrica viva de nuestra conciencia jurídica. El Derecho no es producto de las comunidades humanas, sino que es el fruto de una comunidad específica, la cual posee su historia, y en la cual esa historia es parte del presente. La conciencia jurídica de esta comunidad está determinada por un proceso histórico de constitución que, a su vez está condicionado por las transformaciones que ha sufrido esa vida comunitaria, asimismo, se define por su cultura y por sus necesidades políticas, sociales y económicas. El derecho se encuentra en constante dinamismo, y para

⁴⁴ Bendersky, Lázaro Natalio, (2013). *Trabajo en negro* (3a ed.). Buenos Aires, Ediciones jurídicas, 2013, pp. 341 y 360.

⁴⁵ Goldin, Adrián (dir.) y Alimenti, J.F. (coord.). *Curso del derecho del trabajo y la seguridad social*. Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 201.

comprenderlo, entonces, debemos entender la realidad sociopolítica de la sociedad que lo ha descubierto.

Ahora bien, para que el derecho cumpla su rol, GIERKE interpreta que debe ser social, de modo tal que la balanza de la justicia quede equilibrada. Para lograr este fin se debe proteger, mediante la regularización de las normas, a la parte más débil. Me he enfocado, en este trabajo, en los ejemplos de derecho laboral, ya que, mediante ellos, GIERKE demuestra como todavía existen rasgos de las relaciones de señorío. Si bien el autor vivió hasta 1921, estas relaciones de poderío siguen existiendo, aunque con mayor camuflaje. En consonancia, debe el ordenamiento jurídico regular los contratos que encubren relaciones laborales de dependencia para proteger al trabajador del poder de los empresarios, tal como el contrato de locación de servicios. Por ello, el Derecho laboral debe acompañar este proceso y proteger al trabajador en todo tiempo. En los supuestos en los que el empleador busca encubrir su condición de tal, la normativa laboral debe imponer garantías a favor de los trabajadores, cumpliendo así su rol natural de protector. La regulación, en este sentido, es necesaria para promover políticas de tutela y combatir las condiciones de trabajo desfavorables. En palabras de GIERKE: “Nuestro derecho privado será social o no será”⁴⁶.

Bibliografía

ACKERMAN, MARIO EDUARDO, El trabajo, los trabajadores y el derecho del trabajo. *TST*, 3(73), pp. 50-78, 2007.

⁴⁶ von Gierke, Otto, *La función social del derecho privado y otros estudios*. Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2018, p. 57.

- BENDERSKY, LÁZARO NATALIO, *Trabajo en negro* (3a ed.). Buenos Aires, Ediciones jurídicas, 2013.
- DILCHER, GERHARD, The Germanists and the Historical School of Law: German Legal Science between Romanticism, Realism, and Rationalization, *Rechtsgeschichte Legal History*, 24, pp. 20-72, 2016.
- GOLDIN, ADRIÁN (dir.) y ALIMENTI, J.F. (coord.), *Curso del derecho del trabajo y la seguridad social*. Buenos Aires, La Ley, 2009.
- GOLCMAN, MARTÍN, La contratación de servicios a través de plataformas digitales y derecho del trabajo. *Revista de Derecho Laboral*, 1, pp. 221-250, 2020.
- GONZALEZ VICEN, FELIPE, La teoría del derecho y el problema de método jurídico en Otto von Gierke, *Anuario de filosofía del derecho*, 16, pp. 1-76, 1972.
- GRISOLÍA, JULIO ARMANDO, *Manual de derecho laboral* (8a ed.). Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.
- LUCIANO DE AZEVEDO, FLAVIO ALEXANDRE, Revolución más de forma que de contenido: la huida del derecho del trabajo por medio de la economía digital. *Temas laborales*, 151, pp. 49-64, 2020.
- PÉREZ, JOSE LUIS MONEREO, El derecho social y los sujetos colectivos: La construcción jurídica fundacional de Otto von Gierke, *Lex Social*, 2 (10), pp. 682-735, 2020.
- UGARTE CATALDO, JOSE LUIS. Derechos fundamentales en el trabajo, poder y nuevas tecnologías. *IUS*, 45(14), pp. 81-106, 2019.
- VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, Visión desde el derecho del trabajo, de la teoría de la desestimación de la persona jurídica y de la responsabilidad de los administradores del ente social. *Revista Latinoamericana de derecho*. 1, pp. 473-516, 2004.
- VON GIERKE, OTTO, *La función social del Derecho Privado y otros estudios*. Sociedad Editora Española, 1904.
- VON GIERKE, OTTO. *Las raíces del contrato de servicios*. Madrid, Civitas, 1982.
- VON GIERKE, OTTO, *Community in historical perspective*. Cambridge, Cambridge University press, 2002.
- VON GIERKE, OTTO, *La función social del derecho privado y otros estudios*. Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2018.
- VON GIERKE, OTTO, *Las raíces del contrato de servicios*. Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2020.
- VON SAVIGNY, Eichorn, von Gierke, Stammler, en: *La escuela histórica del derecho*. Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2018.
- WATZLAWICK, PAUL y KRIEG, PETER, *El ojo del observador*. Barcelona, Gedisa, 1995.